

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

VOLUME 5 • Nº 1 • JAN-JUN • 2015

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 5	n. 1	p. 1 - 369	jan-jun	2015
--	----------	------	------	------------	---------	------

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)

Equipe editorial

Marcelo Dias Varella

Alice Rocha da Silva

Max Meirelles Gonzaga

Priscila Pereira de Andrade

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.rbpp.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. 5, n. 1 (jan./jun. 2015) - . Brasília : UniCEUB, 2015

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

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Sumário

ORDENAMIENTO AMBIENTAL DEL TERRITORIO Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN ARGENTINA: APORTES POSIBLES DESDE EL DERECHO 2

María Valeria Berros

1. Introducción.....	3
2. Lo ambiental ante el ordenamiento del territorio.....	3
3. Sobre la articulación de diálogos: ¿quiénes son los interlocutores ante problemas ambientales?... 7	
4. Posibles aportes desde el derecho	9
5. Conclusion: Recrear, repensar, imaginar: ¿podría esta problemática convertirse en una oportunidad?	12
Referencias.....	14

MATÉRIA AMBIENTAL NOS TRIBUNAIS DA AUSTRÁLIA E NOVA ZELÂNDIA 17

Marcio Oliveira Portella

1. Introdução	17
2. Common law	18
2.1. Diferenciação entre statute law, common law e a equity.....	19
3. Austrália	19
3.1. Decisões sobre meio ambiente na Austrália.....	20
4. Nova Zelândia.....	23
4.1. Ato de manejo de recursos (resource management act 1991)	23
4.2. Decisões sobre meio ambiente na Nova Zelândia.....	24
5. Conclusão.....	26
Referências.....	26

CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AS ÁREAS PROTEGIDAS NO BRASIL: DESAFIOS E TENDÊNCIAS DA ORIGEM DA CDB ÀS METAS DE AICHI28

Ana Paula Leite Prates e Marta de Azevedo Irving

1. Introduzindo a reflexão proposta: para contextualizar a CDB.....	29
2. A Convenção sobre diversidade biológica: origem e pressupostos.....	32
3. Áreas protegidas na CDB	38
4. Políticas públicas para as áreas protegidas no Brasil: em que medida os compromissos da CDB vem sendo internalizados?.....	40
5. As Metas de Aichi: obstáculos e desafios na perspectiva de um país emergente	46

6. Para refletir sobre tendências e possibilidades em cenários futuros.....	52
Referências.....	53
(Footnotes das tabelas).....	57

DIMENSÕES LINGUÍSTICAS DA DESIGUALDADE NO BRASIL: OS DIVERSOS NOMES LEGAIS DE UM MESMO FENÔMENO59

Jefferson Carús Guedes

1. Introdução	59
2. Conceito de desigualdade.....	60
2.1. Desigualdade e igualdade como conceitos relacionais.....	60
3. Dimensões semânticas da desigualdade: os nomes da ‘coisa’ sem a titularidade do direito	61
3.1. Pobreza como desigualdade.....	62
3.2. Miserabilidade como desigualdade	62
3.3. Exclusão como desigualdade.....	63
3.4. Vulnerabilidade como desigualdade	64
3.5. Desvantagem como desigualdade	65
3.6. Deficiência ou déficit como desigualdade	66
3.7. Desequilíbrio como desigualdade	67
3.8. Assimetria como desigualdade	67
3.9. Desproporcionalidade como desigualdade.....	68
3.10. Inequitatividade como desigualdade	68
3.11. Discriminação como desigualdade	68
3.12. Desequiparação como desigualdade	69
3.13. Desfavorecimento como desigualdade	69
3.14. Marginalização como desigualdade	70
3.15. Diferença como desigualdade	70
3.16. Multiculturalidade ou multiculturalismo como desigualdade	70
4. Conclusão.....	71
Referências.....	71

ECONOMIA, ÉTICA E TRIBUTAÇÃO: DOS FUNDAMENTOS DA DESIGUALDADE77

Rafael Köche e Marciano Buffon

1. Introdução	78
2. Contextualização.....	78
3. A economia enquanto problema filosófico	79
4. Economia e tributação: o imposto é imposto?	81
5. Ética da tributação: a emergência da igualdade	84

5.1. A experiência brasileira.....	86
6. Conclusão.....	88
Referências.....	90

A REPARTIÇÃO DE RENDAS ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO E SUA REPERCUSSÃO NA CARACTERIZAÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO: UMA INVESTIGAÇÃO ACERCA DO DESENVOLVIMENTO DO FEDERALISMO FISCAL-FINANCEIRO NO BRASIL94

Raquel Mousinho de Moura Fé

1. Introdução	95
2. O marco inicial do federalismo fiscal-financeiro no Brasil (1891-1897).....	96
3. O primeiro marco de transição do federalismo brasileiro (1897-1926).....	97
4. O segundo marco de transição do federalismo brasileiro (1926-1934).....	99
5. O terceiro marco de transição do federalismo brasileiro (1934-1937).....	100
6. O marco de ruptura: o “quase unitarismo” Getulista	101
7. O marco de restabelecimento do federalismo brasileiro: o federalismo firmado com base no orçamento federal	101
8. Novo movimento de centralização: o “federalismo por regiões”.....	103
9. O federalismo brasileiro da CF/88: o federalismo fiscal-financeiro	106
10. Conclusão	112
Referências.....	113

UMA AVALIAÇÃO DO ÍNDICE DE INCLUSÃO FINANCEIRA NOS ESTADOS DO NORDESTE BRASILEIRO.....116

Diego Araujo Reis e Osvaldo Sousa Ventura

1. Introdução	117
2. Debate sobre o tema	118
2.1. Desenvolvimento financeiro e crescimento econômico	118
2.2. Experiências de mensuração da inclusão financeira no mundo.....	119
2.3. A inclusão financeira no Brasil.....	122
2.4. O papel das microfinanças para a inclusão financeira	124
3. Metodologia	126
4. Análise de resultados	126
5. Conclusão.....	128
Referências.....	129

FATORES DETERMINANTES DO ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE SÃO PAULO 133

Leandro Campi Prearo, Maria Clara Maraccini e Maria do Carmo Romeiro

1. Introdução	134
---------------------	-----

1.1. Objetivo Geral	134
1.2. Objetivos específicos	134
2. Indicadores de desenvolvimento humano	135
2.1. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)	135
2.2. O Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM)	138
3. Determinantes do desenvolvimento humano.....	142
4. Aspectos metodológicos	144
5. Resultados	147
5.1. Resultados gerais da amostra	147
5.2. Resultados da Análise Discriminante Múltipla	148
5.3. Avaliação do ajuste geral.....	151
6. Conclusão.....	152
Referências	153

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO E DIFUSÃO DA CULTURA NO BRASIL E O CASO DO PROGRAMA NACIONAL DE APOIO À CULTURA..... 157

Telma Rocha Lisowski

1. Introdução	158
2. Pressupostos: definição de “cultura” e “direitos culturais”.....	158
3. Direitos Culturais na Constituição Federal de 1988 e a Necessidade de Políticas Públicas para sua Promoção	159
4. Políticas Públicas no Âmbito da Cultura: o Programa Nacional de Apoio à Cultura	162
4.1. Breve Descrição do Programa Nacional de Apoio à Cultura.....	162
4.2. O Contexto Histórico e Político	164
4.3. Críticas ao Programa Nacional de Apoio à Cultura.....	165
5. Conclusão: necessidade de maior institucionalização das políticas públicas no âmbito da cultura....	167
Referências.....	168

MOLDANDO A “RESERVA DO POSSÍVEL” NO TEMPO: A SUSTENTABILIDADE FISCAL COMO DIREITO DIFUSO FUNDAMENTAL..... 171

Leonardo Romero Marino

1. Introdução	172
2. As consequências da atividade financeira insustentável: a sustentabilidade fiscal como interesse.	175
2.1. A condução sustentável da dívida pública.....	175
2.2. Os efeitos da condução insustentável das finanças públicas	176
3. As características de interesse difuso da sustentabilidade fiscal	180
4. O direito à sustentabilidade fiscal e sua fundamentalidade.....	182
4.1. O direito difuso à sustentabilidade fiscal a partir da Constituição Federal	182

4.2. A sustentabilidade fiscal como aplicação do princípio da solidariedade.....	186
5. Conclusão.....	189
Referências.....	191

O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE 195

João Luis Nogueira Matias e Águeda Muniz

1. Introdução	196
2. O estado democrático de direito e a ordem jurídica	196
3. O poder judiciário e a efetivação dos direitos fundamentais	198
3.1. Por uma nova tríade de valores que embase o exercício das funções do Estado.....	198
3.2. A atuação do Poder Judiciário na concretização das promessas constitucionais	199
4. Direito à saúde como direito fundamental.....	201
5. Aspectos práticos da efetivação do direito à saúde	201
5.1. Sobre a concessão de provimentos liminares.....	201
5.2. Responsabilidade solidária dos entes públicos	204
5.3. Legitimação ativa do Ministério Público.....	204
5.4. Beneficiários	205
6. Conclusão.....	205
Referências	205

EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL: OFERTA NA OMC, UMA REFLEXÃO DESMISTIFICADA, COM BASE EM DADOS ESTATÍSTICOS.....208

Marcel Vitor Guerra

1. Introdução	209
2. Educação superior no Brasil.....	210
3. Efeitos colaterais da política governamental, dualidade do ensino superior: elite e massa.....	212
4. Educação na OMC: fragilidade dos argumentos contrários à abertura	213
5. Representações políticas nas negociações da OMC	217
6. Conclusão.....	218
Referências.....	219

A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS.....224

André Viana Custódio e Rafael Bueno da Rosa Moreira

1. Introdução	225
2. Da proteção jurídica internacional para a garantia do direito à educação de crianças e adolescentes	225

3. Da proteção jurídica nacional para a garantia do direito à educação de crianças e adolescentes	229
4. Inclusão social e políticas públicas de garantia ao direito à educação de crianças e adolescentes: em busca da cidadania	234
5. Conclusão.....	243
Referências.....	243

A POLÍCIA JUDICIÁRIA E O COMBATE À CRIMINALIDADE247

Júlio Lopes Hott

1. Introdução	248
2. Polícia judiciária	250
2.1. Cultura policial.....	251
2.2. Campo policial.....	252
3. Criminologia e polícia judiciária.....	254
3.1. O Paradigma clássico	254
3.2. O Paradigma etiológico	255
3.3. O Paradigma da reação social.....	257
4. Inquérito policial – histórico.....	258
4.1. Natureza Jurídica e Finalidade	258
4.2. O Controle Externo do Inquérito Policial	260
5. Testando hipóteses alternativas comparadas	262
6. O abolicionismo	266
7. Conclusão.....	268
Referências	270

PROCESSO ELEITORAL E POLÍTICAS PÚBLICAS: INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS274

Pablo Malheiros da Cunha Frota

1. Introdução	275
2. A emergência da concretização dos direitos fundamentais sociais como fundamento e diretriz das políticas públicas	277
3. Um possível sentido jurídico para compreensão de políticas públicas	281
4. Dinâmica eleitoral e políticas públicas no âmbito do federalismo brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988.....	289
5. Conclusão.....	296
Referências.....	298

SOCIEDADES PRIMITIVAS E DIREITO CONTEMPORÂNEO: DE QUE FORMA A JUSTIÇA TRIBAL PODE NOS AJUDAR A REPENSAR A NOSSA JUSTIÇA.....303

Amanda Rodrigues e Tiago Themudo

1. Introdução	304
2. A instituição da chefia.....	306
3. Chefia e arbitragem: aspectos da justiça restaurativa	308
4. Pilares da justiça restaurativa	310
5. Princípios da justiça restaurativa	311
6. Principais métodos de aplicação da justiça restaurativa	312
7. Justiça restaurativa no Brasil.....	313
8. Conclusão.....	315
Referências.....	315

DIREITO PRIVADO, JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E O ARGUMENTO DA DUPLA DISTORÇÃO: UMA REVISÃO DA LITERATURA..... 318

Leandro Martins Zanitelli

1. Introdução	318
2. O argumento da dupla distorção (ADD).....	320
3. Limites do ADD.....	323
3.1. Distorção do trabalho e lazer	323
3.2. Benefícios em espécie.....	324
3.3. Propinas	326
3.4. A alternativa tributária paretianamente superior	327
3.5. Custos administrativos.....	329
3.6. Entraves políticos	329
3.7. Fuga da jurisdição.....	330
4. Conclusão.....	330
Referências.....	331

DISTORÇÕES NO CONTROLE CADASTRAL DAS ENTIDADES SINDICAIS E CONTRIBUIÇÃO SINDICAL 334

Ricardo Bravo

1. Introdução	335
1.1. Breve histórico sobre reconhecimento dos sindicatos e contribuição compulsória.....	336
2. Cadastro e controle de legalidade das entidades sindicais	343
3. Conclusões	349
4. Conclusão.....	351
Referências.....	352

PLÁGIO EM TRABALHOS ACADÊMICOS: PROPOSTA DE POLÍTICAS INSTITUCIONAIS DE INTEGRIDADE... 354

Maria Edelvacy Pinto Marinho e Marcelo Dias Varela

1. Introdução	355
2. A noção de plágio e de contrafação	355
3. Elementos para a identificação da prática de plágio.....	359
4. Exemplos do tratamento do plágio em normas institucionais	361
5. Sugestões para políticas institucionais	363
6. Conclusão.....	364
Referências.....	364

NORMAS EDITORIAIS.....366

Envio dos trabalhos.....	368
--------------------------	-----

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Ordenamiento ambiental
del territorio y participación
ciudadana en Argentina:
aportes posibles desde el
derecho**

**Environmental territorial
ordination and civil
participation in Argentina:
possible contributions from the
juridical field**

María Valeria Berros

Ordenamiento ambiental del territorio y participación ciudadana en Argentina: aportes posibles desde el derecho*

Environmental territorial ordination and civil participation in Argentina: possible contributions from the juridical field

María Valeria Berros**

RESUMEN

El objetivo de este trabajo consiste en construir una reflexión sobre los aportes que, desde el campo jurídico, podrían realizarse en la intersección entre el ordenamiento ambiental del territorio y los mecanismos de participación ciudadana para la toma de decisiones. Para ello se toman como punto de partida algunos elementos de la causa judicial “Mendoza”, en la que se ha decidido sobre uno de los problemas de contaminación estructural más importantes de Argentina y que plantea un desafío medular en términos de políticas públicas socio-ambientales. Se trata de la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo que proviene de un tipo de relacionamiento entre naturaleza y sociedad que hoy empieza a revisarse. En la primera y segunda parte del trabajo se articulan conceptos relativos al ordenamiento del territorio y los mecanismos de participación ciudadana a la vez que se efectúa una presentación de la causa judicial. Luego, se focaliza en identificar las contribuciones que el derecho podría realizar, en su rol de diseño institucional, a los efectos de mejorar la articulación entre los procesos de toma de decisiones en torno a los usos del territorio.

Palabras-clave: Ordenamiento territorial. Participación ciudadana. Derecho ambiental.

ABSTRACT

The aim of this work is to construct a reflection on the contributions that, from the juridical field, might be realized in the intersection between the environmental ordination of the territory and the mechanisms of civil participation for the decisions' construction. We part from some elements of the judicial decision “Mendoza” in which it has been decided on one of the more important problems of structural pollution in Argentina and that raises a fundamental challenge in terms of public environmental policies. This case treats about the pollution of the basin Matanza-Riachuelo that comes from a type of relation between nature and society that today starts being revised. In the first and second part of the work there is an articulation between concepts relatives to the territory ordination and the mecha-

* Recibido em 22/10/2014
Aprovado em 30/01/2015

** Doctora en Derecho UNL. Profesora de la Universidad Nacional del Litoral. Becaria Postdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. E-mail: vberros@fcjs.unl.edu.ar

nisms of civil participation, in simultaneous with judicial case presentation. Then, we focused in identifying the contributions that the juridical field might realize, in his role of institutional design, to improving the processes of constructing decisions concerning the uses of the territory.

Keywords: Territorial ordination. Civil participation. Environmental law.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo consiste en efectuar un recorrido que permita indagar sobre los aportes que, desde el derecho, podrían construirse en relación tanto a las políticas de ordenamiento ambiental del territorio como a aquellas relativas a la implementación de mecanismos de participación ciudadana para la toma de decisiones sobre riesgos y daños ambientales y relativos a la salud humana.

Para llevar a cabo esta tarea, y como costado empírico de análisis, se toman algunos elementos de la causa judicial “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y Otros s/ Daños y Perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo” que, en Argentina, se configura como una sentencia líder en materia ambiental de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resuelve el 8 de julio de 2008 sobre uno de los problemas de contaminación estructurales que afecta a alrededor de cuatro millones de personas que habitan en las cercanías de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo entre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y varias localidades al interior de la Provincia de Buenos Aires, y cuya ejecución se encuentra actualmente en marcha.

Este caso judicial presenta una multiplicidad de aristas debido a su nivel de complejidad, lo que permite observarlo escrutando algunas de sus facetas. En ese sentido, desandamos algunos aspectos específicos del caso, focalizando en el ordenamiento ambiental del territorio que forma parte del plan integrado de saneamiento solicitado por la Corte Suprema de Justicia y, luego, propuesto para sanear la cuenca hídrica mencionada, en su confluencia con la idea de participación ciudadana.

En una primera parte, se hace referencia a la variable ambiental como eje del ordenamiento del territorio. Luego, se indaga acerca de cómo y quién/es diseñó/n los planes de ordenamiento, los interlocutores visibles y aquellos que no han formado parte medular de las discusiones. Por último, se intenta repensar qué contribuciones se podrían efectuar desde el derecho, en especial en su rol de diseño de instituciones, procedimientos y mecanismos, en el entrecruzamiento de los dispositivos jurídicos de gobierno de riesgos que se estudian en los dos primeros apartados.

2. LO AMBIENTAL ANTE EL ORDENAMIENTO DEL TERRITORIO

El concepto de ordenamiento territorial comienza a desarrollarse a partir de la crisis de 1929, que dio cuenta de la existencia de zonas más o menos dispares, con mayor o menor potencialidad o desventajas y, por ende, de la necesidad de una intervención planificada que tienda a aminorar esas distancias¹.

Luego, hacia las últimas décadas del siglo XX, se comienza a articular la ordenación territorial con la tutela ambiental colocándose entre los principales objetivos de las sociedades contemporáneas de modo que, cuando la problemática ambiental adquiere trascendencia, es que se la incorpora como parte integrante del concepto mismo de ordenamiento territorial. En este sentido, se sostiene que el ordenamiento territorial parte de una visión global, que tiene en cuenta el conjunto de subsistemas que lo integran: el natural, sus

1 BASTIE, Jean. *Reflexiones sobre el ordenamiento del territorio*. Buenos Aires: GAEA Sociedad Argentina de Estudios Geográficos, 1996. (Colección de Anales, t. 20).

ambientes y recursos, el de las ciudades y asentamientos urbanos, el del transporte, el de las redes de comunicación y energía, el de los espacios abiertos, el de apropiaciones, usos del suelo y localización de actividades y el subsistema político-administrativo².

En el último subsistema mencionado el derecho adquiere particular relevancia, sobre todo en su rol de diseño institucional³. En esta misma línea, desde miradas similares se ha sostenido la existencia de subsistemas que constituyen el sistema territorial entre los que se refiere al medio físico y al marco legal e institucional⁴.

En paralelo se desarrollan, en el seno de los debates de teoría social, algunas discusiones que contextualizan la emergencia de la cuestión ecológica, de los riesgos ambientales. Esta problemática es abordada por algunos analistas en diálogo con el proceso de globalización así como, también, con la noción de “riesgo”⁵ como categoría que permite esbozar el ingreso a una “nueva” sociedad que sucede a la sociedad industrial o sociedad de la riqueza: la denominada sociedad del riesgo⁶.

A su vez, se indica que la ordenación del territorio requiere de un abordaje que integre diferentes disciplinas lo que ha informado, por ejemplo, la Carta Europea de Ordenación del Territorio, que data de 1983, y fue adoptada en el seno de la Conferencia Europea de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio⁷.

Se pone de manifiesto la necesidad de una variedad de conocimientos científicos para pensar el ordenamiento del territorio, lo que implica poner en diálogo diferentes disciplinas, y da cuenta del carácter híbrido de los temas ambientales. No parece posible pensar el territorio desde una perspectiva confinada a lo técnico, en la cual sólo intervengan algunos actores de las ciencias, sino que se requiere del establecimiento de interconexiones entre diferentes perspectivas. Se exigiría de interacciones entre las llamadas *ciencias de lo fáctico* (dentro de las que se destacan las ciencias naturales) y las *ciencias de lo humano*, que conforman los dos grandes polos que, modernamente contruidos, ocultaron la hibridez de los problemas⁸. A ello puede sumarse que, en razón de la multiplicidad de facetas respecto de las cuales las ciencias ya no pueden dar acabada respuesta -o por falta de conocimiento preciso o por la existencia de controversias entre quienes “hacen ciencia”-, se da apertura a una revalorización de otras formas de producción de saberes que fueron descartados en el esquema de la modernidad⁹.

Los problemas ambientales, justamente, son un claro ejemplo de la ruptura con esa manera “moderna” de conocer. Quienes se encuentran al interior del sistema científico no son los únicos que producen saberes, lo que permite revalorizar otras voces y exige la creación de canales a través de los cuales efectivizar esos

2 ROCCATAGLIATA, Juan A. *Territorio y gestión: ciudades y territorios en el espacio mundial globalizado*. Buenos Aires: Docencia, 2001.

3 UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. San Pablo: Boitempo, 2004.

4 GÓMEZ OREA, Domingo. *Ordenación del territorio: una aproximación desde el medio físico*. Madrid: Instituto Tecnológico Geomínero de España, 1994. (Serie Ingeniería Geoambiental).

5 Respecto del problema del riesgo, también se discute si se configura como “algo” que existe ontológicamente o si se trata de un producto sociocultural, perspectiva esta última que presenta diversos matices: el constructivista fuerte de Mary Douglas; la tesis de la sociología del riesgo adonde se posicionan Ulrich Beck y Anthony Giddens como constructivistas débiles; la postura constructivista fuerte de los *governmentality studies* de raigambre neofoucaultiana - en la que se encuentra la obra de Francois Ewald, Pat O'Malley - y de los estudios sociales de la ciencia. SOZZO, Gonzalo. *El gobierno de los riesgos*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2007.

6 Este enfoque de la “sociedad del riesgo” es uno de los tantos posibles como se afirma en la cita que precede. Hacemos referencia al mismo por haber “puesto en escena” el debate acerca de la posibilidad de pensar un momento de “cambio” desde la problemática del riesgo como cuestión medular. En este sentido es medular la publicación en 1986 de “La sociedad del riesgo” por parte de Ulrich Beck y sus posteriores publicaciones que articulan este tema con el proceso de globalización. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. Barcelona: Paidós. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Barcelona: Siglo XXI. Buenos Aires: Paidós. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

7 El CEMAT es un organismo que, actualmente, se encuentra considerando la noción de redes y desarrollo territorial, tal como surge de la “Declaración de Lisboa sobre Redes para el desarrollo territorial sostenible del continente europeo: Puentes a través de Europa” adoptada en el año 2006.

8 LATOUR, Bruno. *Nous n'avons jamais été modernes: Essai d'anthropologie symétrique*. Paris: La Découverte, 1997.

9 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para descolonizar Occidente: más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: CLACSO; Prometeo Libros, 2010.

diálogos¹⁰. De este modo, adquiere especial relevancia la arquitectura de los mecanismos de participación ciudadana también como vías para la introducción de otros modos de acercamiento a los problemas que no provienen del sistema científico, pero que son igualmente relevantes.

En el entrecruzamiento de estas perspectivas, podemos pensar el ordenamiento ambiental del territorio como una herramienta para el gobierno de riesgos, de la misma forma que pueden visualizarse los mecanismos de participación ciudadana. Ambas se constituyen como aristas rastreables en el caso “Mendoza”¹¹, que tomamos aquí como costado empírico del trabajo, que es considerado como uno de los fallos más importantes en materia ambiental de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el último período¹². Se inicia en el año 2004, a partir de una demanda interpuesta por un grupo de vecinos residentes y profesionales de la salud de la denominada “Villa Inflamable” de Dock Sud en Buenos Aires contra el Estado nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas allí situadas. Se reclaman daños y perjuicios por contaminación y recomposición del ambiente tanto de carácter colectivo como individual. Con posterioridad, se incorporan a la causa en calidad de terceros, un grupo de organizaciones no gubernamentales¹³ y el Defensor del Pueblo¹⁴, lo cual lo convierte en un complejo proceso “multipartes”.

Este problema socio-ambiental de carácter estructural, que termina por judicializarse en 2004, se ha desarrollado y agravado a lo largo del tiempo, logrando que el río se transforme en un sitio profundamente contaminado que, paralela y paradójicamente, - y en particular en su cuenca baja, es decir en el denominado “Riachuelo” -, se constituye como un paisaje devenido en “*postal típica*” de la ciudad de Buenos Aires¹⁵.

Se conjugan la carencia de políticas públicas que permitan dar respuesta a problemas sociales urgentes - desde el acceso al agua potable hasta la falta de cobertura de servicio cloacal y otros servicios públicos básicos, la existencia de un sin número de basurales clandestinos, etcétera -, la falta de control por parte del Estado de las actividades que realizan las empresas que se encuentran allí instaladas desde períodos más o menos prolongados, la yuxtaposición de diversas jurisdicciones y prácticas fuertemente arraigadas, la inexistencia de políticas de planificación a mediano y largo plazo y de información sistematizada respecto del estado de salud de la población del lugar; lo que se ensambla con las complicadas condiciones de posibilidad para introducir el tema en la agenda pública. Podría afirmarse que, a partir de este proceso, se dio paso a cierta introducción del problema en la agenda de debate, en el contexto de desarrollo de un trascendente conflicto ambiental a causa del proyecto de instalación de dos plantas de pasta celulosa en la localidad de

10 BROWN, Phil. Epidemiology and toxic waste contamination: lay and professional ways of knowing. *Journal of Health and Social Behavior*, v. 33, n. 3, p. 6267-6272, sept. 1992.

11 “Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)” (M.1569 XL), Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina.

12 Se ha considerado especialmente este fallo para dar cuenta del ingreso al “tiempo de las cortes verdes” lo que se constituye como un discurso fuertemente arraigado en los estudios que la doctrina ambientalista presenta sobre el tema. CAFFERATTA, Néstor. El tiempo de las cortes verdes. *Revista Jurídica La Ley*, marzo, 2007.

13 Por resolución de la CSJN de fecha 30.08.2006 se incorpora en calidad de terceros al proceso a las siguientes organizaciones no gubernamentales: Fundación Ambiente y Recursos Naturales (en adelante FARN), Centro de Estudios Legales y Sociales (en adelante CELS), Asociación Vecinos de la Boca y Greenpeace, rechazándose la incorporación de Poder Ciudadano, Fundación Ciudad y Fundación Metropolitana en virtud de los contenidos estatutarios de cada una de ellas. Luego, mediante resolución de fecha 20.03.2007, se incorpora otra organización no gubernamental: Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos y un grupo de vecinos de Lomas de Zamora, intervinientes en la causa “*Verga, Ángela y otros c/ Estado Nacional y otros s/ medida cautelar*”. Andrés Nápoli y José Esain explican, en relación a la estrategia de intervención esgrimida en el proceso por parte de las ONGs y el Defensor del Pueblo, que “... nos propusimos ingresar a la causa mecanizando los intereses de la sociedad civil. Este sector veía que su aporte podía enriquecer el proceso judicial en lo que los vecinos no podían acercar. Las ONGs querían, por ejemplo, arrimar a la causa los informes que internamente habían generado, su experiencia y enorme trayectoria desplegada en la CMR y, por sobre todas las cosas, ser el vínculo entre los intereses de la sociedad civil y la protección de un bien de pertenencia colectiva. Los abogados pensábamos que era importante quitarle a la causa el matiz exclusivamente patrimonialista que podía correr en un futuro. La presencia de las ONGs daría al juicio esa matriz de interés público, que desde el auto inicial la Corte pretendía darle. Con la presencia de las organizaciones civiles, se podía además asegurar la continuidad del proceso a pesar de cualquier transacción de los vecinos respecto a su demanda...” NÁPOLI, Andrés; ESAIN, José. Habemus sentencia. *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, n. 16, 2008.

14 El Defensor del Pueblo, luego de haber sido rechazado en calidad de *amicus curiae* en la causa es aceptado como tercero por resolución del 24.08.2006.

15 SILVESTRI, Graciela. *El color del río: historia cultural del paisaje del Riachuelo*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes y Prometeo, 2003.

Fray Bentos, en la costa uruguaya del río Uruguay, que genera un movimiento importante de resistencia por parte de los habitantes de la ciudad ribereña argentina, Gualeguaychú¹⁶.

Por medio de la resolución inicial de fecha 20 de junio de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) se declara competente para entender en la prevención, recomposición y resarcimiento del daño colectivo. Ordena la presentación de determinada información a las empresas. Y al Estado nacional, provincial y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, les solicita la confección y presentación de un “Plan Integrado de Saneamiento” que debe contemplar, entre otros aspectos, el ordenamiento ambiental del territorio conforme los parámetros de la Ley General de Política Ambiental N°25.675/02. Esta norma se encuentra dentro del conjunto de leyes de presupuestos mínimos que, conforme la reforma constitucional de 1994, son aquellas que disponen de un piso mínimo de protección ambiental que no puede ser desconocido por las regulaciones provinciales.

Mediante esta requisitoria de la CSJN se introduce, como uno de los puntos importantes del plan integrado, el ordenamiento ambiental del territorio de la cuenca. La incorporación de la variable ambiental al momento de pensar como ordenar el territorio se enlaza, también, con una serie de herramientas jurídicas que han sido reguladas por la ley mencionada¹⁷.

Esta normativa prevé, en sus artículos 9 y 10, pautas generales respecto del ordenamiento ambiental del territorio. No se visualiza de modo explícito la idea de interdisciplinariedad, sin perjuicio de lo cual se infiere de la imposibilidad de trabajar sobre “*los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional*” (art. 10 Ley 25.675/02) sin un esquema en ese sentido. Lo que si se afirma más claramente, es la trascendencia de la coordinación inter-jurisdiccional entre los diferentes niveles de gobierno (nacional, provincial, municipal y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (Art. 9 Ley 25.675/02).

De este modo, la arquitectura jurídica asume especial relevancia en concomitancia con la imposibilidad de estructurar administrativamente los diferentes sistemas ambientales. A lo expuesto, se agregan una serie de pautas a considerar prioritariamente en este tipo de procesos de localización de diferentes actividades:

“a) La vocación de cada zona o región, en función de los recursos ambientales y la sustentabilidad social, económica y ecológica; b) La distribución de la población y sus características particulares; c) La naturaleza y las características particulares de los diferentes biomas; d) Las alteraciones existentes en los biomas por efecto de los asentamientos humanos, de las actividades económicas o de otras actividades humanas o fenómenos naturales; e) La conservación y protección de ecosistemas significativos” (Art. 10 Ley 25.675/02)¹⁸.

En este marco, el caso bajo análisis torna visible una cuenca hídrica profundamente contaminada, respecto de la cual se esboza la necesidad de “de-construcción” de un sinnúmero de aspectos más o menos fuertemente arraigados que han cooperado al panorama actual del sitio.

16 Este conflicto ha sido analizado desde diversas perspectivas, considerándose, por ejemplo, como el caso a través del cual se habría dado el “descubrimiento del medioambiente” en Argentina. BAYA LAFFITE, Nicolás. *La découverte de l'environnement en Argentine. Une étude de la controverse des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. Tesis del Máster en Ciencias Sociales. École des Hautes Études en Sciences Sociales. Centre Alexandre Koyré. Paris, 2008. A su vez, se han estudiado estos conflictos ambientales de manera articulada y a partir de una propuesta metodológica específica que configura una importante contribución al campo de la sociología de los conflictos ambientales. MERLINSKY, Gabriela (Comp.). *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación CICCUS, 2013.

17 Esta ley nacional incorpora una serie de herramientas para la gestión de riesgos ambientales como, por ejemplo, las evaluaciones de impacto ambiental (art. 11,12 y 13), los principios de prevención y precaución (art. 4), los mecanismos de participación ciudadana (art. 19, 20 y 21), la educación ambiental (art. 14 y 15), el derecho de información (art. 16, 17 y 18), los seguros ambientales y fondos de restauración (art. 22 y 34).

18 Esta norma no es la única que hace referencia al problema del ordenamiento ambiental del territorio, aunque es muy relevante dado que lo introduce como uno de los presupuestos mínimos de la política ambiental. Respecto de este tema, podemos citar como antecedentes la Ley N° 22.428/81 de “Fomento de la Conservación de Suelos”, la Ley N° 24.701/96 que aprueba la “Convención de Naciones Unidas contra la Desertificación en los países afectados por la sequía grave o desertificación” y, más cerca en el tiempo, la Ley N° 26.331/07 de “Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos”.

La CSJN ordena, en un primer momento, a los tres niveles del Estado demandados, la presentación de un Plan Integrado de Saneamiento que debe tener en cuenta no sólo el ordenamiento ambiental del territorio - dentro del que se prevea la realización de un control sobre las actividades antrópicas - sino, también, un programa de educación ambiental y de información pública y el estudio de impacto ambiental de las empresas demandadas. Este plan fue presentado públicamente en la primera de una serie de audiencias públicas, que se configuran como innovadoras dentro del marco del proceso¹⁹.

Luego de su puesta en conocimiento, ingresan al “diálogo” otros actores: 1) los científicos - debido a que la CSJN el 23.02.2007 ordena la intervención de la Universidad de Buenos Aires para que evalúe la factibilidad del plan -, y 2) las partes que integran el frente activo proceso.

Estos diálogos no sólo pueden recrearse a través del “relato” del expediente sino, también, mediante el seguimiento de lo que acontece en estas audiencias públicas, a modo de “micro-relato”. Debido a la duración reducida del tiempo de exposición, las partes intervinientes deben, a la hora de efectuar su presentación, ponderar los aspectos que parecen más relevantes, lo cual permite, también, una valoración interesante respecto de lo que allí manifiestan o descartan.

Hasta aquí se propuso complejizar cómo la variable ambiental se introduce para pensar el modo de ordenar los territorios repensando su articulación con algunos contextos, con algunas maneras de entender la gestión de daños y riesgos ambientales y relativos a la salud humana. Ahora, se postula tomar elementos de las audiencias mencionadas, articulados con otros documentos de la causa, para hacer referencia al problema de la participación ciudadana que consiste en otro de los grandes desafíos en materia de construcción jurídico-institucional respecto de temas ambientales. Un ejercicio que se complejiza por el carácter mismo del caso, que viene a dar cuenta de una realidad que podría pensarse como propia del siglo XIX, pero a la que hoy subyacen varias herramientas de gestión de riesgos contemporáneas que implican renovados desafíos.

3. SOBRE LA ARTICULACIÓN DE DIÁLOGOS: ¿QUIÉNES SON LOS INTERLOCUTORES ANTE PROBLEMAS AMBIENTALES?

En la primera jornada (05.09.2006) de la primera Audiencia Pública que se desarrolla en este proceso interviene el representante de la parte actora²⁰, destacando los puntos más relevantes de la demanda y la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en representación del Estado nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires²¹. En la segunda jornada (12.09.2006) de la misma, toman intervención las empresas demandadas²² - informando verbalmente lo solicitado por la CSJN, las organiza-

19 Esta serie de audiencias públicas, la intervención de la Universidad de Buenos Aires a través de la conformación de un grupo de expertos, la formación de un Cuerpo Colegiado con el objetivo de “impulsar acciones destinadas a lograr la ejecución de sentencia y hacer efectiva la participación ciudadana ordenada” (art. 1 del Reglamento de funcionamiento de Cuerpo Colegiado), pueden ser leídos en consonancia con otras innovaciones institucionales, entre ellas, el desarrollo de las acciones de clase en el caso “Halabi, Ernesto c/ PEN - ley 25.873 -dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986” (H 270 XL II) que fue también resuelto por la CSJN el 24.02.2009, las “Conferencias o paneles de ciudadanos” que han tenido lugar en diferentes países sobre algunos tópicos relativos al ambiente y la salud (por ejemplo, en Francia respecto de los organismos genéticamente modificados en 1998 o de la instalación de antenas de telefonía celular en 2009). Intervención de Gonzalo Sozzo en “Abogacía y Ambiente” del Ciclo de Conferencias ¿Para qué sirve la abogacía? desarrollado el 23 de abril 2009 en la FCJS, UNL.

20 Interviene el abogado Jorge Mosset Iturraspe en su carácter de patrocinante de la parte actora.

21 En ese momento desempeñaba esa función la abogada Romina Picolotti.

22 De las cuarenta y cuatro empresas demandadas participaron en esta audiencia Antivari S.A, Curtiduría Gaita SRL, Orvol, Petrobrás Energía S.A, Solvay Indupa, Shell CAPSA, a cuyos discursos subyace, en términos generales (lo cual se repite en las contestaciones de demanda de gran parte de las empresas) el presentarse como actividades no productivas y un “aferramiento” al derecho clásico de la responsabilidad civil que, en casos estructurales como el analizado, presentan una clara serie de rigideces para funcionar. En este sentido se afirma, por ejemplo, que “En lo que atañe a la cuestión de fondo a debatir, mi representada rechaza el enfoque del grupo de ONG’s encabezado por la EARN, en cuanto sostiene que el tema a desidendum es ordenar la recomposición de la Cuenca Matanza-Riachuelo, y en dicho sentido, elaborar y ejecutar un plan de cese de las actividades contaminantes, saneamiento, recomposición y ordenamiento ambiental de la Cuenca....”

ciones no gubernamentales²³ y el Defensor del Pueblo de la Nación²⁴.

La Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación presenta el Plan Integrado de Saneamiento que fuera solicitado por el máximo tribunal a partir en un esquema de cuatro nudos problemáticos: 1) institucional, 2) saneamiento, 3) social y 4) ordenamiento ambiental del territorio.

Respecto de este último, se hace referencia a un estado de situación de sobrecarga sobre el curso de agua, consecuencia de una serie de aspectos entre los que se destaca:

[...] La falta de planificación e intervención del Estado para regular lo que pasó en el territorio generó sin duda el uso inadecuado y desigual de los bienes y servicios ambientales [...].²⁵

Esto es puesto en relación con las políticas económicas y sociales de las últimas décadas - responsabilizando a administraciones anteriores -, que generaron altos niveles de exclusión y la paralela expulsión de los “excluidos” hacia estos territorios que “nadie disputa”. A lo expuesto, añade la externalización de costos ambientales por parte de las empresas que no fueron/son controladas por el Estado.

La propuesta consiste, entonces, en:

[...] que el Estado, en atención a objetivos de equidad, corrija desigualdades tomando decisiones para reasignar los recursos y defina en forma concertada los usos del territorio [...], postulando una macrozonificación planificada basada en “[...] criterios de criticidad de las condiciones ambientales, en las prioridades sociales, en las potencialidades de características a conservar, y en la capacidad de soporte para actividad urbana [...].²⁶

De este modo, el resumen del plan fue presentado en la audiencia, direccionando el problema, estableciendo los focos de atención y las prioridades.²⁷

Posteriormente, tal como se adelantó, la CSJN consideró necesaria su revisión, para lo que convocó a la Universidad de Buenos Aires. Esta institución conformó un grupo interdisciplinario integrado por profesores-investigadores Facultades de Arquitectura, Diseño y Urbanismo, Ingeniería, Medicina, Farmacia, Bioquímica, Derecho, Veterinaria, Agronomía, Ciencias Exactas, Ciencias Económicas y Ciencias Sociales. Este cuerpo de expertos se estructuró en cuatro comisiones: 1) Gestión urbana, Infraestructura y Saneamiento, 2) Salud, 3) Control Ambiental, 4) Económico-Institucional; cada una de las cuales tuvo a cargo la presentación de un informe, compartimentalizando, en alguna medida, el problema abordado y ya “direccionado”.

El hecho de recurrir a una institución universitaria a los efectos de solicitar la evaluación del plan es innovador, si bien no fue este el primer caso en que se efectuó dentro de procesos judiciales sobre temas ambientales²⁸. Este tipo de medidas es trascendente en el ámbito de los conflictos socio-ambientales, caracterizados por un enjambre de variables de diversas áreas disciplinares que evolucionan permanentemente. Se

mi representada sostiene que de trabarse la litis se deben acreditar todos los presupuestos de la responsabilidad y que, por lo tanto, la materia a discutir será la de acreditar no sólo el daño ambiental colectivo sino también la relación de causalidad entre éste y las actividades desarrolladas por las empresas demandadas” (Fragmento intervención representante de Petrobrás, 29.11.2007).

23 El abogado Andrés Nápoli, de la FARN interviene, además, en representación de Greenpeace y del CELS. Por su parte, Alfredo Alberti lo hace en representación de la Asociación Vecinos de La Boca.

24 En ese momento desempeñaba esa función el Licenciado Eduardo Mondino.

25 Fragmento intervención S.A.Y D.S. Romina Picolotti, 05.09.2006.

26 Fragmento intervención S.A.Y D.S. Romina Picolotti, 05.09.2006.

27 PUGA, Mariela. La realización de derecho en casos estructurales: las causas “Verbitsky” y “Mendoza”. *Borrador*, 5 de mayo de 2008. Disponible em: <<http://www.palermo.edu/derecho/noticias/pdf/Realizacion%20de%20derechos%20-Mayo-2.pdf>>. Acceso en: 03 fev. 2015.

28 En otro relevante caso ambiental, “*Almada, Hugo c/ Copetro, S.A. s/ daños y perjuicios*” finalmente resuelto por Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Plata, Sala III, se conformó un comité de peritos integrado por expertos de la Universidad de la Plata. Asimismo, con posterioridad, en una importante causa judicial sobre fumigaciones con agroquímicos “*Cavigliano Peralta, Viviana y otros c/ Municipalidad de San Jorge y otros s/ amparo*” la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de la ciudad de Santa Fe, en su sentencia de fecha 09.12. 2009, solicita a la Universidad Nacional del Litoral un informe sobre la toxicidad del glifosato para mejor decidir sobre la problemática.

hace necesario, entonces, un *expertise* inmerso en la llamada parlamentariedad de la ciencia²⁹, en las discusiones científicas que se desenvuelven en cada uno de los planos, lo cual se presenta como propio del ámbito de investigación.

En este marco, el tema del ordenamiento ambiental del territorio es estudiado, particularmente, por la Comisión Económico Institucional que efectúa algunas valoraciones críticas señalando, en general, la falta de precisión y claridad del plan y enfocando en el problema de la relocalización de grupos poblacionales que habitan en zonas que son insalubres. Podría pensarse aquí que pareciera existir una suerte de “grieta” en el plan o detectarse poca claridad en cuanto al destino de quienes habitan la cuenca y su posible relocalización.

Esta “grieta”, es útil para introducir un tema que puede estar poco visibilizado. Desde la Universidad, se hizo una valoración crítica del plan, plan que, a su vez, fue confeccionado por otros expertos. Plan que, de concretarse, habría de incidir en la vida de un número muy importante de personas que habitan en la cuenca y quienes parecieran no constituirse como interlocutores medulares de este diálogo, lo que se articula con la concepción moderna sobre la forma de conocer circunscripta al conocimiento científico³⁰.

Ese ensamblaje, sin embargo, en temas ambientales - y sobre todo aquellos que se inscriben en un escenario controvertido o incierto, pareciera no funcionar de un modo tan simple. Se torna visible que, en el gobierno del riesgo ambiental es necesario un sistema participativo y dialógico en el que las agendas se construyan desde la base³¹. En estos casos, se requiere de articulaciones que posiblemente necesiten preguntar, interrogar, bucear otros ámbitos. Estos interrogantes pueden llevarnos a otro: ¿Cómo imaginar escenarios posibles para el desarrollo de mecanismos que permitan participar a quienes verán de una u otra forma modificado su entorno?

En este sentido, y retomando los discursos que se presentaron en la primera audiencia pública, tanto las organizaciones no gubernamentales como el Defensor del Pueblo, incorporan fuertemente el concepto de participación cuando refieren al plan. El Defensor del Pueblo afirma que es necesario garantizar la participación de múltiples actores sociales en la formulación de un plan integral. Por su parte, las organizaciones no gubernamentales consideran:

[...] fundamental que el plan que en definitiva se lleve a cabo no sea producto de una imposición gubernamental, sino que cuente con el más elevado consenso posible [...].³²

Ese consenso, en los argumentos de las organizaciones no gubernamentales, viene dado por la participación ciudadana, construyendo instancias para materializarla y vinculándola con el derecho de acceso a la información.

Ahora bien, si se trata de imaginar escenarios posibles para los procesos participativos - en este caso respecto de “qué hacer con el territorio” y “cómo hacerlo” -, podríamos preguntarnos si el campo jurídico puede aportar algo y, en ese caso, cuáles podrían ser algunas de sus contribuciones.

4. POSIBLES APORTES DESDE EL DERECHO

¿Que podría aportar el derecho en la intersección entre ordenamiento ambiental del territorio y participación ciudadana? Este es el interrogante del que intentaremos dar cuenta en este apartado.

29 LATOUR, Bruno. *Politiques de la nature: comment faire entrer les sciences en démocratie?* Paris: La Decouverte, 2004.

30 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclé D. Crouwer, 2003.

31 SOZZO, Gonzalo. Lecciones de Gualaguaychú: de la resistencia a riesgo hacia la construcción de un gobierno alternativo de riesgos ambientales. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da UNL*, n. 5, 2007.

32 Fragmento intervención del representante ONGs admitidas a esa fecha, Andrés Nápoli, 12.09.2006.

Ahora bien, ¿desde qué contexto se desarrollarían esos aportes? Ya se ha mencionado que el derecho podría ser pensado como uno de los subsistemas que integran el concepto de ordenamiento ambiental del territorio. La arquitectura que puede delinear el derecho allí parece relevante y puede ser pensada en el cruce con la idea de participación, a manera de creador, diseñador de vías institucionales para su canalización³³.

El marco del cual se parte, pareciera posibilitar la tarea en ese sentido. La participación ciudadana forma parte de los principios de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, lo que se replica en numerosas escalas regulatorias nacionales y regionales. En esta declaración se incorpora, junto con el derecho a la información, en el Principio 10 y se lo establece como el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales. Se afirma que:

[...] toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones [...]

Por su parte, la ley argentina de presupuestos mínimos de política ambiental, considera que el fomento de la participación ciudadana es uno de sus objetivos (Art. 2 Ley 25.675/02) y, asimismo, lo incorpora como derecho. “*Toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general*” (Art. 19 Ley 25.675/02)

Ahora bien, se refiere al derecho de participar sin aunarlo con el derecho a decidir. Se explicita, en tal sentido, que “*La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes*” (Art. 20 Ley 25.675/02), aunque se condiciona a que las autoridades funden y presenten públicamente la razón para apartarse de la opinión de la ciudadanía³⁴.

En este contexto, y con la particularidad del supuesto cuyos elementos hemos tomado, se identifican aspectos relevantes. La idea de participación es considerada dentro del plan. Por otra parte, se configura como un discurso más o menos cardinal según el actor del que se trate, tal como hemos reseñado en el apartado 3.

Dentro del contenido del plan de saneamiento, se bosquejan diferentes vías para la canalización de la participación de los habitantes de la cuenca, entre las que se destaca, por ejemplo, los encuentros barriales con los vecinos de la Villa Inflamable y la formación de promotores socio-ambientales que tendrán a cargo una tarea de concienciación.

Ello se combina con la constitución de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (en adelante ACUMAR) por medio de la cual pueda, también, canalizarse este tipo de lógica participativa. En la segunda Audiencia Pública, en la que se exponen los avances del plan, se enfatiza en la sanción de la ley de creación de la mencionada autoridad, Ley 26.168/2006 de la Cuenca Matanza – Riachuelo, en el marco de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable y con competencia en el ámbito de la cuenca.³⁵

33 Desde la perspectiva de Roberto Mangabeira Unger la tarea de “imaginación institucional” corresponde a un “agente” en particular, “[...] exigiría de nosotros, como abogados y ciudadanos, que completásemos lo ya realizado en el primer paso, de insistencia en la efectividad del gozo de derechos, a un segundo aún ausente de reimaginación y reconstrucción institucional[...].” (la traducción es propia) UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. San Pablo: Boitempo, 2004. p. 49.

34 En los fundamentos de este proyecto de ley no se hace referencia a la participación ciudadana como uno de los instrumentos básicos a ser considerados en la generación de política y gestión ambiental, dentro de los que se enumera “...*El ordenamiento ambiental, la evaluación de impacto ambiental, el sistema de control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, la educación ambiental, el sistema de diagnóstico e información ambiental y el régimen de promoción del desarrollo sustentable...*” (Fragmento de los fundamentos del proyecto de Ley 25675/02). Aunque sí es una idea que aparece en el desarrollo del debate parlamentario, justamente en el tratamiento de los objetivos de la norma entre los cuales se resalta “...*fomentar la participación social en los procesos de toma de decisiones...*” (Exposición del miembro informante del proyecto de Ley 25675/02), en correspondencia con la lógica de la Declaración de Río de 1992 y en la intervención del senador Martí, que lo introduce en los debates parlamentarios como uno de los aspectos fundamentales de toda política ambiental.

35 La ACUMAR está integrada por el titular de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, tres representantes del Estado nacional, dos de la provincia de Buenos Aires y dos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Algunas de las organizaciones no gubernamentales intervinientes en la causa (FARN y Asociación de Vecinos de la Boca) y la Fundación Metropolitana efectuaron una

Esta norma crea en su artículo 4 una Comisión de Participación Social, con funciones consultivas integrada por representantes de las organizaciones con intereses en el área, estableciendo un canal institucional a través del cual hacer factible la participación propiciada en el plan. Las facultades que se le asignan son de tipo consultivo.

Su implementación y resultados forman parte de los interrogantes que miembros de la CSJN realizan a la Secretaría, tema que se retoma en la tercera audiencia:

[...] Quiero remarcar que desde el primer momento el Presidente Néstor Kirchner, cuando envió el proyecto de ley de Autoridad de Cuenca al Congreso -que hoy es ley y que ya está integrada- contempló específicamente la participación de la sociedad civil. Por eso en la ley está contemplada la Comisión de Participación de la Sociedad Civil. Esto significa que no es una participación de la sociedad civil ad hoc o voluntarista, dependiente del funcionario de turno sino que está especificada en la ley y tiene un marco institucional de participación. Esto muestra la voluntad democrática y de participación en las políticas públicas que tiene este Gobierno [...]³⁶

En esta línea, en la cuarta audiencia pública, el representante de las catorce Municipalidades demandadas, que sostiene que se aspira a profundizar el tema de la representación de la sociedad civil³⁷.

Este tema recibe fuertes críticas por parte de algunos miembros del frente activo de la causa, especialmente, del Defensor del Pueblo y de las organizaciones no gubernamentales. Estas últimas afirman que:

[...] la citada comisión no ha sido puesta en marcha hasta el presente, por lo que no dudamos en afirmar que la participación en el ámbito de la Autoridad de Cuenca brilla por su ausencia.... vimos el informe hoy, el único grado de avance que tiene la Comisión de Participación es un registro de sesenta organizaciones. Un registro se crea en un día, y se gestiona en muy poco tempo[...]³⁸

En el mismo sentido, el representante de la Asociación de Vecinos de la Boca, afirma que la ley de Autoridad de Cuenca limita la participación a funciones consultivas que no han sido ni definidas, ni especificadas ni reguladas³⁹. Asimismo, la representante de la Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos, resalta la necesidad de que la ACUMAR se convierta en el mediano plazo en un organismo “altamente participativo”.

Se advierte así que la puesta en marcha de mecanismos efectivos de participación ciudadana reviste particular interés y subyace al discurso de varios de los actores intervinientes en la causa. La CSJN también jerarquizó este tema al ordenar, en su sentencia definitiva respecto de la recomposición y prevención del daño ambiental, y con el objeto de fortalecer la participación ciudadana respecto del control de cumplimiento del Plan de Saneamiento, la conformación bajo la coordinación del Defensor del Pueblo de un cuerpo colegiado integrado por los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervinieron en la causa como terceros.

En este marco, entre la Comisión de Participación Social⁴⁰ y las misiones encargadas al Cuerpo Colegiado

serie de críticas a esta ley. Entre ellas, que se constituye como un órgano del Poder Ejecutivo Nacional y no como un órgano inter-federal; que el área de su competencia no se encuentra bien especificado; que el Consejo Municipal sólo tiene asignadas funciones consultivas lo que es contrario a la cercanía y proximidad con la problemática y los afectados; las excesivas potestades que se otorgan a la Presidencia de la Autoridad de Cuenca; entre otras.

36 Fragmento intervención S.A.y D.S. Romina Piccolotti, 04.07.2007.

37 Esto se advierte en la intervención del representante Municipios Homero Bibiloni, 28.11.2007.

38 Fragmento intervención en representación de las ONGs FARN, CELS y Greenpeace de Andrés Nápoli 04.07.2007.

39 Esto se detecta en la intervención de Alfredo Alberti en representación de la Asociación de Vecinos de la Boca 04.07.2007.

40 Respecto, específicamente, del tema de la participación y puesta en marcha de esta “Comisión” el Informe 2009 de una de las ONGS intervinientes afirma que “...Más allá de la sanción del mencionado reglamento, la ACUMAR no ha realizado prácticamente ningún tipo de actividad destinada a integrar la participación de la ciudadanía en el Plan de Saneamiento. En tal sentido, y como se informa en su página web, desde agosto de 2006 se realizaron sólo dos encuentros abiertos con organizaciones sociales que trabajan en la cuenca. Por otro lado, a partir del dictado del reglamento operativo la Comisión de Participación Social ha realizado una única reunión en el ámbito municipal, con vecinos y organizaciones de La Matanza en septiembre de 2008. Asimismo, se había convocado a una segunda reunión de este tipo para el mes de diciembre de 2008 en el municipio de Almirante Brown pero fue suspendida por las autoridades sin establecerse una nueva fecha para su realización. Por otra parte, la participación prevista en la ley que regula el funcionamiento de la ACUMAR tampoco puede ser suplida por ninguna otra instancia, como podría ser el Cuerpo Colegiado creado por la CSJN, habida cuenta que éste tiene como finalidad promover la participación ciudadana para fortalecer los mecanismos de control de la sentencia,

se da apertura, sin dejar de considerar sus condicionantes y limitantes, a un espacio que pareciera tener una potencialidad interesante dado que se configura como el andamiaje a partir del cual se podría involucrar en la causa a los afectados y afectadas.

En esa potencialidad es que el derecho podría tener un papel importante. Frente al riesgo de que los afectados se mantengan fuera de lo que pasa en la causa permaneciendo en carácter de sujetos de la litis, este espacio podría tener la potencialidad para integrar a los afectados en un proceso que ha de tener, ante su efectivización, una injerencia importante para sus vidas. Coinciden varios de los actores involucrados en asignar al caso una serie de “cualidades” que lo convierten en particularmente especial⁴¹. Afirmo el abogado patrocinante de la parte actora que se trata de una causa de trascendencia social, de una oportunidad única; el representante de las organizaciones no gubernamentales que se trata de un caso complejo y sumamente novedoso que requiere de respuestas innovadoras; el Defensor del Pueblo como un caso que expresa el gravísimo paradigma de lesión al ambiente.

Frente a este conjunto de afirmaciones, podría pensarse que existiría un escenario propicio para la creación, ya sea repensando las herramientas existentes para tratar de dar alguna/s respuesta/s, o bien, imaginando nuevas alternativas conforme las particularidades que reviste el este problema.

5. CONCLUSION: RECREAR, REPENSAR, MAGINAR: ¿PODRÍA ESTA PROBLEMÁTICA CONVERTIRSE EN UNA OPORTUNIDAD?

Nos encontramos frente a un problema estructural que afecta a millones de personas. El mismo no puede ser explicado causalmente a la manera clásica, no se encuentran responsables únicos, dada la temporalidad y arraigo de las prácticas tanto de parte del Estado como de las empresas y los particulares, que coadyuvaron a este estado actual de contaminación.

La problemática llegó a la CSJN a partir de lo cual se dispone de una sentencia judicial que podría viabilizar algunas oportunidades⁴². Si se retoma el interrogante inicial sobre el aporte que el derecho podría construir en la intersección entre participación ciudadana y ordenamiento ambiental del territorio, y considerando que este campo se constituye sólo como una de las dimensiones que subyacen a este tipo de problemáticas ¿Podría, entonces, el derecho jugar algún rol relevante más allá de haber sido el mecanismo mediante el cual se articuló esta estrategia de litigio que concluyó en esta sentencia?

¿Podría configurarse como herramienta que permita el ingreso al diálogo de las millones de personas que sufren la contaminación en sus vidas cotidianas? ¿Podría tener alguna utilidad para la canalización de aquello que “se tiene para decir” respecto del Plan Integral de Saneamiento que propone (entre otros aspectos) el ordenamiento ambiental del territorio en el que habitan?

¿No sería relevante que las “experiencias vividas”, las “narrativas” de “los que sufren” sean especialmente escuchadas al momento de pensar los canales para que se desarrolle la participación ciudadana? ¿No podría pensarse que la participación es más que opinar o ser consultado es, también, decidir? ¿En ese caso, de qué modo se podrían garantizar las vías adecuadas para formar parte de los procesos de toma de decisiones?

mientras que aquella se orienta a introducir la visión de los ciudadanos, vecinos y afectados en las decisiones que en definitiva conformarán la gestión del plan de saneamiento...” FARN. Home – FARN - Fundación Ambiente y Recursos Naturales. Disponible em: <www.farn.org.ar>. Acceso em: 03 fev. 2015.

41 Esta coincidencia se visualiza en los discursos de parte del Estado, la parte actora de la litis, el Defensor del Pueblo y las organizaciones no gubernamentales, pero no en el de las empresas demandadas.

42 Respecto del desafío que plantean para la CSJN este tipo de casos estructurales se recomienda: PUGA, Mariela. La realización de derecho en casos estructurales: las causas “Verbitsky” y “Mendoza”. *Borrador*, 5 de mayo de 2008. Disponible em: <<http://www.palermo.edu/derecho/noticias/pdf/Realizacion%20de%20derechos%20-Mayo-2.pdf>>. Acceso en: 03 fev. 2015.

¿Esta oportunidad podría canalizarse a través de la creación de mecanismos de participación ciudadana? Ahora bien, ¿quién/es asume/n la tarea de crear esos mecanismos? ¿Y desde qué perspectiva?

La contaminación estructural de esta cuenca hídrica es un problema de larga data, en el cual se ensamblan una conjunción de jurisdicciones. Legislación que proviene de los tres niveles de gobierno que se “articulan / desarticulan” en la cuenca. Una amplia serie de jurisdicciones fuertemente enraizadas en ese espacio, tanto por parte de sus habitantes como de las empresas, lo que termina de configurar esta suerte de compleja constelación.

Jurisdicciones que, además, pueden decir mucho acerca de lo que sucede en el lugar, que podrían constituirse como una primera vía para recuperar y valorizar las experiencias de quienes están siendo afectados desde hace mucho tiempo.

Recuperar las narrativas, desandar la multiplicidad de jurisdicciones que perviven allí, podría constituirse como un paso previo al diseño de mecanismos de participación.

Lejos de imponer los modos en que se debe participar, generarlos con quienes se suponen destinatarios de los mismos. Con quienes, en este caso, verían modificado el territorio en el que transita su cotidianeidad. Podría ser un importante paso para que esos diseños no sean realizados por “arquitectos que no los habitarán”. Para conducir a una “reapertura” hacia los afectados y afectadas por la problemática de la contaminación en el ambiente y en su salud, que son quienes también, verdaderamente, tienen mucho para decir.

Otro desafío consiste en que la participación no sólo postule la creación de mecanismos para que los afectados puedan manifestarse, opinar y ser consultados; imaginando algo más que ese espacio. Repensar, recrear, imaginar desde una perspectiva al rescate de la experiencia, aprendiendo de lo vivido. De lo contrario, corremos nuevamente un riesgo, el de “encorsetar” las formas de participación pensándolas “para” y no “con”. Si se piensa en estos términos, podría correrse el riesgo de que mucho, o parte, de lo que se diseñe presente poco de emancipador. Podría arriesgarse a que el resultado sea considerado irrelevante o evidente⁴³.

El sufrimiento de Claudia Romero⁴⁴, sus experiencias tóxicas no pueden permanecer invisibles: “Desde hace tres o cuatro años que me duele todo”. Cuando el dolor es insoportable, ella se atiende en la unidad sanitaria del barrio: “Y los médicos me dan alguna aspirina. Yo me siento mejor, pero después el dolor vuelve. Y de noche es peor.” Cuando le preguntamos sobre su nivel de plomo en sangre, nos dijo que los estudios son muy caros para ella:

cuestan entre 100 y 200 pesos.” Claudia sabe que no es la única que tiene un cuerpo que duele y chicos enfermos. El problema, dice, “está por todos lados[...]⁴⁵

Frente a realidades y vivencias de este tipo, la tarea no aparece sencilla, pero sí imprescindible. Desbloquear el modo de hacer requiere de un despensar para poder luego recrear, imaginar, repensar aproximán-

43 Boaventura de Sousa Santos en una “explicación personal de su investigación” en Pasárgada, denominación con la que llamó a una favela de Río de Janeiro en la cual realizó el trabajo de campo de uno de sus primeros trabajos de investigación, sostiene una afirmación muy interesante en cuanto a lo que ocurrió al intentar “devolver” los resultados de su investigación a esa comunidad, “...En el curso de las pocas discusiones que tuve en privado con mis amigos de la comunidad se puso claramente de manifiesto que mis hallazgos eran para ellos evidentes o irrelevantes. Por una parte, cuando se los “expulsaba” de su cueva teórica y quedaban expuestos a la luz del lenguaje normal, mis datos se desvanecían, se disolvían en la poco interesante red de experiencias, esperanzas y frustraciones cotidianas de mis amigos. Por otra parte, mis teorías - presentadas como mis interpretaciones - eran totalmente irrelevantes para las necesidades de la comunidad y no encajaban en las difíciles condiciones en las que se estaba desarrollando a la sazón la estrategia de supervivencia de la comunidad. Dicho de otra manera: mis teorías nada decían de la cuestión omnipresente sobre qué hacer. Y mis esfuerzos para darle respuesta sobre la base de mis compromisos políticos fueron recibidos con escepticismo, ya que mi “radicalismo” era de escasa utilidad para gente que estaba luchando en una situación de represión política fascista. En otras palabras: yo no era parte de su lucha...” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 252.

44 Claudia Romero es el nombre dado a una de las vecinas de Villa Inflamable que colaboró en la investigación de Javier Auyero y Débora Swistun sobre este grave problema socio-ambiental.

45 AUYERO, Javier; SWISTUN, Débora A. *Inflamable: estudio del sufrimiento ambiental*. Buenos Aires: Paidós, 2008. p. 19.

donos al derecho desde “otro lugar”, desde una perspectiva que permita dar cuenta de la relevancia de la voz de los excluidos en el discurso jurídico.

“Aprender lecciones”, “incorporar una actitud hacia los demás” para canalizarlas en la resolución de problemas. Tomar las condiciones de posibilidad existentes, sean éstas mejores o peores, y de sus “grietas” poder re-construir posibilidades preguntándonos “quiénes” y “cómo”.

REFERENCIAS

- ACUMAR. *Acumar*. Disponible em: <www.acumar.gov.ar>. Acceso em: 03 fev. 2015.
- AUYERO, Javier; SWISTUN, Débora A. *Inflamable: estudio del sufrimiento ambiental*. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- AVELABOCA. *Asociación de Vecinos La Boca*. Disponible em: <www.avelaboca.org.ar>. Acceso em: 03 fev. 2015.
- BASTIE, Jean. *Reflexiones sobre el ordenamiento del territorio*. Buenos Aires: GAEA Sociedad Argentina de Estudios Geograficos, 1996. (Colección de Anales, t. 20).
- BAYA LAFFITE, Nicolás. *La découverte de l'environnement en Argentine :Une étude de la controverse des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*. 2008. Tesis (Máster en Ciencias Sociales)- École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris, 2008.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. Barcelona: Paidós.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Barcelona: Siglo XXI. Barcelona: Paidós.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Buenos Aires: Paidós, 1996.
- BROWN, PHIL. Epidemiology and toxic waste contamination: lay and professional ways of knowing. *Journal of Health and Social Behavior*, v. 33, n. 3, p. 6267-6272, sept. 1992.
- CAFFERATTA, Néstor. El tiempo de las cortes verdes. *Revista Jurídica La Ley*, mar. 2007.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. *CELS*. Disponible em: <www.cels.org.ar>. Acceso em: 03 fev. 2015.
- CSJN. *Corte Suprema de Justicia de La Nación*. Disponible em: <www.csjn.gov.ar>. Acceso em: 03 fev. 2015.
- FARN. *Home – FARN - Fundación Ambiente y Recursos Naturales*. Disponible em: <www.farn.org.ar>. Acceso em: 03 fev. 2015.
- GÓMEZ OREA, Domingo. *Ordenación del territorio: Una aproximación desde el medio físico*. Madrid: Instituto Tecnológico Geominero de España, 1994. (Serie Ingeniería Geoambiental).
- GREENPEACE. *Greenpeace Argentina*. Disponible em: <www.greenpeace.org.ar>. Acceso em: 03 fev. 2015.
- LATOUR, Bruno. *Nous n'avons jamais été modernes: Essai d'anthropologie symétrique*. Paris: La Découverte, 1997.
- LATOUR, Bruno. *Politiques de la nature: Comment faire entrer les sciences en démocratie?* Paris: La Découverte. 2004.
- MERLINSKY, Gabriela (Comp.). *Cartografías del conflicto ambiental en Argentina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación CICCUS, 2013.
- NÁPOLI, Andrés; ESAIN, José. Habemus sentencia. *Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, n. 16, 2008.

- PUGA, Mariela. La realización de derecho en casos estructurales: las causas “Verbitsky” y “Mendoza”. *Borrador*, 5 de mayo de 2008.
- ROCCATAGLIATA, Juan A. *Territorio y gestión: ciudades y territorios en el espacio mundial globalizado*. Buenos Aires: Docencia, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Ed. Desclé D. Crouwer, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica: Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para descolonizar Occidente: más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: CLACSO; Prometeo Libros, 2010.
- SILVESTRI, Graciela. *El color del río: Historia cultural del paisaje del Riachuelo*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes y Prometeo, 2003.
- SOZZO, Gonzalo. *El gobierno de los riesgos*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2007.
- SOZZO, Gonzalo. Lecciones de Gualeguaychú: de la resistencia a riesgo hacia la construcción de un gobierno alternativo de riesgos ambientales. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da UNL*, n. 5, 2007.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. San Pablo: Boitempo, 2004.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Matéria ambiental nos tribunais
da Austrália e nova Zelândia**
Environmental matters in the
courts of Australia and new
Zealand

Marcio Oliveira Portella

Matéria ambiental nos tribunais da Austrália e nova Zelândia*

Environmental matters in the courts of Australia and new Zealand

Marcio Oliveira Portella**

RESUMO

O desenvolvimento do tema proposto tem por objetivo propiciar, primeiramente, o entendimento do surgimento do sistema *Common Law* ou lei comum nos países de língua inglesa, que, por seu turno, é essencialmente baseado nas decisões jurisprudenciais que se criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso, a solução mais razoável. Especificamente, no segundo momento, expõe-se a organização e o funcionamento do sistema jurídico da Austrália e da Nova Zelândia, respectivamente, bem como expondo algumas decisões recentes de suas cortes em matéria de direito ambiental. O trabalho busca demonstrar com esta análise panorâmica, a preocupação dos aludidos países com a questão ambiental e o desenvolvimento sustentável em seus territórios.

Palavras-chave: Austrália. Nova Zelândia. Tribunais. Meio Ambiente. Direito Ambiental.

ABSTRACT

The development of the proposed theme aims to provide an understanding of the emergence of Common Law in English-speaking countries, which in turn, is essentially based on court decisions that have established precedent in previous system, first, in seeking each case, the more reasonable solution. Specifically, the second time, exposes itself to the organization and functioning of the legal system of Australia and New Zealand, respectively, as well as demonstrating some recent decisions of their courts in environmental law. The search work to demonstrate with this analysis overview, the concern of the countries alluded to the environmental issues and the sustainable development in their territories.

Keywords: Australia. New Zealand. Courts. Environment. Environmental Law.

* Recebido em 03/11/2014
Aprovado em 13/01/2015

** Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara; professor de Direito Civil pela Universidade Salgado de Oliveira / Universo – Belo Horizonte, Minas Gerais. E-mail: moportella@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é demonstrar como o direito ambiental é definido e orientado na Austrália por meio da sua Corte de Terras e Meio Ambiente em *New South Wales* (NSW) e que foi a primeira especializada no

mundo, bem como na Nova Zelândia por meio do seu Tribunal do Meio Ambiente, lastreado pela Lei da Gestão de Recursos de 1991 (*Resource Management Act 1991*), lei esta, revolucionária para aquele tempo, pois foi a primeira a introduzir a sustentabilidade como conceito central do processo decisório. Por meio da pesquisa realizada e pelo entendimento dos respectivos tribunais, tem-se uma visão clara da preocupação do judiciário nos aludidos países no que concerne as questões ambientais e no desenvolvimento sustentável.

O trabalho dividiu-se em explicar doutrinariamente o que vem a ser na sua gênese o sistema *Common Law* nos países de língua inglesa para em seguida focar na estrutura do judiciário nos referidos países e nas suas decisões sobre meio ambiente e desenvolvimento sustentável.

2. COMMON LAW

Fundamentalmente, os países de língua inglesa adotaram o sistema da *Common Law* ou lei comum, porém, inicialmente, é importante discorrer sobre a gênese de tal sistema até os dias atuais.

Em sua obra, Flávia Lages de Castro¹ ensina que não há na Inglaterra, códigos escritos como encontramos em outros países, apenas em algumas matérias especiais o direito é apresentado de forma sistemática.

Nesse contexto, afirma-se que:

A concepção de direito que os ingleses sustentam é, de fato, ao contrário da que prevalece no continente europeu, essencialmente jurisprudencial, ligada ao contencioso. O direito inglês, que foi elaborado pelas Cortes reais, apresenta-se aos ingleses como o conjunto de regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução dos litígios. A regra de direito inglesa (legal rule), condicionada historicamente, de modo estrito, pelo processo, não possui o caráter de generalidade que tem na França uma regra de direito formulada pela doutrina ou pelo legislador. As categorias e conceitos, no direito inglês, derivam de regras processuais formalistas que as Cortes Reais foram obrigadas a observar até uma época recente; a distinção entre direito público e direito privado, em particular, por esse motivo, é desconhecida na Inglaterra².

No direito inglês existe também o *Statute Law* (a lei) além da *Common Law* e a *Equity*. Isso posto, haverá a necessidade de se fazer a devida distinção entre esses institutos.

Contudo, cumpre antes salientar que, no direito inglês, não há diferença entre direito público e privado, bem como não há também códigos — como os nossos pela família romano-germânica — que possam indicar outro tipo de divisão que não entre estes supracitados.

De acordo com Flávia Castro³, a respeito dos aludidos institutos, a autora explica e expõe baseada em outros entendimentos, que o direito inglês é obra das cortes reais — Cortes de *Common Law* e Cortes de *Equity* — em que se criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso a solução que era ‘razoável’ consagrar. É, basicamente, um direito forjado por precedentes e não por legislações estabelecidas por legisladores especificamente. Esse procedimento poderia ser prejudicial ao direito de um país, pois, se respeitados demasiadamente, o direito não evoluiria, se pouco respeitado o precedente, a legislação poderia tornar-se um caos que a impediria de cumprir seu papel.

René David propõe como os ingleses conseguiram e conseguem, com um direito baseado em precedentes, evitar tanto uma quanto outra armadilha:

A obrigação de seguir os precedentes pode ser proclamada com vigor, mas, de fato, combina-se com a possibilidade de estabelecer distinções. O juiz seguramente levará em conta, em sua decisão, decisões judiciárias anteriormente tomadas, nunca dirá que algumas dessas decisões (tomadas por jurisdições de

1 CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 181.

2 DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 3.

3 CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 197.

nível superior ou simplesmente igual a sua) foram mal proferidas. Mas ser-lhe-á possível, com frequência, considerando as circunstâncias dos diversos casos, descobrir, na lide que lhe foi submetida, um elemento particular que não existia, ou que não fora considerado nos casos precedentes e que, se não lhe permite descartar a regra precedente estabelecida, pelo menos lhe possibilita precisá-la completá-la, reformulá-la, de maneira que dê ao litígio a solução ‘razoável’ que ele requer⁴.

Nesse aspecto, é salutar fazer-se a distinção entre a jurisprudência nos países da *Common Law* ou anglo-saxões, da que usamos em países cujo direito é basicamente romano-germânico na definição de:

É profunda, portanto, a diferença que separa o valor da jurisprudência inglesa (...) do valor da jurisprudência nos demais países, porque, enquanto aquela se transforma em direito normativo, esta possui, exclusivamente, o caráter de elemento interpretativo da lei escrita⁵.

Outro dado importante é que a *Common Law* surge a partir do século XIII, nasce como lei comum a todos os ingleses, em oposição aos direitos locais feudais. Será obra exclusiva dos Tribunais Reais de Justiça, também conhecidos pelo nome do local onde inicialmente se estabelecem Tribunais de *Westminster*.

A *Equity* nasceu da necessidade criada pela própria limitação da *Common Law* quando, após um período de grande desenvolvimento esta se estagnou, não totalmente, mas a ponto de não conseguir mais suprir a questão mais cara para a justiça inglesa, a questão da razoabilidade. Ambos são direitos formados pela análise caso a caso, fixados em um respeito relativo aos precedentes.

Assim, o que os diferencia é que a *Equity* eram regras de jurisdição especial, formadas no Tribunal de Chancelaria por meio de recursos de casos não bem solucionados nos Tribunais Reais de Justiça. Entretanto, a partir da segunda metade do século XIX, pelos *Judicatures Acts*, as distinções entre os tribunais e suas atribuições foram formalmente abolidas⁶.

2.1. Diferenciação entre statute law, common law e a equity

Conforme as explanações sobre a *Common Law* e sua origem nos países de língua inglesa, urge fazer-se a derradeira diferenciação entre os aludidos institutos, didaticamente idealizada por:

É lícito afirmar, em consequência, que a *common Law*, formalmente, se apresenta como um direito jurisprudencial, mas substancialmente e por sua origem corresponde a um direito costumeiro, consagrado e perpetuado pela jurisprudência. Dentro desse regime, a lei (*statute law*) constitui, em relação ao direito comum e em certo sentido, um direito especial, que só disciplina, restritamente, as matérias que contempla, e só em relação a estas matérias prevalece, afastando-se da *common law*, que é o direito geral. A *equity* caracterizou-se, de início, não só como um meio de atenuar as regras do direito comum e do direito estatutário, senão, também, como modo de evitar a sua imobilidade, tendendo, pois, a facultar a evolução do direito⁷.

O sistema jurídico da *common law*, portanto, baseia-se na tomada de decisões em jurisprudências e entendimentos anteriores sobre o caso concreto e que apresenta semelhanças, buscando-se, assim, a razoabilidade das sentenças que irão surgir e que também servirão de paradigma futuro.

3. AUSTRÁLIA

Por força da colonização, o sistema jurídico australiano é o da *common law*. A *common law* prevalece no Reino Unido, nos Estados Unidos da América e na maioria dos países da *Commonwealth*. Influencia mais de 30%

4 DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 14.

5 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 132.

6 CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 197-198.

7 RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 134.

da população mundial. Todavia, os países que seguem esse sistema possuem leis, também, muito embora em número bem menor do que os países da *civil law*.

No alto da pirâmide está a *High Court*, criada em 1901, com sede em Camberra, capital federal. Ela é presidida por um Chefe de Justiça (*Chief Justice*) e conta com mais seis Justices (ministros).

A Austrália tem Justiça Federal e Estadual. A Justiça Federal limita-se à segunda instância e é representada pela Corte Federal da Austrália, composta por um presidente (*Chief Justice*) e 30 juízes. Essa corte divide-se em duas seções, uma geral e outra destinada a questões envolvendo indústrias. Ela decide ações originárias, por exemplo, falências, tributos e questões industriais, bem como apelações oriundas de juízes estaduais com competência delegada e das Supremas Cortes dos Territórios.

No âmbito federal há, ainda, Cortes de Família com um presidente e 40 juízes e Corte de Magistrados Federais, esta criada em 1999, com um presidente e 50 magistrados. No sistema da *common law*, magistrado é um juiz que decide casos de menor importância. Existem, ainda, na esfera federal, tribunais (não são Cortes e não pertencem ao Judiciário) e Comissões, com poderes de exercer políticas públicas sobre determinadas matérias e decidir no âmbito administrativo.

Na Justiça dos Estados, apesar de diferenças existentes entre eles, basicamente o sistema se divide em três instâncias. No alto, a Suprema Corte Estadual, com poderes ilimitados de revisão e que decide casos mais complexos. A Suprema Corte de *New South Wales* é composta de um presidente e 25 juízes. Nesse estado (NSW), abaixo, situa-se a Corte de Apelação, que se divide em uma seção de julgamento pela *common law* e outra de equidade (*equity*).

Na primeira instância, há em *New South Wales* (NSW) a Corte de Terras e Meio Ambiente, que completou 34 anos em 2014 e foi a primeira especializada no mundo. Há as Cortes Distritais (equivalentes a comarcas) e as Cortes Locais (equivalentes à Justiça Municipal), cujos juízes são chamados de magistrados. Os recursos contra suas decisões são dirigidos à Corte Distrital.

3.1. Decisões sobre meio ambiente na Austrália

The Tasmanian Dam Case: Barragem da Tasmânia é o caso da legislação ambiental mais famoso e influente na história da Austrália. Nele, o Governo da *Commonwealth* conseguiu parar uma grande barragem hidroelétrica proposta a ser construída em reserva ecológica da Tasmânia, patrimônio mundial.

The Nathan Dam Case: o caso da Barragem *Nathan* envolveu um aplicativo de revisão judicial e de um recurso contra uma decisão relativa a um projeto de grande barragem no centro de *Queensland*. A questão, no caso, era se os impactos da barragem poderiam incluir a poluição proveniente de agricultores que utilizam água fornecida pela barragem. O tribunal considerou que podiam. O caso foi ouvido no Tribunal Federal. Foi um grande teste para a avaliação do impacto ambiental nos termos da Lei EPBC (*Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* / Proteção do Meio Ambiente e Conservação da Biodiversidade) e estabeleceu que os impactos diretos e indiretos de uma ação são relevantes no âmbito da lei.

The Paradise Dam Case: o caso da Barragem Paraíso envolvido uma aplicação na Justiça Federal da declaração de uma liminar para conter uma suposta violação de uma condição de aprovação nos termos da Lei EPBC (*Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* / Proteção do Meio Ambiente e Conservação da Biodiversidade) para uma grande barragem em *Queensland*. A *Burnett Water Pty Ltd*, operadora da barragem, deve instalar um dispositivo de transferência de peixes no rio *Burnett Dam* adequado para o peixe pulmonado. A passagem para peixes começará quando a barragem se torne operacional.

Environment Protection Authority v The Wyanga Holding Pty Ltd Case (2013): A Autoridade de Proteção ao Meio Ambiente (EPA) suspendeu a licença do operador da pedreira, norte de *Coffs Harbour*, depois que a empresa continuou a exceder o limite de extração especificado em sua licença. Foram várias advertências

sobre a ultrapassagem dos limites de sua licença, incluindo aviso de intenção de suspender, antes de tomar a decisão de suspender a licença da empresa. Sob a licença atual da empresa, é permitido extrair até 50 mil toneladas de materiais por ano. No entanto, a empresa ultrapassou significativamente o limite da extração. Como resultado, as operações na pedreira devem cessar até 31 de janeiro de 2014.

The Hazelwood Power Station Case — Estação de energia (2004): envolveu processo de reexame judicial no Tribunal Administrativo e Civil de Victoria, nele descobriram que houve uma alteração no esquema de planejamento para permitir uma expansão de uma mina de carvão para abastecer a usina de *Hazelwood*, que foi obrigada a considerar os impactos indiretos das emissões de gases do efeito estufa resultantes da queima do carvão no Vale de *Latrobe*, 100 km a leste de *Melbourne*.

The Somona Coal Mine Case (2006): objeção pelo Conselho de Conservação de *Queensland* (CCQ) para as emissões dos gases de efeito estufa de uma grande mina de carvão. É uma mina de carvão a céu aberto localizada a 7 km ao sul do município de *Collinsville* em *North Queensland*. A mina deverá produzir cerca de 30 milhões de toneladas de carvão de coque usado na produção de aço, com menores quantidades de carvão térmico utilizados na produção de energia elétrica, tanto para o mercado externo e interno.

A produção anual deverá ser de 2 milhões de toneladas por ano, com vida útil prevista de 15 anos ao menos. As emissões de gases de efeito estufa provenientes do ciclo do combustível completo da mineração, transporte e utilização dos 30 milhões de toneladas de carvão para produção de eletricidade ou produção de aço será de aproximadamente 76,06 –101,52 milhões de toneladas de dióxido de carbono (Mt CO₂-e). O total de emissões anuais de gases do efeito estufa produzidos diretamente pela Austrália são atualmente cerca de 550 Mt CO₂-e, que é de aproximadamente 1,4% das emissões de gases do efeito estufa no mundo.

O Conselho de Conservação de *Queensland* (CCQ) afirma que as emissões de gases do efeito estufa, a partir da mineração, transporte e utilização do carvão da mina irá contribuir significativamente para o aquecimento global e para as mudanças climáticas, a menos por medidas ou condições para evitar, reduzir ou compensar essas emissões.

The Anvil Hill Case (2007): envolveu um aplicativo de revisão na Justiça Federal contra uma decisão no âmbito da Lei de Proteção do Meio Ambiente e Conservação da Biodiversidade (EPBC) sobre as emissões de gases do efeito estufa a partir de uma grande mina de carvão em *New South Wales*, conhecida como a colina do Projeto *Anvil*. Esse caso envolveu aplicativo de revisão judicial por um grupo da comunidade contra decisão a respeito da Proteção do Meio Ambiente e Conservação da Biodiversidade (EPBC) que a Colina do Projeto *Anvil* não é uma ação controlada nos termos da lei. O juiz de primeira instância negou provimento ao recurso. Não havia erro jurídico na abordagem para determinar se gases do efeito estufa, a partir da mina de carvão, teriam impacto significativo sobre a matéria protegida nos termos da Lei. O Tribunal Pleno negou provimento.

Xstrata Newlands Coal Mine Case (2007): envolveu objeção pelo Conselho de Conservação de *Queensland* para as emissões de gases do efeito estufa de uma grande expansão da mina de carvão proposto pela *Xstrata Coal Queensland Pty Ltd*. A mina é uma extensão do *Newlands* da mina de carvão em *Suttor Creek*, cerca de 130 km a oeste de *Mackay* no norte de *Queensland*, na Austrália. O projeto é conhecido como o N° 2 do Projeto *Newlands Wollombi*.

A mina vai produzir até 2,5 milhões de toneladas por ano (Mtpa) de carvão preto para uma média anual nominal de 1,9 (Mtpa) sobre uma vida útil da mina de 15 anos, ou 28,5 milhões de toneladas de carvão no total. O carvão da mina será transportado para mercados doméstico e de exportação para a produção de energia elétrica (carvão térmico ou vapor) e para a produção de aço (carvão metalúrgico). O Conselho de Conservação de *Queensland* sustentou que as emissões de gases do efeito estufa produzidos diretamente pela Austrália são atualmente cerca de 550 milhões de toneladas de dióxido de carbono (CO₂-e), que é aproximadamente 1,4% das emissões de gases do efeito estufa no mundo.

O Tribunal de Terra e Recursos de *Queensland* (LRT) rejeitou a objeção e recomendou a mina ser aprovada sem quaisquer condições relativas à emissão de gases do efeito estufa. O Conselho de Conservação de *Queensland* apelou com sucesso da decisão e a Corte de Apelação ordenou novo julgamento. No entanto, o governo de *Queensland* declarou que iria alterar a lei para evitar qualquer atraso para a mina e impedir uma nova audiência. As alterações foram inseridas na legislação mineira e demais legislações. O debate parlamentar sobre a legislação alterada é registrado no *Queensland Parliamentary Hansard* (Parlamento do Estado de *Queensland*) em 16 de outubro de 2007, contidos nas páginas 3590-3593.

Waratah Coal Case (2008): o caso envolveu processos no Tribunal Federal da Austrália realizados em 2008 pela *Waratah Coal Inc* contra a recusa de 5.3 bilhões de dólares americanos pela mina de carvão, ferrovia e porto pelo Ministro do Meio Ambiente. O projeto envolveu estabelecer uma nova e importante mina de carvão, ferrovia e porto para exportar carvão para produção de eletricidade. O carvão era para ser provenientes de cortiços de mineração da *Waratah Coal* perto da cidade da *Alpha* na Bacia da Galileia, região central de *Queensland*. *Waratah Coal*, na época, identificou um recurso inferido de 3,12 bilhões de toneladas de carvão na Bacia da Galileia.

A mina a céu aberto foi destinada a ter uma capacidade de exportação inicial de 25 milhões de toneladas por ano (Mtpa), com capacidade de expandir substancialmente para 50 milhões de toneladas por ano (Mtpa) e além. A empresa alegou que em relação aos preços do carvão no momento, o projeto teria “potencial para gerar mais de 10 bilhões de dólares americanos das receitas de exportação e mais de 900 milhões de dólares americanos por ano de royalties para o Estado de *Queensland*.”

A proposta envolveu a construção de um novo e importante porto de exportação de carvão nas zonas úmidas de *Shoalwater* e *Corio Bay Ramsar*, uma parte não desenvolvida do litoral de *Queensland*, embora parte de uma área de treinamento militar. A área foi classificada como zona úmida de importância internacional ao abrigo da Convenção de *Ramsar*.

O ministro rejeitou a proposta em 15 de setembro de 2008, sob os termos da Lei de Proteção do Meio Ambiente e Conservação da Biodiversidade (EPBC), afirmando: “Esta proposta terá um impacto claramente inaceitável sobre as zonas úmidas *Shoalwater* e *Corio Bay Ramsar* reconhecidos internacionalmente e o alto valor do deserto de *Shoalwater* que é reconhecido em sua lista do Patrimônio *Commonwealt*. Os impactos da linha férrea e das instalações portuárias são simplesmente demasiadamente grandes para mitigar eficazmente e destruiria a integridade ecológica da área. São impactos que não podem ser reduzidos com deslocamentos ou geridos por meio de condições de aprovação. Destruições de áreas frágeis de deserto não podem ser revertidas. Como Ministro do Ambiente, eu sou obrigado, por lei, a proteger o meio ambiente a partir de ações sobre *Commonwealt*. Considerando o conselho do meu departamento sobre a proposta, concordamos que o plano para executar uma linha ferroviária por meio de *Shoalwater* e construir um porto de carvão no local proposto é claramente inaceitável. Quero deixar bem claro que eu rejeito essa proposta devido aos impactos da rota e da linha férrea e da localização do porto de carvão teria sobre o meio ambiente. (...) Esta decisão não impede uma proposta alternativa de ser apresentada e que não tenha impactos inaceitáveis na *Ramsar* e valores patrimoniais, por consideração ao abrigo da lei. Gostaria de incentivar *Waratah Coal* considerar locais alternativos para o porto”.

Waratah Coal aplicada para a revisão judicial da decisão do ministro argumentou que a decisão era inválida porque ele estava fora do prazo imposto pela Lei de Proteção do Meio Ambiente e Conservação da Biodiversidade (EPBC).

O Tribunal Federal negou provimento ao recurso, determinando: “Não obstante as observações detalhadas do requerente, uma leitura simples da Lei de Proteção do Meio Ambiente e Conservação da Biodiversidade (EPBC), demonstra claramente que o fracasso do ministro para cumprir um prazo previsto pela lei (EPBC) não afeta a validade de uma decisão ao abrigo da lei feita fora de limite de tempo definido (que preveem que o não cumprimento do prazo estabelecido na lei não afeta a validade de uma decisão).”

Após o indeferimento, a empresa apresentou nova proposta que não continha a construção de uma ligação ferroviária e do porto de exportação de carvão.

4. NOVA ZELÂNDIA

As raízes do direito ambiental da Nova Zelândia podem ser rastreadas para a lei comum da Grã-Bretanha. O aumento da consciência ambiental da década de 1960 levou a um órgão específico da legislação ambiental que se desenvolveu em muitos países ocidentais, incluindo Nova Zelândia.

O direito ambiental tornou-se mais integrado na década de 1980 com a aprovação da Lei do Ambiente de 1986 e da Lei de Conservação de 1987. Esses atos estabeleceram o Ministério do Meio Ambiente, o Comissário Parlamentar para o Meio Ambiente e o Departamento de Conservação.

A Lei do Ambiente de 1986 estabeleceu o Ministério do Meio Ambiente e o Gabinete do Comissário Parlamentar para o Meio Ambiente. O comissário é um oficial do Parlamento nomeado para um mandato de cinco anos para fornecer uma verificação independente sobre o sistema de gestão ambiental e do desempenho dos poderes públicos em matéria ambiental.

As funções do Ministério do Meio Ambiente, conforme estabelecido na Lei do Ambiente de 1986, são para assessorar o Ministro em todos os aspectos da gestão ambiental, incluindo: políticas de gestão dos recursos naturais, físicos e ecossistemas para atender os objetivos da lei; impactos ambientais significativos de propostas públicas ou privadas, particularmente aquelas que são inadequadamente abrangidas por disposições legislativas ou outras existentes de avaliação ambiental; garantir a participação do público no planejamento ambiental e formulação de políticas, particularmente a nível regional e local; obter informações para conduzir e fiscalizar a pesquisa, de modo que possa aconselhar o governo sobre as políticas ambientais, entre outras⁸.

4.1. Ato de manejo de recursos (resource management act 1991)

O ato mais significativo do Parlamento sobre a lei ambiental foi a aprovação da Lei de Gestão de Recursos de 1991. Questões no âmbito da Lei são julgadas pelo Tribunal do Meio Ambiente da Nova Zelândia.

Em 1991, a Nova Zelândia aprovou legislação revolucionária para aquele tempo, já que o Ato de Manejo de Recursos foi o primeiro a introduzir a sustentabilidade como o conceito central do processo decisório. Contextualizando-a com “gestão sustentável”, a Seção 5(2) a define assim:

(2) Neste Ato, “gestão sustentável” significa o uso, desenvolvimento e proteção dos recursos naturais e físicos de uma maneira, ou numa proporção, que permita ao povo e às comunidades prover pelo seu bem-estar social, econômico e cultural e por sua saúde e segurança, enquanto:

- a) se mantém o potencial dos recursos naturais e físicos (excluindo minerais) de atender às necessidades razoavelmente previsíveis das gerações futuras; e
- b) se salvaguarda a capacidade de dar suporte à vida do ar, da água, do solo e dos ecossistemas; e
- c) se evita, remedia ou mitiga qualquer efeito adverso sobre as atividades do ambiente⁹.

Essa definição e sua aplicação têm sido objeto de muitos debates e decisões da Corte Ambiental. Desde 1991, as leis ambientais têm uma série de temas comuns. A principal delas é o princípio da sustentabilidade, que é agora o princípio de guarda-chuva para a gestão dos recursos naturais e físicos, florestas indígenas e das pescas.

8 WIKIPEDIA. *New Zealand environmental law*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/New_Zealand_environmental_law>. Acesso em: 27 jun. 2014.

9 DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 1342.

A Lei de Gestão de Recursos é a pedra angular da legislação ambiental da Nova Zelândia. Ela estabelece a forma como é gerido o meio ambiente, incluindo ar, água, solo, biodiversidade, meio ambiente costeiro, ruído, subdivisão e planejamento do uso da terra em geral.

De acordo com a obra organizada por Arlindo Daibert a respeito da Lei de Gestão de Recursos e do Tribunal do Meio Ambiente da Nova Zelândia, extrai-se o seguinte:

Se a sustentabilidade alguma vez evoluíra como uma norma decisória, ou um ‘trunfo’, para ter seu próprio regime, então o princípio legal do desenvolvimento sustentável ou outros princípios ambientais como o da precaução ou do direito aos recursos naturais necessitarão ter o seu próprio fórum de resolução de conflitos, para competir com soberania, equidade, eficiência e dignidade humana, para a resolução de litígios ambientais e criação de direito internacional. Uma corte ambiental que seja construída sobre princípios claros, indubitáveis e não contraditórios, que tenha força institucional e poder jurisdicional, é uma instituição possível para dar à sustentabilidade seu papel nas *ratio decidendi* das decisões judiciais. A Nova Zelândia tem uma das únicas cortes ambientais criadas no mundo e pode fornecer em exemplo da sustentabilidade, moldando a argumentação e a decisão dos tribunais¹⁰.

Neste sentido, Derek Nolan também afirma:

A jurisprudência da Corte Ambiental é uma importante fonte de direito. Na história da decisão de apelações, a Corte tem estabelecido uma prática de sessões abertas, de decisões fundamentadas que têm valor normativo para os agentes da autoridade local, tomadores de decisão e consultores jurídicos¹¹.

A Corte Ambiental interpreta o Ato de Manejo de Recursos da Nova Zelândia (AMRNZ) e determina princípios e *Standards* quando apropriado.

4.2. Decisões sobre meio ambiente na Nova Zelândia

Black versus Waimakariri District Council (2014) — NZEnvC 119 (29 de maio de 2014) — O recorrente, Richard Black, apelou da decisão do Conselho Distrital *Waimakariri* a declinar aos pedidos em sua apresentação sobre o Plano de Mudança 32 (“PC 32”), que foi projetado para estabelecer um limite para o crescimento futuro no assentamento de *Mandeville*, cerca de 5 km a oeste de *Kaiapoi*, e identificar várias características que qualquer crescimento dentro do limite deve alcançar. O recorrente pretendia que a linha de fronteira mudasse para fora, para incluir sua propriedade rural na periferia desse pequeno povoado, essencialmente, um problema de mapeamento.

As questões fundamentais acordadas foram quatro: um maior crescimento residencial rural em *Mandeville* precisa ser gerenciado; a questão chave para esse apelo é se a linha está localizada no lugar mais apropriado em relação às terras do recorrente ao invés da adequação da abordagem da linha de fronteira como uma política para gerenciar o crescimento residencial rural em *Mandeville*; se a linha não vai ser uma abordagem para gerenciar o crescimento, deve relacionar-se com a forma e a função do assentamento de *Mandeville* e precisa fazer sentido em termos de forma e função; a zona residencial rural oferece uma escolha de habitação adequada e se há uma demanda para esse tipo de desenvolvimento.

Conclui-se que os resultados ambientais esperados, conforme as disposições do PC 32, Capítulo 18, são: um maior crescimento desarticulado e periférico em *Mandeville* é evitado para impedir um maior avanço do assentamento na zona rural circundante; as características da zona rural circundante sejam mantidas ou melhoradas, limitando outros efeitos associados com o crescimento e desenvolvimento dentro de *Mandeville*; o tamanho dos lotes dentro dos limites de *Mandeville* deve manter a coerência como os tamanhos mínimos e médios de grande parte do residencial. A forma, função e características de *Mandeville* são reforçadas pela consolidação de um novo crescimento com subdivisão e desenvolvimento existentes para atingir um ambiente integrado dentro de um limite de crescimento definido.

10 DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 341-342.

11 NOLAN, Derek. *Environmental & Resource Management Law*. Wellington: LexisNexis, 2005. p. 53.

Environmental Defense Society Incorporated versus Otorohanga District Council (2014) — NZEnvC 70 (27 de março de 2014) —: o Conselho Distrital de *Otorohanga* como entrevistado é rever o projeto de ordem de consentimento, alterando o mapa da Área Política da Paisagem porque ele não mostra novas áreas de paisagens naturais notáveis ou recursos naturais pendentes ou paisagens de alto valor de utilidade que estavam fora das áreas indicadas na versão das decisões do Plano Distrital proposto. Essa decisão aborda uma questão jurisdicional recorrida em relação ao âmbito de um projeto de ordem de consentimento que foi apresentada ao Tribunal. Como resultado da mediação assistida pelo Tribunal, as partes chegaram a um acordo sobre uma base para alteração de determinadas disposições do Plano Distrital, incluindo tanto o seu texto e seus mapas, em que todos os quatro recursos poderiam ser resolvidos.

O Tribunal não pode permitir que um instrumento de planejamento a ser sensivelmente alterado sem a real oportunidade para a participação de pessoas potencialmente afetadas. Os métodos para identificação, avaliação e classificação de tipos de paisagem a nível territorial estão bem definidos na jurisprudência. Durante uma avaliação de paisagens do Distrito da Federação, incentiva o uso de métodos existentes, a fim de proporcionar segurança e clareza. Além disso, a Federação exorta o Conselho a consultar com os proprietários de terras, coletivamente e individualmente sobre esta matéria.

Taranaki Regional Council versus South Taranaki District Council — NZEnvC 21 (05 de fevereiro de 2014) — Pedido do Conselho Regional *Taranaki* datada de 16 de janeiro de 2014 para ordens de execução em conformidade com as seções 314 (1) (b) (i), 314 (1) (b) (ii), 314 (1) (c) e 314 (1) (d) da Lei de Gestão de Recursos de 1991 (*Resource Management Act* 1991), o Tribunal de Justiça decide: a localização em relação aos quais esta ordem de execução se aplica é o tratamento de águas residuais local. O Requerido, no prazo de um dia útil da data da notificação da presente portaria, encarrega um especialista em qualidade do ar para investigar e preparar um relatório escrito sobre as medidas razoáveis que devem ser tomadas no curto prazo para evitar, remediar ou mitigar os efeitos adversos sobre o meio ambiente decorrente de efeitos de odor do Plano de Gerenciamento de Odor de estratégia de curto prazo. O Requerido deverá fornecer ao Requerente em 28 de fevereiro de 2014, o Plano de Gerenciamento de Odor de estratégia de curto prazo. A investigação requerida pela cláusula 6 do presente título executivo deve incluir uma extensa revisão da gestão de descargas de resíduos.

O Requerido deverá permitir que agentes de execução do Requerente e/ou quaisquer peritos mandados pelo Requerente, com a assistência de outras pessoas, como é necessário para entrar e voltar a entrar com aviso prévio para fins de verificação sobre o cumprimento desta ordem. O Requerido deverá reembolsar o Requerente, na íntegra, pelos custos incorridos pelo Requerente relativos a esta ordem (desde que estes custos são reais e razoáveis), incluindo: custos em relação ao pedido desta ordem e monitoramento desta ordem, incluindo inspeções nos termos da presente portaria, bem como as despesas com peritos efetuadas pelo Requerente.

Carter Holt Harvey Limited versus Bay of Plenty Regional Council — NZEnvC 14 (28 de janeiro de 2014) — Renovação do consentimento de extração e operações geotérmicas no campo *Kawerau*. A Geotérmica *Developments Limited* (GDL) operou extração geotérmica no campo *Kawerau* por tempo considerável. O pedido de renovação da autorização foi feito sobre o consentimento existente e continuou até que a determinação desta nova aplicação. *Ngati Tumbaretoa* Geotérmica Ativos Limitada (geotérmicas *Assets*), por outro lado, apresentou-se como novo candidato. Há ainda um consentimento a ser processado inteiramente pelo Conselho e pode haver apelos em relação a este. Entretanto, o Conselho tem procurado desenvolver uma abordagem comum para o campo *Kawerau* e promulgou alterações no seu original na Declaração de Política Regional.

O Conselho Regional pretende agora avançar para uma inclusão no âmbito da sua terra e do Plano de Águas de disposições que exigem um regime de gestão conjunta para o campo *Kawerau*. Seria, então, a intenção de rever as condições de autorização para adaptar uma abordagem comum. No entanto, as partes reconhecem que deve haver o máximo de semelhança entre os consentimentos quanto possível, a não ser na medida necessária para reconhecer as diferenças entre as atividades das partes, bem como as do papel de cada uma e escala. A preocupação do Tribunal de Justiça do Ambiente é para alcançar uma gestão sustentável em matéria de recursos potencialmente finitos, tais como a energia geotérmica. A preocupação é para

assegurar que as partes adotem uma abordagem proativa e cooperativa para garantir que o campo *Kawerau* não está ameaçado pela ação de uma ou mais partes.

Nesta base, o compartilhamento de informações torna-se particularmente importante, uma vez que podem combinar com a informação detida por outra entidade e, assim, revelar uma tendência de outra forma desconhecida para qualquer parte. Todas as partes concordaram com um adiamento por entenderem a preocupação do Tribunal. Concordam também que o assunto deva ser melhor abordado. As partes querem uma oportunidade de serem capazes de encontrar uma redação satisfatória, com a aprovação conjunta. Um curto adiamento foi fornecido pelo Tribunal sobre essa base.

5. CONCLUSÃO

A *Common Law* constitui a gênese do sistema jurídico da Austrália e Nova Zelândia. Como ficou demonstrado, esse sistema baseia-se nas decisões jurisprudenciais que se criaram de precedente em precedente, buscando em cada caso, a solução mais razoável. Conforme o aumento da consciência ambiental nos aludidos países a partir da década de 1960, foram criados órgãos específicos em matéria ambiental. A Corte de Terras e Meio Ambiente da Austrália, que completou 34 anos em 2014, foi a primeira especializada no mundo. No caso da Nova Zelândia, o direito ambiental já se havia tornado mais integrado a partir da década de 1980 com a aprovação da Lei do Ambiente de 1986 e da Lei de Conservação de 1987. A Lei do Ambiente de 1986 estabeleceu o Ministério do Meio Ambiente e o Gabinete do Comissário Parlamentar para o Meio Ambiente. Contudo, o ato mais importante e significativo em matéria ambiental foi a aprovação pelo Parlamento da Nova Zelândia da Lei de Gestão de Recursos de 1991 (*Resource Management Act 1991*).

A Nova Zelândia aprovou legislação revolucionária para aquele tempo, ou seja, a Lei de Gestão de Recursos de 1991, porque foi a primeira a introduzir a sustentabilidade como o conceito principal do processo decisório, bem como estabelecendo a forma como é gerido o meio ambiente. Assim, a jurisprudência da Corte Ambiental tornou-se uma importante fonte de direito.

Ante algumas decisões formuladas pelas Cortes Ambientais de ambos os países objeto deste estudo, sobre os mais variados temas, procura-se dar uma visão panorâmica a respeito da patente preocupação sobre o meio ambiente em seus respectivos territórios, aliadas a busca de uma gestão sustentável e equilibrada.

São decisões como estas que poderão servir talvez de paradigma para outros países em matéria ambiental diante da evolução e da conscientização sobre o tema alcançado pela Austrália e Nova Zelândia.

REFERÊNCIAS

- CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- NOLAN, Derek. *Environmental & Resource Management Law*. Wellington: LexisNexis, 2005.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- WIKIPEDIA. *New Zealand environmental law*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/New_Zealand_environmental_law>. Acesso em: 27 jun. 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Conservação da biodiversidade e políticas públicas para as áreas protegidas no Brasil: desafios e tendências da origem da CDB às metas de Aichi

Biodiversity conservation and public policies for protected areas in Brazil: challenges and trends from the origin of the CBD until the Aichi targets

Ana Paula Leite Prates

Marta de Azevedo Irving

Conservação da biodiversidade e políticas públicas para as áreas protegidas no Brasil: desafios e tendências da origem da CDB às metas de Aichi*

Biodiversity conservation and public policies for protected areas in Brazil: challenges and trends from the origin of the CBD until the Aichi targets

Ana Paula Leite Prates**

Marta de Azevedo Irving***

RESUMO

O Brasil apresenta a mais rica biodiversidade mundial e foi o primeiro país a assinar a Convenção de Diversidade Biológica que consagrou as áreas protegidas como um dos principais instrumentos para a conservação da biodiversidade. Com base nesse contexto, o objetivo do artigo é interpretar, criticamente, avanços, desafios e tendências das políticas públicas para as áreas protegidas no Brasil, à luz dos compromissos assumidos pelo país no âmbito da Convenção da Diversidade Biológica desde a sua origem até as atuais Metas de Aichi, acordadas na COP10 em Nagoya, Japão (2010) para se conter a perda global de biodiversidade. Com esse objetivo, o trabalho incide prioritariamente sobre a análise da Meta 11 de Aichi, referente às áreas protegidas, frente aos obstáculos e desafios de um país emergente. O artigo foi desenvolvido com base em pesquisa bibliográfica e documental e também tem como inspiração as informações obtidas por meio da participação direta em algumas das Conferências das Partes, registradas em caderno de campo e sistematizadas para análise retrospectiva de processo. Pode-se concluir, a partir da pesquisa realizada, que o Brasil dispõe de inúmeros instrumentos de políticas públicas voltados à conservação da biodiversidade, em especial às áreas protegidas. No entanto, na atual conjuntura, permanece como desafio central a integração entre as políticas públicas de conservação da biodiversidade e desenvolvimento e a inclusão da sociedade no processo.

Palavras-chave: Convenção sobre diversidade biológica. Biodiversidade. Metas de Aichi. Áreas protegidas. Políticas públicas.

ABSTRACT

Brazil has the richest biodiversity worldwide and was the first country to sign the Convention on Biological Diversity that established protected as one of the main instruments for biodiversity conservation areas. Within this context, the aim of the paper is to interpret, critically, advances, trends and

* Recebido em 18/09/2014
Aprovado em 14/01/2015

** Engenheira de Pesca, Mestre em Ciências da Engenharia Ambiental, Doutora em Ecologia e Pós-doutorado em Psicossociologia de Comunidades e Ecologia Social. Analista Ambiental do Ministério do Meio Ambiente. E-mail: anaplprates@gmail.com

*** Pesquisadora sênior e professora do Programa Eicos/IP e do PPED/IE da UFRJ e do INCT/PPED/CNPq. Graduação em Biologia (UFRJ) e Psicologia (UERJ) Mestrado pela Universidade de Southampton (UK) e Doutorado em Ciências pela Universidade de São Paulo (1991). Pós-doutorado na EHESS e no MNHN da França. Lidera o Grupo de Pesquisa GAPIS/CNPq e o Observatório de Governança e Áreas Protegidas sediado na UFRJ. E-mail: marta.irving@mls.com.br

challenges of public policies for protected in Brazil, in the light of the commitments made by the country under the Convention on Biological Diversity since its origin to the current areas Aichi Targets agreed at COP10 in Nagoya, Japan (2010) to contain the global loss of biodiversity. With this goal, the work focuses primarily on the analysis of the Aichi Target 11, relating to protected areas, compared to the obstacles and challenges of an emerging country. The product was developed based on literature and documentary research and also takes its inspiration from information obtained through direct participation in some of the Conferences of the Parties, recorded in a field notebook and systematic process for retrospective analysis. It can be concluded from the survey that Brazil has numerous instruments of public policy aimed at conserving biodiversity, particularly protected areas. However, at this juncture, as the central challenge remains the integration between public policies for biodiversity conservation and development and the inclusion of society in the process.

Keywords: Convention on biological diversity. Biodiversity. Aichi targets. Protected areas. Public policies.

1. INTRODUZINDO A REFLEXÃO PROPOSTA: PARA CONTEXTUALIZAR A CDB

Com um território continental que se estende por 8,5 milhões de km², o Brasil é o quinto maior país do mundo e ocupa quase a metade de toda a América Latina, além de uma área marinha de mais de 4,5 milhões de km². O país é considerado também como um dos populosos do planeta, com mais de 200 milhões de habitantes¹, de origem e culturas variadas, segundo a sua própria história.

No que tange às riquezas naturais, o Brasil possui cinco importantes biomas continentais e o maior sistema fluvial do mundo, destacando-se no plano global, por abrigar a mais rica biota continental do planeta². O território brasileiro abriga entre 15% e 20% de toda a biodiversidade mundial além do maior número de espécies endêmicas, a maior floresta tropical (a Amazônia) e dois dos dezenove *hotspots*³ mundiais (a Mata Atlântica e o Cerrado)⁴ fato que confere ao país o primeiro lugar na lista dos países megadiversos⁵. Segundo as estimativas mais conservadoras, o Brasil abriga 13,2% da biota mundial, o que significa cerca de 207.000 espécies conhecidas e 1,8 milhões de espécies estimadas incluindo aquelas ainda desconhecidas pela ciência⁶. Ou seja, no território nacional ocorrem importantes recursos de valor estratégico que são a fonte também de serviços ambientais essenciais para a manutenção da sociedade planetária.

Talvez por essa mesma razão, tenha sido o primeiro país a assinar a Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB durante a Conferência das Organizações das Nações Unidas – ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio92, evento de impacto global no debate ambiental, realizado no Rio de Janeiro, em 1992. A CDB foi o primeiro instrumento a abordar, especificamente, a tutela⁷ da biodiversidade no âmbito

1 Segundo o IBGE, em 1º de julho de 2013 atingimos o número de 201.032.714 habitantes (RESOLUÇÃO N. 10, de 28 de AGOSTO de 2013- Diário Oficial da União de 29/08/2013).

2 BRANDON, K. et al. Conservação brasileira: desafios e oportunidades. *Megadiversidade*, Local, v. 1, n. 1, p. 7-13, jul. 2005.

3 *Hotspot* são biomas que abrigam um alto índice de espécies endêmicas com alto grau de ameaça pela atividade humana. O conceito de *hotspot* foi desenvolvido em 1988 pelo ecologista britânico Norman Myers e desde então apoiado por diversas organizações internacionais como a Conservação Internacional (MITTERMEIER, R. A. et al. *Hotspots revisited: earth's biologically richest and most endangered terrestrial ecoregions*. Mexico City: CEMEX, 2005).

4 DRUMMOND, G. M.; ANTONINI, Y. A contribuição da Fundação Biodiversitas para a implementação do art. 7º da Convenção sobre Diversidade Biológica. In: BENSUSAN, Nurit (Ed.) et al. *Biodiversidade: para comer, vestir ou passar no cabelo?* São Paulo: Peirópolis, 2006.

5 Dos cerca de duzentos países atuais, apenas dezessete são considerados megadiversos, por conterem 70% da biodiversidade mundial. Entre esses, o Brasil está em primeiro lugar na lista, por abranger a maior diversidade biológica continental (GANEM, R. S. (Org.). *Conservação da biodiversidade: legislação e políticas públicas*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. (Série memória e análise de leis)).

6 LEWINSOHN, T. (Coord.) *Avaliação do estado do conhecimento da biodiversidade brasileira*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2006. (Série Biodiversidade, 15).

7 Segundo Derani, (1997) a biodiversidade passou a integrar o mundo jurídico, como um objeto que necessita de sua tutela para

internacional, estabelecendo princípios que orientam a proteção à diversidade biológica sua conservação e uso sustentável, com o compromisso de repartição justa e equitativa de seus benefícios⁸. Dessa forma, a CDB incorpora, em seus objetivos, um conjunto de valores inovadores para o desenvolvimento sustentável, segundo os anseios dos países reunidos naquela ocasião⁹.

Nesse contexto, não se pode negligenciar o cenário de crise ambiental global caracterizado por uma perda acelerada de espécies e ecossistemas. Essa crise agrava-se com a intensificação do desmatamento nos ecossistemas tropicais, nos quais se concentra a maior parte da biodiversidade global¹⁰. A perda da biodiversidade, em associação às mudanças climáticas, constitui um dos principais desafios a serem equacionados pelas sociedades contemporâneas, também para que seja possível atingir os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da ONU¹¹, especialmente aqueles relacionados à redução da pobreza, à segurança alimentar e à conservação dos recursos hídricos¹².

Dentre os mecanismos para a conservação da biodiversidade previstos na CDB, visando garantir a manutenção e o uso sustentável da diversidade biológica para presentes e futuras gerações, destaca-se a modalidade de conservação *in situ* destinada à conservação da diversidade biológica em que ela ocorre naturalmente, definida pelo art. 2º da Convenção como a

conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios em que tenham desenvolvido suas propriedades características¹³.

Dessa forma, o texto da CDB consagra, em seu artigo 8, o estabelecimento de um sistema de áreas protegidas como um mecanismo eficiente e tradicional para a conservação da biodiversidade nos diversos países signatários.

É importante enfatizar que as áreas protegidas constituem uma das principais estratégias para conter a perda da biodiversidade, representando um instrumento consagrado, em nível mundial, para a conservação da natureza¹⁴. Sistemas de áreas protegidas desempenham, em tese, papel vital no fornecimento de alimentos e água para a sociedade, no controle de doenças infecciosas, na regulação do clima e são fonte de inspiração cultural, espiritual e recreativa e também para a saúde física e mental¹⁵.

No Brasil, os dados sobre a cobertura em áreas protegidas é expressiva na sua porção continental e, na última década, o país foi o responsável pela criação de 74% das áreas criadas no planeta¹⁶. Nesse contexto, a área abrangida por unidades de conservação – UC no território brasileiro é de mais de 1,5 milhões de km²,

continuar existindo, pois do contrário, poderia ser explorada indiscriminadamente até o seu desaparecimento (DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997).

8 FERREIRA, Gabriel Luís Bonora Vidrih; FERREIRA, Natália Bonora Vidrih; IURCONVITE, Adriano dos Santos. Biodiversidade e áreas protegidas: um enfoque constitucional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, março 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7362&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 03 mar. 2015.

9 BENSUSAN, Nurit (Ed.) et al. *Biodiversidade: para comer, vestir ou passar no cabelo?* São Paulo: Peirópolis, 2006.

10 GANEM, R. S. (Org.). *Conservação da biodiversidade: legislação e políticas públicas*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. (Série memória e análise de leis).

11 Os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) da ONU compõem um plano acordado por todos os países do mundo e pelas principais instituições internacionais de desenvolvimento. Vão desde a redução para metade da pobreza extrema até deter a propagação da AIDS e fornecer educação primária universal, tudo até a data limite de 2015 <<http://www.un.org/millenniumgoals/>>.

12 LOPOUKHINE, N. et al. 2012. Protected areas: providing natural solutions to 21st century challenges. *Sapiens*, [On line], v. 5, n.2, p. 116-131, August 2012. Available at: <<http://sapiens.revues.org/1254>>. Last access on: 08 apr. 2014.

13 BRASIL. *Decreto Legislativo n. 2, de 3 de fevereiro de 1994*. Decreto que aprova o texto da Convenção para o país. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=139068>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

14 PIMM, S. L. et al. Can we defy nature's end? *Science*, London, v. 293, n. 5538, p. 2207–2208, sept. 2001.

15 STOLTON, S.; DUDLEY, N. (Ed.). *Arguments for protected areas: multiple benefit for conservation and use*. London: Earthscan, 2010.

16 JENKINS, C. N.; JOPPA, L. Expansion of the global terrestrial protected area system. *Biological Conservation*, London, v. 142, p. 2166-2174, May, 2009.

equivalente a 16,8% do território continental brasileiro e 1,5% do território marinho¹⁷. Esses dados tornam-se ainda mais expressivos quando comparados com outros países. Enquanto o Brasil tem aproximadamente 17% de seu território continental protegido por unidades de conservação (e 28,9% incluindo-se nesse total também as terras indígenas), no mundo apenas 14,6% encontram-se sob proteção legal¹⁸.

Apesar do aumento significativo na criação de áreas protegidas no mundo (e também no Brasil), recentemente os países signatários da CDB reconheceram que não estão conseguindo conter as atuais taxas de perda da biodiversidade¹⁹. Dessa forma, durante a 10ª reunião das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica – COP10, realizada em Nagoya, Japão, 2010, foi aprovado o Plano Estratégico para a atual década, período inclusive designado pela ONU como a “década da biodiversidade 2011-2020”²⁰. As 20 Metas de Aichi²¹ para 2020 são os elementos chave do Plano Estratégico para se conter a perda de biodiversidade. O Plano se constitui em uma orientação global sobre a biodiversidade, não só para as convenções relacionadas a ela relacionadas, mas para o todo o sistema das Nações Unidas²². Destaca-se, no conjunto de metas, para a análise deste artigo, a Meta 11 que incide especificamente sobre as áreas protegidas e passou a ser internalizada pelo governo brasileiro a partir de 2013. A meta 11 estabelece compromissos, visando à criação de novas áreas protegidas e também a sua efetividade, representatividade ecológica, governança e conectividade entre elas, conforme a transcrição a seguir:

Meta 11. Até 2020, que pelo menos 17% das áreas terrestres e de águas continentais, e pelo menos 10% das áreas costeiras e marinhas, especialmente áreas de particular importância para a biodiversidade e para os serviços ecossistêmicos, terão sido conservados por meio de sistemas de áreas protegidas, geridas de maneira efetiva e equitativa, ecologicamente representativas e satisfatoriamente interligadas e por outras medidas espaciais de conservação, e integradas em paisagens terrestres e marinhas mais amplas.²³

Mas, apesar da tentativa de avanço na cobertura de áreas protegidas, globalmente, ainda são inúmeros os desafios a serem enfrentados para que as boas intenções da COP10 sejam traduzidas em ações concretas na próxima década, sobretudo, em países megadiversos como o Brasil²⁴. Dessa forma, o objetivo do artigo é interpretar, criticamente, os avanços, desafios e tendências das políticas públicas, referentes às áreas protegidas no Brasil à luz dos compromissos assumidos pelo país no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica desde a sua origem até as atuais Metas de Aichi. A presente análise foi desenvolvida com base em pesquisa bibliográfica e documental e também tem como fonte as informações obtidas por meio da participação direta em algumas das Conferências das Partes, registradas em cadernos de campo e sistematizadas para análise retrospectiva de processo em políticas públicas.

17 Fonte: Cadastro Nacional de Unidades de Conservação – CNUC/MMA, consultado em março/2014. <<http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/cadastro-nacional-de-ucs>>.

18 BERTZKY, B. et al. *Protected planet report 2012: tracking progress towards global targets for protected areas*. IUCN: Gland, Switzerland; UNPE-WCMC: Cambridge, UK, 2012.

19 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Panorama da biodiversidade global 3*. Brasília: Secretariado da Convenção Sobre Diversidade Biológica – SCDB, 2010.

20 <<https://www.cbd.int/2011-2020/>>

21 Aichi é o nome da província de Nagoya, cidade do Japão, onde foi realizada a COP10 da CDB.

22 O Sistema ONU trata-se do sistema formado por organizações autônomas que visam ao cumprimento dos objetivos da Organização das Nações Unidas (ONU), quais sejam, a manutenção da paz mundial; a mobilização da segurança internacional, quando necessário; o monitoramento dos direitos humanos e humanitários nos Estados membros; criação de políticas de desenvolvimento e cooperação entre os povos. São exemplos de programas e organizações que compõem o sistema ONU: a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) entre outras. (ver em: <<http://www.onu.org.br/img/organograma.png>>).

23 Ver todas as 20 Metas de Aichi no site da CDB: <<http://www.cbd.int/sp/targets/>>.

24 OLIVEIRA, Elizabeth; IRVING, Marta de Azevedo. Convenção sobre diversidade biológica pós Nagoya: desafios para a mídia em um país de megadiversidade. *Razón y Palabra*, México, v. 16, n. 75, feb./abr. 2011. Disponible en: <www.razonypalabra.org.mx/N/N75/varia_75/.../40_Oliveira_V75.pdf>. Acceso en: 03 mar. 2015.

2. A CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA: ORIGEM E PRESSUPOSTOS

A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), popularmente conhecida como a Convenção da Biodiversidade, foi uma das convenções assinadas em 1992 durante a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio-92. É considerada, em conjunto com as Convenções sobre Mudanças Climáticas e Desertificação, uma das três convenções do Rio que vem, desde então, influenciando a diplomacia global sobre a temática ambiental.

A CDB foi estabelecida em reconhecimento à taxa alarmante de perda de biodiversidade do mundo. Tendo em vista os riscos de tal processo, esse instrumento representa um quadro global de orientação para coordenar os esforços nacionais e facilitar a conservação da biodiversidade com inúmeras diretrizes e mecanismos para tal. No entanto, a aplicação da Convenção depende das ações desenvolvidas com este objetivo por parte de cada um dos países signatários, em escalas regional e nacional. Embora a Convenção possa ser considerada como um dispositivo jurídico baseado em uma abordagem “*top-down*”, ela representa importante instrumento para organizar e articular os esforços globais para alcançar a conservação da biodiversidade²⁵.

A CDB representa, assim, compromisso histórico assumido pelas nações do mundo para conservar a diversidade biológica, a utilização sustentável dos recursos biológicos e, a repartição equitativa dos benefícios resultantes da utilização dos recursos genéticos²⁶. Este foi o primeiro acordo global para abordar, de forma abrangente, todos os aspectos da diversidade de recursos genéticos, biológicos, espécies e ecossistemas²⁷.

O texto da Convenção traz ainda avanço no conceito de diversidade biológica, quando em seu segundo artigo define a biodiversidade como a

variabilidade entre organismos vivos de todas as origens compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Com esse conceito amplo, que considera todas as formas de vida e seus conjuntos no planeta, a CDB consolidou nova forma de interpretar a natureza considerada decisiva para garantir os mecanismos para a manutenção da diversidade de vida, para a valorização das diferentes paisagens e para a interconexão entre esses diversos níveis de diversidade biológica²⁸. Os reflexos dessa nova abordagem vêm influenciando políticas públicas em inúmeros países, entre os quais o Brasil desde então²⁹.

A CDB é classificada, no sistema da ONU, como uma “Convenção Quadro”, ou seja, uma convenção que não define regras obrigatórias a serem cumpridas e não impõe sanções aos países signatários que não cumprem as diretrizes acordadas. Constitui documento norteador para o cumprimento de objetivos comuns quanto à biodiversidade mundial, permitindo que cada país desenvolva suas estratégias com esse objetivo, a partir das suas próprias necessidades. Dessa forma, uma vez que a CDB considera a soberania como pressuposto³⁰, o sucesso para a sua implementação depende dos esforços realizados, individualmente, pelos países signatários que, por sua vez, estabelecem os seus próprios objetivos e metas a serem atingidos, visando proteger e utilizar seus recursos naturais de maneira sustentável³¹. A CDB institui, assim, o Estado como único

25 FIELDING, G. et al. What is the convention on biological diversity, and what is it trying to achieve? *Journal of Conservation Biology* 3065, London, v. 1, p. 1-7, [Online] 2009. Disponível em: http://myweb.dal.ca/bworm/Fielding_et_al_CBD.pdf.

26 Esses são os três grandes objetivos: Conservação da Biodiversidade; Uso Sustentável dos componentes da biodiversidade; e, Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Advindos do Uso dos Recursos Genéticos (BRASIL. *Decreto legislativo n. 2, de 3 de fevereiro de 1994*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=139068>>. Acesso em: 03 mar. 2015).

27 GLOWKA, L; BURHENNE-GUILMIN, F; SYNGE, H. *A guide to the convention on biological diversity*. 2. ed. IUCN: Gland; Cambridge, 1996.

28 BENSUSAN, Nurit (Ed.) et al. *Biodiversidade: para comer, vestir ou passar no cabelo?* São Paulo: Peirópolis, 2006.

29 Atualmente são 193 países signatários (ver site da convenção: <www.cbd.int>).

30 Os países signatários da CDB são chamados de Partes Contratantes.

31 FIELDING, G. et al. What is the convention on biological diversity, and what is it trying to achieve? *Journal of Conservation Biology* 3065, London, v. 1, p. 1-7, [Online] 2009. Disponível em: http://myweb.dal.ca/bworm/Fielding_et_al_CBD.pdf.

titular do acesso aos seus recursos, atribuindo papel complementar às comunidades tradicionais e locais e responsabilidades comuns, porém diferenciadas aos países signatários³².

Os países signatários da Convenção se reúnem a cada dois anos nas chamadas Conferências das Partes – COP. A COP constitui o órgão legítimo para a elaboração das leis especiais, que no caso da CDB são as denominadas “Decisões”. Isso porque o artigo 23 da CDB estabelece que cabe à COP examinar e adotar protocolos e emendas à Convenção ou em seus anexos. Essas Decisões podem estabelecer protocolos, programas de trabalho ou ainda metas específicas a serem cumpridas pelos países signatários³³. Atualmente, no âmbito da CDB dois Protocolos estão em vigor: Protocolo de Biossegurança (ou Protocolo de Cartagena, de 2000) e, o Protocolo de Acesso e Repartição de Benefícios (ou Protocolo de Nagoya, de 2010)³⁴.

O texto da Convenção reconhece, pela primeira vez, no direito internacional que a conservação da biodiversidade constitui uma “preocupação comum da humanidade”³⁵, mas nega a noção de ser a diversidade biológica um “patrimônio comum da humanidade”, assegurando assim aos países signatários a soberania sobre sua própria biodiversidade e o controle do acesso aos recursos genéticos em seus respectivos territórios³⁶.

Importante mencionar que, ao longo dos 22 anos de existência da CDB e a realização de 11 Conferências das Partes, foram aprovadas 332 Decisões para atender aos três objetivos da Convenção, quais sejam: conservação da biodiversidade, uso sustentável dos componentes da biodiversidade e repartição justa e equitativa dos benefícios advindos do uso dos recursos genéticos. Exatamente por essa razão e, em função da pluralidade de temas envolvidos, as decisões tomadas tendem a se dirigir às prioridades identificadas em cada momento³⁷. Para melhor contextualização do processo de implementação da CDB, o Quadro 1, a seguir, sintetiza os principais atos e reuniões referentes à Convenção no período de 1992 a 2012.

Quadro 1 – Marcos institucionais e eventos de referência no processo da implementação da CDB no plano global e nacional (entre 1992 a 2012) (continua)

Marco institucional/Evento	Local	Data/Ano	Descrição
Rio 92	Rio de Janeiro, Brasil	1992	2ª Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; O termo biodiversidade foi o centro das discussões. Assinada a Convenção de Diversidade Biológica – CDB.
Decreto Legislativo nº 2	Brasil	3/2/1994	Aprova o texto da Convenção para o país.

32 Segundo Machado, os instrumentos internacionais não procuram desfazer o princípio da soberania, mas sim criar novos mecanismos de gestão e responsabilidade em conjunto para melhor gestão e proteção ambiental, quando os Estados individualmente não podem proteger o meio ambiente. Segundo o autor um exemplo desse processo de descentralização ambiental é a CDB (MACHADO, F. P. M. Soberania e meio ambiente: a adequação do direito internacional às novas necessidades de gestão ambiental e os mecanismos da ONU para resolução de conflitos. *PRISMAS: Dir., Pol. Pub. e Mundial*, Brasília, v.4, n, 1, p. 123-150, jan./jul. 2007).

33 As decisões das COPs são orientadas por recomendações de um Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico da CDB (com a sigla – SBSTTA do nome em inglês *Subsidiary Body on Scientific Technical and Technological Advice*).

34 TEN KATE, K. Science and the convention on biological diversity. *Science*, London, v. 295, n. 5564, p. 2371-2372, mar. 2002.

35 BRASIL. *Decreto legislativo n. 2, de 3 de fevereiro de 1994*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=139068>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

36 HEYWOOD, V. H. ¿Cuál es el futuro de la biodiversidad? *Ambienta*, Madrid, n. 101, p. 20–40, dez. 2012.

37 Por exemplo, pode-se destacar que a COP2 foi um marco para a biodiversidade marinha. A COP7, por sua vez, foi marcada pela aprovação do Programa de Trabalho de Áreas Protegidas (*Program of Work of Protected Areas – PoWPA*), ver Quadro 1.

Marco institucional/Evento	Local	Data/Ano	Descrição
COP1	Nassau, Bahamas	1994	Primeira COP na qual foram tomadas decisões de ordem mais burocrática, visando ao funcionamento da Convenção como: definição do quadro geral para a implementação da Convenção; estabelecimento do mecanismo de “ <i>Clearing House</i> ” (CHM) ¹ , do SBSTTA, e a designação do <i>Global Environmental Facility</i> - GEF ² como mecanismo financeiro interino.
COP2	Jakarta, Indonésia	1995	Reunião decisiva sobre biodiversidade costeira e marinha, pois foi aprovada a primeira decisão estabelecendo o programa de trabalho dirigido ao tema (o Mandato de Jacarta). Além disso, foi estabelecido um Grupo de Trabalho para a elaboração de um protocolo sobre biossegurança.
COP3	Buenos Aires, Argentina	1996	Reunião na qual o ponto mais significativo foi a adoção de um Memorando de Entendimento para o GEF, tornando esse mecanismo o fundo mais importante de financiamento aos países em desenvolvimento ³ .
Decreto nº 2.519	Brasil	16/3/1998	Promulga a CDB no Brasil.
COP4	Bratislava, Eslováquia	1998	COP marcada pelo estabelecimento do Grupo de Trabalho sobre Conhecimento Tradicional (Artigo 8j) e pela criação de um painel de especialistas em ABS ⁴ (Acesso e Repartição de Benefício). Adotou-se também um programa de trabalho sobre biodiversidade florestal e, a Iniciativa Global de Taxonomia.
EXCOP1	Cartagena, Colômbia Montreal, Canadá	1999	Primeira Reunião Extraordinária realizada da COP (EXCOP) que não chegou a um consenso sobre as negociações relacionadas a um protocolo de biossegurança e, a reunião de Cartagena foi suspensa. A EXCOP1 foi retomada em janeiro de 2000, em Montreal, onde finalmente foi adotado o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança e foi também estabelecido o Comitê Intergovernamental para o Protocolo, visando realizar os preparativos para as próximas reuniões do Protocolo que começaram a ser designadas como <i>Meetings of the Parties</i> – MOPs ⁵ . O Protocolo trata da transferência, manipulação e uso de organismos vivos modificados que possam ter um efeito adverso sobre a biodiversidade, tendo em conta a saúde humana, com um enfoque específico nas questões transfronteiriças.
COP5	Nairobi, Quênia	2000	COP na qual foram adotados os programas de trabalho sobre: terras áridas e subúmidas; medidas de incentivo; artigo 8j e sobre biodiversidade agrícola. Foi ainda endossada a descrição e orientação operacional sobre a abordagem ecossistêmica, e estabelecido um Grupo de Trabalho sobre ABS.

Marco institucional/Evento	Local	Data/Ano	Descrição
COP6	Haia, Holanda	2002	COP na qual foi adotado o primeiro conjunto de metas para o período 2002-2010. Um plano estratégico foi criado para orientar a implementação da Convenção, em nível nacional, regional e global com o propósito de interromper a perda de biodiversidade e assegurar a continuidade de seus benefícios e sua repartição equitativa.
COP7	Kuala Lumpur, Malásia	2004	A COP mais significativa sobre o tema das Áreas Protegidas, quando foi adotado o Programa de Trabalho sobre o tema (<i>Program of Work on Protected Areas – PoWPA</i>) que pautou todos os futuros compromissos e ações sobre áreas protegidas em nível global. Além disso, foram também aprovados os programas de trabalho sobre biodiversidade de montanhas, e sobre transferência de tecnologia e cooperação internacional.
COP8	Curitiba, Brasil	2006	COP na qual foi adotado um programa de trabalho sobre a biodiversidade insular. Foram também iniciadas as discussões sobre áreas protegidas além das jurisdições nacionais. O Grupo de Trabalho sobre ABS foi formalmente encarregado de concluir o seu trabalho, no que diz respeito a adoção de um regime internacional de ABS, no máximo até a COP10. Essa COP foi marcada pela originalidade do governo brasileiro em realizar feiras paralelas com <i>stands</i> institucionais sobre biodiversidade e um número elevado de eventos paralelos. Em um desses eventos paralelos foi organizada uma reunião extraordinária do CONAMA6 que aprovou o Decreto do Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas - PNAP.
COP9	Bonn, Alemanha	2008	COP que teve como resultado a aprovação da Estratégia de Mobilização de Recursos, os critérios científicos e orientação para as áreas marinhas que necessitam de proteção e um roteiro para a negociação do regime internacional de ABS. Foi também formado um grupo <i>ad hoc</i> sobre biodiversidade e mudanças climáticas. Para as áreas protegidas, destaca-se a aprovação da Iniciativa <i>Lifeweb</i> que vem a ser uma plataforma de captação de doadores para a implementação dos respectivos planos de áreas protegidas (PowPAs) nos países em desenvolvimento ⁷ .

Marco institucional/ Evento	Local	Data/ Ano	Descrição
COP10	Nagoya, Japão	2010	<p>Uma das COPs mais tensas no debate da CDB. Os países que apoiavam o estabelecimento do Protocolo sobre ABS pressionaram, até o último momento, sua adoção. Se isso não acontecesse não iriam aprovar nenhuma das demais decisões, inclusive o novo Plano Estratégico da CDB. Dessa forma, a COP 10 foi marcada pela adoção do Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios decorrentes da sua utilização, que estabelece regras e procedimentos para a implementação do terceiro objetivo da Convenção. Destacam-se as seguintes aprovações: o Plano Estratégico da CDB para o período 2011-2020, nesta incluídas as metas de Aichi para conter a perda de biodiversidade; a aprovação da necessidade de descrição das <i>Ecological and Biological Sensitive Marine Areas – EBSAs</i>; e, uma decisão sobre as atividades e indicadores para a implementação da Estratégia de Mobilização de Recursos, visando atingir as metas de Aichi. Por isso essa foi a COP considerada a mais bem sucedida na história das COPs. Além disso, foi afirmado o papel da CBD nos mecanismos de redução das emissões de desmatamento e degradação florestal nos países em desenvolvimento (REDD+). Foram estabelecidos os passos para ampliar a cooperação entre as Convenções do Rio, visando anteceder a Cúpula Rio +20.</p>

Marco institucional/Evento	Local	Data/Ano	Descrição
COP11	Hyderabad Índia	2012	A COP11 aprovou 33 decisões sobre questões estratégicas, substantivas, administrativas, financeiras e orçamentárias. Entre outras questões, o encontro abordou a situação do Protocolo de Nagoya, a implementação do Plano Estratégico 2011-2020, os avanços na consecução das metas de Aichi e, a implementação da Estratégia de Mobilização de Recursos, essa última a mais polêmica. A estratégia estabelece uma meta intermediária de dobrar os fluxos de recursos financeiros internacionais, relacionados à biodiversidade, para os países em desenvolvimento, até 2015, e, pelo menos manter esse nível, até 2020. A estratégia é acoplada às metas de Aichi, visando melhorar a robustez das informações de base — relatório preliminar para o monitoramento sobre a mobilização de recursos. Dessa forma, foram antecipados itens para a pauta da COP12, a ser realizada em outubro de 2014 em Pyeongchang, Coreia do Sul, para analisar os avanços de negociações com vista à aprovação da meta final para a mobilização de recursos. Foram ainda adotadas decisões importantes sobre o artigo 8j e adotados os resultados dos primeiros workshops para a descrição das EBSAS, dentre eles o workshop regional sediado pelo Brasil para a região do Caribe e meio atlântico sul8. Destaca-se nessa COP a realização de vários eventos paralelos entre eles o <i>Colloquium</i> sobre as ICCAs, comentado a seguir, uma feira sobre experiências e melhores práticas em comunicação, educação e conscientização pública (CEPA), o <i>Pavilion</i> das Convenções do Rio e a Cúpula sobre biodiversidade e cidades.

Essa síntese do histórico de implementação da CDB ilustra a complexidade envolvida em sua negociação com rebatimentos evidentes em sua estrutura.

Sendo assim, para atingir os seus objetivos, a CDB está estruturada em sete Programas Temáticos³⁸ além de envolver 18 temas transversais. O processo é coordenado por um Secretariado, composto por um Secretário Executivo e uma equipe de técnicos especialistas nos diversos temas associados às questões abordadas nesse dispositivo jurídico³⁹. E, devido à importância e transversalidade de alguns temas e, de acordo com as demandas identificadas em cada ocasião, o Secretariado pode estabelecer, Grupos de Trabalho Permanentes como no caso de Áreas Protegidas⁴⁰.

38 Programas Temáticos da CDB: Biodiversidade Marinha e Costeira; Biodiversidade na Agricultura; Biodiversidade de terras subúmidas e secas; Biodiversidade de Florestas; Biodiversidade de águas interiores; Biodiversidade de Ilhas e Biodiversidade de Montanhas e 18 Temas Transversais, como: Áreas Protegidas; Espécies Invasoras; Iniciativa Global de Taxonomia; BD e Mudanças Climáticas; Metas de Aichi; Abordagem Ecosistêmica; Avaliação de Impactos; Indicadores, entre outros <www.cbd.int>.

39 Ver mais detalhes sobre o Secretariado no site da Convenção: <www.cbd.int>.

40 Outros exemplos de grupos permanentes criados pelo Secretariado: Artigo 8j (populações indígenas e locais); Revisão da implementação da Convenção e um Comitê Intergovernamental para o Protocolo de Nagoya.

3. ÁREAS PROTEGIDAS NA CDB

O termo “área protegida” é definido no Artigo 2º da Convenção como “uma área geograficamente definida, que é designada ou regulamentada e gerida para alcançar objetivos específicos de conservação”. O Artigo 8º da Convenção estabelece, nesse sentido, também as diretrizes para a conservação *in situ*, incentivando os países signatários a⁴¹:

- a. Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;
- b. Desenvolver, se necessário, diretrizes para a seleção, estabelecimento e administração de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;
- c. Regulamentar ou administrar recursos biológicos importantes para a conservação da diversidade biológica, dentro ou fora de áreas protegidas, a fim de assegurar sua conservação e utilização sustentável;
- d. Promover a proteção de ecossistemas, habitats naturais e manutenção de populações viáveis de espécies em seu meio natural;
- e. Promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio em áreas adjacentes às áreas protegidas a fim de reforçar a proteção dessas áreas;
- f. Recuperar e restaurar ecossistemas degradados e promover a recuperação de espécies ameaçadas, mediante, entre outros meios, a elaboração e implementação de planos e outras estratégias de gestão;
- g. Estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados à utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia que provavelmente provoquem impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana;
- h. Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies;
- i. Procurar proporcionar as condições necessárias para compatibilizar as utilizações atuais com a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes;
- j. Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;
- k. Elaborar ou manter em vigor a legislação necessária e/ou outras disposições regulamentares para a proteção de espécies e populações ameaçadas;
- l. Quando se verifique um sensível efeito negativo à diversidade biológica, em conformidade com o Artigo 7, regulamentar ou administrar os processos e as categorias de atividades em causa; e
- m. Cooperar com o aporte de apoio financeiro e de outra natureza para a conservação *in-situ* a que se referem as alíneas (a) a (l) acima, particularmente aos países em desenvolvimento.

41 BRASIL. *Decreto legislativo n. 2, de 3 de fevereiro de 1994*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=139068>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

A Convenção reconhece, assim, as áreas protegidas, como um dos principais instrumentos para a conservação da biodiversidade e, a maioria dos Programas de Trabalho previstos para a sua implementação inclui diretrizes e interfaces com a temática das áreas protegidas, segundo resumido no Quadro 2 a seguir:

Quadro 2: Programas da CDB com interface com a temática de áreas protegidas⁴²

Programa Temático da CDB	Interface com o tema áreas protegidas
Programa de Trabalho sobre Biodiversidade Marinha e Costeira	As áreas protegidas costeiras e marinhas são descritas como ferramenta essencial para a conservação e uso sustentável da biodiversidade marinha e costeira.
Programa de Trabalho sobre Ecossistemas de água doce	Se reafirma a importância das áreas protegidas para a manutenção dos ecossistemas de águas interiores, no âmbito de uma gestão integrada por bacia hidrográfica.
Programa de Trabalho sobre Biodiversidade Florestal	Contém uma série de diretrizes relacionadas às áreas protegidas, incluindo o estabelecimento de novas florestas protegidas para controlar o desmatamento e evitar as emissões de gases de efeito estufa.
Programa de Trabalho sobre Conhecimento Tradicional	Refere-se ao Artigo 8j da Convenção, inclui um componente relacionado com a gestão de áreas protegidas por povos indígenas e locais. Na COP7, uma ênfase especial é dirigida a respeito dos direitos dessas populações ao se estabelecer novas áreas protegidas.
Programa de Trabalho sobre Turismo e Biodiversidade	Inclui orientações sobre como incorporar o uso sustentável e estratégias de ações para o turismo, no interior e no entorno de áreas protegidas.
Estratégia Global para a Conservação de Plantas	Tem como foco central a necessidade de se estabelecer pelo menos 10% de cada uma das regiões ecológicas do mundo efetivamente conservada, o que implica no aumento da representação dos diferentes regiões ecológicas em áreas protegidas, além de se buscar o aumento na eficácia dessas áreas.

No processo de implementação da CDB, no entanto, a reunião mais importante para o tema Áreas Protegidas foi, sem dúvida, a COP7 realizada em Kuala Lumpur, Malásia, em 2004 como anteriormente descrito no Quadro 1. Nesta Conferência foi adotado o Programa de Trabalho sobre Áreas Protegidas (PoWPA) com o objetivo geral de “estabelecer e manter, até 2010, para áreas terrestres e até 2012 para áreas marinhas sistemas abrangentes, geridos de forma eficaz e ecologicamente representativos de áreas protegidas”, visando reduzir, significativamente, a taxa de perda de biodiversidade global⁴³. Essa medida foi acordada a partir do reconhecimento de erosão progressiva da biodiversidade, com a consequência de extinção de espécies, fragmentação de habitats, perdas irreversíveis de serviços ecossistêmicos, entre outros problemas, conforme discutido por diversos autores⁴⁴ e nos inúmeros debates realizados durante o Congresso Mundial de Parques promovido pela IUCN⁴⁵ em 2003⁴⁶.

A estratégia de implementação do PoWPA pelos países signatários buscou contribuir para os três objetivos centrais da Convenção e para o cumprimento do 1º Plano Estratégico com metas para a biodiversidade

42 Ver *site* da CDB: <www.cbd.int>.

43 COAD, L. et al. Progress on the convention on biological diversity's 2010 and 2012 targets for protected area coverage. In: LOOKING TO THE FUTURE OF THE CBD PROGRAMME OF WORK ON PROTECTED AREAS, 2009, Jeju Island. *Proceedings...* Republic of Korea: Jeju Island, 2009. p. 14-17.

44 BUTCHART, Stuart. H. M. et. al. Global biodiversity: indicators of recent declines. *Science*, London, v. 328, n.5982, p. 1164-1168, may 2010.

45 IUCN: *The World Conservation Union*/União Mundial para a Conservação, antes chamada *International Union for Conservation of Nature* é uma Organização não Governamental que congrega várias instituições públicas e privadas relacionadas com a conservação da natureza no mundo. É interlocutora privilegiada do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA e da CDB. Promove importantes ações educativas, normativas e de controle no âmbito da conservação da natureza em geral, e da conservação dos ecossistemas e das espécies, em particular <<http://www.iucn.org/>>.

46 PIMM, S. L. et al. Can we defy nature's end? *Science*, London, v. 293, n. 5538, p. 2207-2208, sept. 2001.

para o período de 2002-2010⁴⁷, para a redução da pobreza e, com as metas de desenvolvimento sustentável dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio⁴⁸.

Paralelamente às discussões sobre o Programa de Áreas Protegidas, no processo, foram progressivamente intensificados também os debates no Grupo de Trabalho sobre o Artigo 8j relativo às questões dos povos e comunidades tradicionais⁴⁹ e, o reconhecimento da importância dessas populações para a conservação da biodiversidade. As áreas destinadas aos povos e comunidades tradicionais, ou aquelas por eles geridas, passaram então a ser designadas como ICCAs (*Indigenous Peoples and Community Conserved Territories and Areas*). Apesar dessas áreas já terem sido reconhecidas no Programa de Trabalho sobre Áreas Protegidas (PoWPA), muitos países não as consideravam em suas estatísticas oficiais, o que implicava em estimativas subdimensionadas com relação ao território protegido, em nível global. Tal fato interferiu nas negociações das Metas de Aichi, resultando em acordos de percentuais a serem alcançados inferiores ao desejado para a Meta 11⁵⁰. Em razão disso, o Secretariado da CDB passou a investir na disseminação do conceito das ICCAs, com a publicação de documentos e guias orientadores para a inclusão dessas áreas nos respectivos sistemas nacionais e realizou, com esse objetivo um *Colloquium* sobre o tema durante a COP11, em 2012⁵¹.

Em reatamento ao debate global, no Brasil a cronologia de implementação da CDB vem se afirmando, progressivamente, em ações de políticas públicas quanto ao tema das áreas protegidas. Sendo assim, a importância da Convenção, no país, vem sendo internalizada, considerando-se desde o financiamento de parte do Sistema Nacional de Unidades de Conservação⁵², até o reconhecimento atribuído às populações tradicionais e indígenas nessas áreas.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AS ÁREAS PROTEGIDAS NO BRASIL: EM QUE MEDIDA OS COMPROMISSOS DA CDB VEM SENDO INTERNALIZADOS?

Para avançar no debate proposto, é importante mencionar que, nas últimas três décadas, importantes avanços têm ocorrido, no país, para o aprimoramento da legislação ambiental e para a institucionalização da questão ecológica⁵³. Além de ter sido o primeiro país signatário da Convenção, em 1992, o Brasil tem tido um papel de destaque nas negociações envolvidas no campo diplomático nesse tema. O primeiro avanço, nesse sentido, foi o próprio Decreto que aprova o texto da Convenção para o país⁵⁴. Nessa cronologia, outros diplomas legais tendo a CDB como pano de fundo foram também estabelecidos. Esse é o caso da Lei

47 Ver no Quadro 1 a descrição sobre a COP6, 2002.

48 O PoWPA continha metas com prazos específicos organizados principalmente em torno de ações de nível nacional exatamente para incentivar os países a estabelecerem seus respectivos programas nacionais.

49 Ver no Quadro 1 a descrição sobre a COP4, 1998.

50 LOPOUKHINE, N.; DIAS, B. F. S. What does target 11 really mean? *Parks*, Gland, Switzerland, v. 18, n. 1, p. 5-8, sept 2012.

51 REPORT of the Colloquium on the Role of ICCAs in Achieving the Aichi Targets. Hyderabad, India, 13 oct. 2012. Available at: <<http://www.cbd.int/doc/pa/icca-day-report-en.pdf>>. Last access on: 03 mar. 2015; KOTHARI, A. et al. *Recognising and supporting territories and areas conserved by indigenous peoples and local communities: global overview and national case studies*. Montreal, Canada: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2012. (CBD Technical Series, 64).

52 O Brasil já teve mais de 54 projetos aprovados para o âmbito nacional sendo que desses, o Ministério do Meio Ambiente executa hoje quatro projetos aprovados pelo GEF, específicos para o fortalecimento do sistema nacional de unidades de conservação. Destaca-se o Projeto Áreas Protegidas da Amazônia – ARPA que teve seu início em 2002 prevendo uma duração de 13 anos e execução em 3 fases. É considerado pelo próprio GEF como um dos maiores programas de conservação de florestas tropicais desenvolvidos no mundo. O ARPA já recebeu do GEF US\$ 30 milhões. <http://www.thegef.org/gef/project_list>.

53 Segundo Irving, 2010, “nos últimos anos, a partir da Política Nacional de Meio Ambiente (BRASIL, 1981) e da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), a democratização da gestão de patrimônio natural e o protagonismo social nas ações governamentais de proteção da natureza passaram a se constituir em compromisso central em políticas públicas, ainda que no primeiro momento apenas no plano do discurso político.” (IRVING, M. A. Áreas protegidas e inclusão social: uma equação possível em políticas públicas de proteção da natureza no Brasil? *Sinais Sociais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 12, p. 122-147, jan/abril 2010).

54 A CDB foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 2, de 3 de fevereiro de 1994, e promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998.

que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – o SNUC⁵⁵. Embora este não tenha sido originado diretamente da CDB, (uma vez que as primeiras versões são anteriores a ela), durante a sua tramitação no Congresso Nacional, que durou aproximadamente 12 anos, foram incorporadas ao texto desse dispositivo legal algumas das diretrizes da Convenção⁵⁶. E esse Sistema passou também a representar, desde então, o principal instrumento dirigido à conservação da biodiversidade no Brasil.

Importante também mencionar no processo que, em 2006, dois anos após a COP7 quando foi aprovado no âmbito da CDB o PoWPA, o governo brasileiro estabeleceu o Plano Nacional Estratégico sobre Áreas Protegidas (PNAP)⁵⁷ como forma de internalizar os compromissos do Plano de Trabalho da CDB. O PNAP foi reconhecido pelo Decreto 5.758/2006 e constitui, na atualidade, uma das principais políticas públicas para as áreas protegidas, abrangendo além das unidades de conservação (SNUC)⁵⁸, as Terras Indígenas e as Terras de Quilombos, como será discutido posteriormente na análise deste artigo.

Mas, para uma melhor contextualização da CDB em seus reflexos nacionais, o Quadro 3, a seguir, sintetiza as principais políticas públicas no Brasil, com interfaces com a temática de áreas protegidas.

55 Lei 9.985 de 18 de julho de 2000 e o Decreto que regulamenta a Lei - Decreto 4.340 de 22 de agosto de 2002.

56 MERCADANTE, M. Uma década de debate e negociação: a história da elaboração da lei do SNUC. In: HERMAN, A. B. (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 190-231.

57 BRASIL. *Decreto n. 5.758, de 13 de abril de 2006*. Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5758.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

58 Segundo o SNUC constituem-se as unidades de conservação como: “espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção da lei”. No SNUC as UCs se dividem ainda em dois grupos distintos de manejo: UC de proteção integral e UC de uso sustentável. (BRASIL. *Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

Quadro 3: Síntese das políticas públicas nacionais relacionadas à CDB (entre 1994 e 2012) (continua)

Política Pública/ Instrumentos	Ato Legal/ Data	Descrição
PRONABIO/ PROBIO/ FUNBIO	Decreto 1.354/1994	Por meio deste Decreto o Governo brasileiro estabelece o Programa Nacional da Diversidade Biológica-PRONABIO, por meio do Decreto 1354, de 29 de dezembro de 1994 com o objetivo de implementar a CDB no Brasil. O Decreto estabelece a Comissão Coordenadora do Programa, com a finalidade de coordenar, acompanhar e avaliar as ações propostas. Para obter fundos para implementar o Programa, o Governo iniciou negociações com o GEF para receber recursos de doação. A partir de então foi iniciado o primeiro projeto brasileiro junto ao GEF destinado à execução da CDB, o Projeto de Conservação e Utilização Sustentável da Diversidade Biológica Brasileira – PROBIO9.
	28/09/1998	No âmbito do PRONABIO é estabelecido o Fundo Brasileiro para a Biodiversidade o FUNBIO10, em 28 de setembro de 1995, com os recursos provenientes do GEF. O FUNBIO foi criado com o objetivo geral de complementar as ações do governo para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade do país, em consonância com a CDB. O mesmo processo aconteceu em diversos outros países signatários da CDB, com a criação de instituições denominadas Fundos Ambientais, especialmente em países com elevada diversidade biológica da América Latina e Caribe. Atualmente esses fundos estão reunidos na RedLAC – Rede de Fundos Ambientais da América Latina e Caribe. Atualmente o FUNBIO é o gestor financeiro de diversos projetos governamentais para áreas protegidas com recursos do GEF no Brasil.
Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC	Lei 9.985/2000 e Decreto 4.340/2002	É instituído o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC. O SNUC foi resultado de um processo de mais de 12 anos de discussões no Congresso Nacional. O SNUC estabeleceu e sistematizou as diversas categorias de manejo de unidades de conservação, no plano nacional atribuindo à federação, estados e municípios responsabilidades iguais de conservação da natureza ¹¹ . Apesar de ter sido iniciado anteriormente à CDB, o SNUC incorporou em seu Art. 2º a definição de diversidade biológica consagrada pela CDB que atribui ao termo biodiversidade uma amplitude maior, considerando-se desde a variabilidade genética até a diversidade de paisagens ¹² . Além disso, pode ser considerado como um dos principais instrumentos de internalização da CDB no momento em que a CDB estabeleceu que “os Estados são responsáveis pela conservação da sua diversidade biológica e utilização sustentável dos seus recursos biológicos” e que “a exigência fundamental para a conservação da diversidade biológica é a conservação <i>in situ</i> dos ecossistemas e habitats naturais, e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies no seu meio” ¹³ .

Política Pública/ Instrumentos	Ato Legal/ Data	Descrição
Política Nacional de Biodiversidade –PNB	Decreto 4.339/2002	Instituição da Política Nacional de Biodiversidade cujos os principais objetivos são: promover a integração de políticas nacionais do governo e da sociedade; estimular a cooperação interinstitucional e internacional para a melhoria da implementação das ações de gestão da biodiversidade; conhecer, conservar e valorizar a diversidade biológica brasileira; proteger áreas naturais relevantes; promover o uso sustentável da biodiversidade; respeitar, preservar e incentivar o uso do conhecimento, das inovações e das práticas das comunidades tradicionais. A PNB engloba componentes temáticos articulados com os objetivos e princípios da CDB14
PRONABIO/ CONABIO	Decreto 4.703/2003	Alteração da proposta do PRONABIO para que este pudesse se transformar em instância responsável pela coordenação da implementação da Política Nacional de Biodiversidade, mediante a promoção de sinergias entre o Poder Público e a sociedade civil. O novo Decreto, N° 4703, de 21 de maio de 2003 alterou a comissão coordenadora do PRONABIO para Comissão Nacional da Biodiversidade – CONABIO e definiu a sua estrutura matricial, com os mesmos componentes da Política Nacional de Biodiversidade e sete componentes biogeográficos (os conjuntos de biomas brasileiros: Amazônia; Caatinga; Mata Atlântica e Campos Sulinos; Cerrado e Pantanal; e, Zona Costeira e Marinha).
	Decreto 5.092/2004 Portarias MMA: n° 126/2004 e n° 9/2007	Definição de Áreas Prioritárias por biomas. Uma das principais ações resultantes do PROBIO foi a promoção das primeiras avaliações das “áreas prioritárias por biomas” no período de 1998 a 2000, quando foram identificadas 900 áreas e ações prioritárias para a conservação da biodiversidade na Amazônia; Cerrado e Pantanal; Caatinga; Mata Atlântica e Campos Sulinos; e Zona Costeira e Marinha. Essas avaliações se tornaram instrumentos de planejamento para a conservação da biodiversidade e foram reconhecidas pelo Decreto N° 5092, de 21 de maio de 2004 que define regras para a identificação de áreas prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade, no âmbito das atribuições do Ministério do Meio Ambiente. O Decreto define que as áreas serão instituídas por Portaria do MMA a cada revisão ¹⁵ . Foram elaboradas duas Portarias, uma reconhecendo o primeiro exercício elaborado entre 1998 a 2000 (Portaria MMA no 126/2004) e a segunda Portaria que reconheceu a revisão das áreas com a reedição dos seminários por bioma entre os anos de 2005 e 2006 (Portaria MMA no 9/2007).
	Resoluções CONABIO: n° 03/2006 e no 06/2013	Definição de Metas para a Biodiversidade. A CONABIO vem funcionando com composição paritária de 20 membros entre governo e representantes da sociedade civil. A CONABIO se manifesta por meio de Resoluções e uma das mais importantes, em sua dinâmica foi a Resolução que internalizou as primeiras metas da CDB para o período 2002-2010 (Resolução CONABIO n° 03, de 21 de dezembro de 2006) que dispôs sobre as Metas Nacionais de Biodiversidade para 2010. Mais recentemente, a Resolução CONABIO no 06 de 03 de setembro de 2013 internalizou para o país o cumprimento das Metas de Aichi.

Política Pública/ Instrumentos	Ato Legal/ Data	Descrição
Plano de Ação para Implementação da Política Nacional da Biodiversidade - PAN-Bio	Deliberação CONABIO nº 40/2006	Formulação do Plano de Ação para Implementação da Política Nacional da Biodiversidade, visando implementar e suprir lacunas na gestão da biodiversidade no país, o Governo brasileiro coordenou, entre 2004 e 2005, a formulação de um Plano de Ação para a implementação da PNB, o PAN-Bio. Apesar de ser este atualmente um plano pouco conhecido, o PAN-Bio representou um importante passo entre governo e sociedade, para a conservação e utilização sustentável da nossa biodiversidade ¹⁶ . O PAN-Bio foi aprovado pela CONABIO em sua 9ª reunião extraordinária (Deliberação CONABIO nº 40, de 07 de fevereiro de 2006). A pretensão, nesse caso, era que, a partir do envolvimento entre as distintas esferas de governo, promover graus diferenciados de responsabilidade entre os mesmos, que estimulassem a descentralização das ações previstas, gerando oportunidades para solução dos problemas identificados e o seu equacionamento local e regional a partir das diretrizes e prioridades propostas ¹⁷ . O PAN-Bio vem sendo, desde então, a base para a elaboração dos Planos de Ação de Espécies Ameaçadas de Extinção coordenados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Nesse contexto já foram realizados trinta e sete planos de fauna e dois planos de flora ¹⁸ .
Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP	Decreto 5.758/2006	Instituição do PNAP. Em conjunto com o SNUC, o Decreto 5.758/2006 que institui o PNAP, compõe o que se poderia designar como uma Política Nacional para as Áreas Protegidas ¹⁹ . O PNAP foi elaborado em resposta à decisão da COP7 quando foi aprovado o PoWPA. A principal estratégia do PNAP foi o estabelecimento de um “sistema abrangente de áreas protegidas, ecologicamente representativo, efetivamente manejado e integrado a áreas terrestres e marinhas até 2015” (data apontada na época do PoWPA). O PNAP buscou integrar as unidades de conservação (SNUC) às terras indígenas e terras quilombolas, além de reservas legais e áreas de preservação permanente, identificadas no PNAP como elementos integradores da paisagem. O PNAP representou um instrumento inovador de política pública, principalmente no momento em que ficou evidenciado o papel das áreas protegidas para a melhoria da qualidade de vida das populações locais e combate à pobreza para assegurar a proteção da biodiversidade ²⁰ . Em 2014, após a aprovação pela CONABIO das metas brasileiras referentes às Metas de Aichi, o PNAP deverá voltar a ser discutido com maior ênfase para a conservação da biodiversidade em respostas às metas que dizem respeito a um número mais abrangente de áreas protegidas (ver item a seguir).
Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade	Lei nº 11.516/2007	Criação do ICMBIO. A Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007 criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBIO com a finalidade principal de executar ações da política nacional de unidades de conservação, relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das UCs federais.

Política Pública/ Instrumentos	Ato Legal/ Data	Descrição
Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – PNPCT	Decreto 6.040/2007	Instituição da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais pelo qual foi estabelecida também a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – CNPCT, para coordenar a implementação a Política. Além disso, o decreto traz a definição de: Povos e Comunidades Tradicionais; Territórios Tradicionais e Desenvolvimento Sustentável e veio a ser a referência para a aplicação do instrumento da “Bolsa Verde”.
Programa de Apoio à Conservação Ambiental “Bolsa verde”	Lei 12.512/2011 Decreto 7.572/2011	Criação do Bolsa Verde. A Lei nº 12.512/2011 criou o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais, regulamentados pelo Decreto nº 7572/2011, e representam um dos incentivos que o governo federal implantou, visando erradicar a pobreza e beneficiar povos e comunidades tradicionais que conservam os recursos naturais. Estes compõem o Plano Brasil Sem Miséria coordenado pelo Ministério de Desenvolvimento Social ²¹ . Conhecido como “Bolsa Verde”, o Programa de Apoio à Conservação Ambiental é também um desdobramento da PNPCT, beneficiando famílias residentes em florestas nacionais, reservas extrativistas ou reservas de desenvolvimento sustentável federais e assentamentos ambientalmente diferenciados, além de territórios ocupados por ribeirinhos, extrativistas, populações indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais. Segundo dados de dezembro de 2013 do MMA ²² , o Bolsa Verde atendeu a 51,2 mil famílias e corresponde a um investimento da ordem de R\$70 milhões. Atualmente, alcança 65 Unidades de Conservação federais e mais 767 projetos de assentamento do Incra ²³ .
Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGAT	Decreto 7.747/2012	Instituição da PNGAT. O Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012, instituiu a PNGAT com o objetivo de promover e garantir a proteção, recuperação, conservação e o uso sustentável dos recursos naturais das terras e territórios indígenas. Além disso, procura assegurar a integridade do patrimônio indígena, a melhoria da qualidade de vida e as condições plenas de reprodução física e cultural das atuais e futuras gerações dos povos indígenas, respeitando sua autonomia sociocultural. É organizada em 7 eixos: proteção territorial e dos recursos naturais; governança e participação indígena; áreas protegidas, unidades de conservação e terras indígenas; prevenção e recuperação de danos ambientais; uso sustentável de recursos naturais e iniciativas produtivas indígenas; propriedade intelectual e patrimônio genético; capacitação, formação, intercâmbio e educação ambiental. A implementação do PNAP, PNPCT e a PNGAT, em conjunto tenderá a apoiar o Governo brasileiro no cumprimento das Metas de Aichi e as respectivas metas nacionais.

Como pode ser observado no Quadro anterior e, segundo Irving,

os esforços dirigidos para a construção de um arcabouço jurídico e institucional às áreas protegidas transformou o país em ícone de inovação em políticas de proteção da natureza, na América Latina.

Esse avanço vem sendo obtido, principalmente, a partir do estabelecimento e regulamentação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, do Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP, da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – PNPCT⁵⁹ e mais recentemente, da Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGAT. Mas esse arcabouço legal inovador vem exigindo também novas institucionalidades e, o aprimoramento do processo de participação social para a conservação da biodiversidade, em escala nacional.

Não se pode também negligenciar que, além de todos os esforços mencionados, o país se caracteriza por elevada extensão territorial sob alguma forma de proteção, conforme ilustrado na Tabela 1, a seguir, que sistematiza os atuais percentuais de Unidades de Conservação e Terras Indígenas em cada um dos biomas brasileiros.

Tabela 1: Percentual de áreas protegidas por bioma no Brasil (incluindo Unidades de Conservação⁶⁰ e Terras indígenas)

Biomias / Áreas Protegidas	Amazônia	Caatinga	Cerrado	Mata Atlântica	Pampa	Pantanal	Área Marinha
Terra Indígena	22,2%	0,3%	4,1%	0,5%	0,5%	1,8%	-
UC Uso Sustentável	16,3%	6,3%	5,1%	6,5%	2,4%	1,5%	1,4%
UC Proteção Integral	9,8%	1,1%	3,1%	2,4%	0,3%	2,9%	0,1%
Totais	48,3%	7,7%	12,3	9,45	3,2%	6,2%	1,5%

Fonte: MMA, 2014 e Funai, 2012⁶¹

Essa tabela ilustra a complexidade do desafio a ser enfrentado nos próximos anos. E, mesmo com todos os esforços do Brasil para internalizar a CDB, estes são ainda insuficientes para equacionar a maior parte dos problemas ambientais associadas a esse debate no Brasil, um país de dimensões continentais também sujeito a inúmeras tensões sociais e sob forte pressão de desenvolvimento. Por outro lado, os compromissos assumidos pelo país no âmbito da Convenção podem induzir ações de políticas públicas para o enfrentamento desses problemas, inclusive contribuindo para a sensibilização da sociedade brasileira para a importância da conservação da biodiversidade.

5. AS METAS DE AICHI: OBSTÁCULOS E DESAFIOS NA PERSPECTIVA DE UM PAÍS EMERGENTE

O delineamento de metas tem sido reconhecido como dispositivo essencial para a avaliação de compromissos globais. E, no caso da CDB, um primeiro conjunto de metas foi estabelecido na COP6 com a

59 IRVING, M. A. Áreas protegidas e inclusão social: uma equação possível em políticas públicas de proteção da natureza no Brasil? *Sinais Sociais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 12, p. 122-147, jan/abril 2010.

60 Segundo a Lei 9.985, de 18 de julho de 2000 que cria o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC, as UCs se dividem em dois grandes grupos de categorias de manejo – as UCs de proteção Integral em que os recursos naturais podem ser usados da forma indireta: uso público, recreação, pesquisa, educação ambiental e as UCs de uso sustentável, cujos recursos naturais podem ser utilizados de forma direta e sustentável e, ao mesmo tempo, serem conservados.

61 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Cadastro nacional de unidades de conservação*. Disponível em: <www.mma.gov.br/cadastro_uc>. Acesso em: 11 fev. 2014. E FUNAI. *Shapefile de terras indígenas*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/shape>>. Acesso em: 01 ago. 2012.

aprovação do denominado Plano Estratégico para o período 2002-2010. Este primeiro Plano Estratégico foi delineado para orientar a implementação da Convenção em nível nacional, regional e global com o propósito de controlar a perda da biodiversidade e assegurar a repartição justa e equitativa dos benefícios advindos da biodiversidade. No entanto, em 2010, as avaliações realizadas no âmbito da CDB apontaram que o Plano Estratégico 2002 –2010 não havia tido o êxito esperado com relação aos compromissos assumidos. De acordo com essa avaliação consolidada no documento elaborado pelo Secretariado da CDB, “Panorama da Biodiversidade Global 3”, a meta acordada pelos governos em 2002 em, “atingir até 2010 uma redução significativa da taxa atual de perda de biodiversidade em níveis global, regional e nacional como uma contribuição para a diminuição da pobreza e para o benefício de toda a vida na Terra” não havia ainda sido alcançada⁶². O documento destaca ainda algumas razões para esse fracasso:

- As espécies antes apontadas com risco de extinção estão, em geral, mais próximas da extinção;
- a abundância de espécies de vertebrados, com base nas populações avaliadas, caiu quase um terço, entre 1970 e 2006, e continuava caindo, especialmente nas regiões neotropicais;
- áreas de habitat naturais continuavam a diminuir em extensão e integridade, apesar de alguns sucessos em diminuir o ritmo da destruição;
- a agrobiodiversidade continua sendo perdida;
- as cinco principais pressões que causam diretamente a perda de biodiversidade continuavam no mesmo nível ou até mais drásticas; a pegada ecológica da humanidade excedeu a capacidade biológica da Terra e tem aumentado constantemente desde que a meta de biodiversidade para 2010 foi traçada.

O documento ressalta ainda que, apesar de se ter fracassado na redução significativa da taxa de perda de biodiversidade, as ações desenvolvidas, individualmente, pelos países signatários, resultaram em uma desaceleração do processo. No entanto, o documento também menciona que, principalmente nos países menos desenvolvidos, ainda existem lacunas importantes a serem enfrentadas para conter as pressões sobre a biodiversidade e implementar a CDB. Da mesma forma, não tem havido integração suficiente entre as políticas públicas com relação à biodiversidade com as demais estratégias e programas governamentais, o que por sua vez, se reflete na perda progressiva de biodiversidade em escala global⁶³.

Apesar do reconhecimento dessas fragilidades, os acordos multilaterais, desde a década de 1980, são reconhecidos como essenciais em apoio às políticas de conservação da biodiversidade. Um argumento a favor desta afirmação é que em 1992, durante o Congresso Mundial de Parques da IUCN⁶⁴ foi estabelecido o objetivo de se proteger 10% da área terrestre global⁶⁵, o que influenciou as negociações do Plano Estratégico da CDB para o período de 2002 – 2010⁶⁶. E embora na época os países signatários não concordassem em incorporar formalmente esse percentual de áreas protegidas como meta a ser atingida, estabeleceu-se pacto não formal entre os mesmos e esta meta passou a orientar o debate, principalmente no caso daqueles em

62 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Panorama da biodiversidade global 3*. Brasília: Secretariado da Convenção Sobre Diversidade Biológica – SCDB, 2010.

63 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Panorama da biodiversidade global 3*. Brasília: Secretariado da Convenção Sobre Diversidade Biológica – SCDB, 2010.

64 A IUCN realiza dois grandes eventos na área de conservação ambiental mundial. A cada quatro anos são realizados os Congressos Mundiais de Conservação em que os membros da organização (entre governo, setor público, organizações não governamentais, empresas, agências da ONU e organizações sociais) se unem para discutir, debater e elaborar resoluções que visam alavancar ações de conservação no planeta. E a cada 10 anos a IUCN realiza também os Congressos Mundiais de Parques que por sua vez objetivam discutir especificamente a situação das áreas protegidas e elaborar diretrizes para o próximo período.

65 MCNEELY, J. A. International Union for the conservation of nature and world wildlife fund. In: WORLD CONGRESS ON NATIONAL PARKS AND PROTECTED AREAS, 4., 1992. *Report...* Gland, Switzerland, 1992.

66 SOUTULLO, A.; CASTRO, M.; URIOS, V. Linking political and scientifically derived targets for global biodiversity conservation: Implications for the expansion of the global network of protected areas. *Diversity and Distributions*, Curitiba, v. 14, n. 4, p. 604–613, July 2008.

desenvolvimento, que foram impulsionados nesta direção por campanhas de organizações internacionais não governamentais, com o apoio do Banco Mundial. Sendo assim, de acordo com o documento *Protected Planet Report 2012*, lançado pela CDB, houve um aumento global de 48% em área protegida entre 1990 e 2012⁶⁷. Estimativas globais mais recentes apontam percentuais de 14,6% para as áreas terrestres e 2,8% para os oceanos⁶⁸.

Dessa forma, apesar de não se ter atingido globalmente a meta central do Plano Estratégico 2002 – 2010, a evidência do aumento de áreas protegidas no mundo foi, provavelmente, um ponto central para encorajar a CDB na proposição de um novo Plano Estratégico com novas metas a serem cumpridas para o período subsequente.

Consequentemente, durante a COP10, em 2010, foi aprovado o Plano Estratégico 2011 – 2020 para a década seguinte. O escopo central do Plano são 20 metas, denominadas de “Metas de Aichi”⁶⁹. O lançamento, pela ONU, da “década da biodiversidade” durante a realização da sua 65ª reunião de cúpula em 22 de setembro de 2010, fizeram com que o tema passasse a estar no centro das discussões políticas, e a “década” passou a ser entendida exatamente como estratégica para o cumprimento das Metas de Aichi⁷⁰.

No contexto nacional, é fundamental que se enfatize o papel cronológico do Brasil na implementação do Plano Estratégico 2002 – 2010. O país foi o responsável pela criação de 74% das áreas criadas no planeta, entre 2003 e 2008⁷¹, principalmente no bioma Amazônia, como forma de conter os altos índices de desmatamento observados à época (ver Tabela 1). Foi também o primeiro país que internalizou, em 2006, o Plano, por meio de ato legal (Resolução da Comissão Nacional de Biodiversidade – CONABIO⁷²). Na Resolução CONABIO foram definidas 51 metas nacionais para a biodiversidade projetadas para o horizonte de 2010 relacionadas às metas globais da CDB para o mesmo período, algumas das quais mais ambiciosas do que aquelas expressa na própria Convenção. Estas metas estabeleceram que, até 2010, pelo menos 30% da Amazônia e 10% dos demais biomas estariam sob a forma de unidades de conservação, incluindo a zona costeira e marinha. Em 2010, o Ministério do Meio Ambiente⁷³ realizou uma avaliação sobre o cumprimento das metas nacionais revelando que em 2010 o país já dispunha de, aproximadamente, os mesmos percentuais de áreas protegidas que possui hoje (16,8% para as áreas terrestres e 1,5% da área marinha⁷⁴) o que se deve a uma paralisação no ritmo de criação de áreas protegidas no país, desde então.

67 Dados do documento *Protected Planet Report 2012* demonstram que em 2010 já se registrava 12,7% de território terrestre mundial sob alguma forma de proteção. Os dados no entanto não são os mesmos para as áreas marinhas, que, na mesma época, englobavam apenas 1,6% em área protegida. BERTZKY, B. et al. *Protected planet report 2012: tracking progress towards global targets for protected areas*. IUCN: Gland, Switzerland; UNPE-WCMC: Cambridge, UK, 2012.

68 Dados atualizados do Banco de dados mundiais sobre áreas protegidas: UNEP-WCMC, 2013. Protected Planet on line. <http://www.unep-wcmc.org/protected-planet_530.html>. Vale ressaltar, no entanto que esses percentuais demonstram apenas a cobertura de áreas protegidas, não levando em conta o desempenho e efetividade que ainda estão longe de ser convincentes, segundo ANTHAMATTEN, P. & HAZEN, H. *Changes in the Global Distribution of Protected Areas, 2003–2012*. The Professional Geographer, in press. 2014.

69 O Plano Estratégico 2011-2020 possui: base lógica que relaciona a biodiversidade ao bem estar humano, aos Objetivos do Milênio e à redução da pobreza; cenário que transcende 2020, estabelecendo a situação desejada para 2050, com “a biodiversidade valorizada, conservada, restaurada e utilizada com sabedoria”; missão que expressa a intenção urgente de agir para se alcançar os objetivos de 2020; 5 objetivos estratégicos; 20 metas (de Aichi); e, mecanismos para a sua implementação (Decisão X/2 da CDB) <<https://www.cbd.int/decisions/cop/?m=cop-10>>.

70 <<https://www.cbd.int/2011-2020/>>.

71 JENKINS, C. N.; JOPPA, L. Expansion of the global terrestrial protected area system. *Biological Conservation*, London, v. 142, p. 2166-2174, May 2009.

72 A Comissão Nacional da Biodiversidade - CONABIO foi criada pelo Decreto nº 4.703, de 21 de maio de 2003 – Ver Quadro 3. A CONABIO se manifesta por meio de resoluções, sendo uma das mais importantes a resolução que internalizou as primeiras metas da CDB para o período 2002-2010 - Resolução CONABIO nº 03, de 21 de dezembro de 2006.

73 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Quarto relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica*. Brasília: MMA, 2010.

74 Ver tabela 1. MMA. Cadastro Nacional de Unidades de Conservação. Disponível em: <www.mma.gov.br/cadastro_uc>. Acesso em: 11 fev. 2014.

Da mesma maneira, o país teve um papel importante na definição das ambiciosas Metas de Aichi⁷⁵. Durante as negociações na COP10 em 2010, a delegação brasileira foi uma das mais ativas na busca por um consenso sobre metas mais audaciosas então propostas, principalmente em relação às áreas protegidas — a Meta 11⁷⁶. No Brasil, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC já incorpora, desde 2000, áreas de uso sustentável destinadas às populações tradicionais como é o caso das categorias de manejo “Reserva Extrativista” e “Reserva de Desenvolvimento Sustentável”⁷⁷. Associado ao SNUC, o país dispõe ainda do Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP, que desde 2006, vem enfatizando a importância das Terras Indígenas e Terras de Quilombos para a conservação da biodiversidade, o que vem contribuindo para uma situação confortável da delegação brasileira, na proposição de metas e percentuais mais audaciosos para as áreas protegidas do que muitos dos países envolvidos.

Vale também enfatizar que, frente às atuais Metas de Aichi para 2020, o governo brasileiro estabeleceu, em 2013, as metas nacionais no âmbito da CONABIO (ver Quadro 3). A Meta 11 nacional foi ampliada para incluir, além das unidades de conservação, as demais áreas protegidas legalmente instituídas no país, como as Terras Indígenas e as áreas previstas no Código Florestal — Áreas de Preservação Permanentes (APPs) e Reservas Legais⁷⁸. Além disso, essa meta contempla critérios como representatividade, efetividade e conectividade. Nesse sentido, especial destaque foi atribuído ao bioma Amazônia, a saber:

Até 2020, serão conservadas, por meio de unidades de conservação previstas na Lei do SNUC e outras categorias de áreas oficialmente protegidas, como Áreas de Preservação Permanente – APPs, reservas legais e terras indígenas com vegetação nativa, pelo menos 30% da Amazônia, 17% de cada um dos demais biomas terrestres e 10% de áreas marinhas e costeiras, principalmente áreas de especial importância para biodiversidade e serviços ecossistêmicos, assegurada e respeitada a demarcação, regularização e a gestão efetiva e equitativa, visando garantir a interligação, integração e representação ecológica em paisagens terrestres e marinhas mais amplas.

Dessa forma, a consecução da Meta 11 envolve desafio complexo e de longo prazo, uma vez que esta não somente assegurou os compromissos relativos à criação de novas áreas protegidas mas também a sua efetividade, eficácia da gestão, representatividade ecológica, governança equitativa e conectividade. E tanto a Meta 11 global quanto a meta nacional da CONABIO reforçam esses elementos. Alguns pesquisadores defendem até mesmo que deve haver uma

interpretação holística da Meta 11 como uma maneira para que a comunidade global utilize as áreas protegidas para alterar as atuais tendências inaceitáveis na perda de biodiversidade global⁷⁹.

No entanto, no Brasil, apesar dos esforços para os avanços significativos na ampliação da área sob proteção na forma de unidades de conservação até 2010, parece haver ainda um descompasso entre esses esforços de conservação nos diferentes biomas, o que tende a comprometer o elemento de “representatividade” previsto na Meta 11 (tabela 1). Além disso, o desempenho do país está muito aquém do esperado com relação à almejada efetividade na gestão dessas áreas⁸⁰. E, mesmo no bioma Amazônia, onde já se teria atingido a meta, um relatório atual elaborado pelo Tribunal de Contas da União⁸¹, demonstra grande desar-

75 LOPOUKHINE, N.; DIAS, B. F. S. What does target 11 really mean? *Parks*, Gland, Switzerland, v. 18, n. 1, p. 5-8, sept 2012.

76 Na COP10 em Nagoya, a delegação brasileira iniciou as negociações ressaltando a importância de se elevar os percentuais de áreas protegidas para pelo menos 20% para o ambiente terrestre e 15% para o ambiente marinho (observação da própria autora presente às negociações). As reivindicações da sociedade civil brasileira à época eram de 20% para ambos os ambientes (ver: <<http://www.portaldomeioambiente.org.br/mudancas-climaticas/5452-sociedade-civil-apresenta-ao-governo-sua-posicao-para-a-cop-10cdb>>).

77 A Lei 9.985 de 18 de julho de 2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza

78 COMISSÃO NACIONAL DE BIODIVERSIDADE. *Resolução CONABIO n. 06, de 3 de setembro de 2013*. Disponível em: <<http://portaldabiodiversidade.sp.gov.br/files/2014/06/Metas-Nacionais-CONABIO.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

79 WOODLEY, S. et al. Meeting Aichi target 11: what does success look like for protected area systems? *Parks*, Gland, Switzerland, v. 18, n. 1, p.23-36, sept 2012.

80 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Quarto relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica. Brasília: MMA, 2010.

81 Em 2012 o Tribunal de Contas da União realizou uma Auditoria Operacional sobre Governança das Unidades de Conservação

ticulação entre as diversas esferas de governo na implementação dos instrumentos legais acordados, o que prejudica a efetividade da gestão e a conservação da biodiversidade nessas áreas. Segundo o TCU, o SNUC não é ainda coordenado de maneira integrada⁸², apesar de o texto desse relatório admitir avanços na gestão das unidades de conservação federais após a criação do ICMBIO⁸³. O TCU aponta também a necessidade de implementação do Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP⁸⁴, o que parece imprescindível frente à nova Meta 11 nacional.

Nesse sentido, vale lembrar que o texto do PNAP tem como princípio a valorização de demais áreas protegidas, para além das unidades de conservação, e reconhece a complementariedade entre as mesmas, como uma estratégia para a conservação da diversidade biológica e sociocultural. O texto do PNAP reconhece também o papel das terras indígenas e dos territórios quilombolas para a conservação da biodiversidade. As APPs e as Reservas Legais são também consideradas, por esse instrumento, como essenciais para o planejamento da paisagem, no âmbito da abordagem ecossistêmica, sendo consideradas estratégicas para a conectividade entre fragmentos naturais e as próprias áreas protegidas. O PNAP, porém, não foi ainda implementado embora os compromissos que enuncia sejam essenciais para a implementação e monitoramento da nova meta nacional⁸⁵.

Uma leitura crítica sobre as políticas públicas em implementação no Brasil com relação à conservação da biodiversidade indica, assim, a existência de um extenso arcabouço legal envolvendo Leis e Decretos que nem sempre dialogam entre si. Mas, apesar disso, os decretos referentes às políticas dirigidas aos povos indígenas e populações tradicionais podem ser considerados um avanço pela abordagem das questões sociais envolvidas na gestão de áreas protegidas. Estes podem significar um salto qualitativo para a conservação da biodiversidade. No entanto, quando se avalia a implementação institucional dos instrumentos de políticas públicas, não parece haver a integração necessária entre os órgãos que os coordenam e as ações em curso⁸⁶.

Assim, a “esquizofrenia”, ou fragmentação, de políticas públicas e, a dificuldade de planejamento estratégico nas próprias esferas envolvidas, tem representado fonte de conflitos históricos⁸⁷ no processo de conservação da biodiversidade. E segundo Irving:

Este fato tem gerado problemas graves como a criação de Unidades de Conservação em sobreposição as Terras Indígenas (fato marcante no caso amazônico), o mesmo território sendo priorizado, simultaneamente, pelas políticas vinculadas a proteção da natureza, a reforma agrária, ao agronegócio, a energia e a infraestrutura. E ainda mais problemático, o confronto direto entre as prioridades de proteção da natureza e as estratégias desenvolvimentistas consolidadas em investimentos governamentais, claramente ilustradas pelo Plano de Aceleração do Crescimento (PAC). Assim, o mesmo território é priorizado em políticas públicas para fins contraditórios. E em um contexto no qual as informações sobre essas iniciativas não são democratizadas, resta um passivo de conflito, insatisfação e frustração

do Bioma Amazônia em que constatou que “as UCs no bioma Amazônia não estão atingindo plenamente os resultados esperados, uma vez que há um baixo aproveitamento do potencial econômico, social e ambiental dessas áreas. Isso decorre principalmente de fragilidades na gestão que dificultam: o uso público; as concessões florestais; o fomento às atividades extrativistas; e as atividades de pesquisas e monitoramento” (ACÓRDÃO Nº 3101/2013 – TCU – Plenário). Disponível em: <://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/tcu/>. Acesso em: 03 mar. 2015.

82 O TCU colocou uma série de recomendações ao Governo e uma determinação ao MMA: “determinar ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), com base no art. 250, II, do RI/TCU, que adote e comunique ao Tribunal de Contas da União, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, as providências adotadas para o exercício da coordenação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, em cumprimento ao art. 6º, II, da Lei 9.985/2000” (ACÓRDÃO Nº 3101/2013 – TCU – Plenário). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/tcu/>. Acesso em: 03 mar. 2015.

83 Ver Quadro 3.

84 Ver Quadro 3.

85 PRATES, A. P. L.; SOUSA, N. Panorama das áreas protegidas no Brasil. In: BENSUSAN, N.; PRATES, A. P. L. (Ed.). *A diversidade cabe na unidade? Áreas protegidas no Brasil*. Brasília: IEB Mil Folhas, 2014. p82-119.

86 Como podemos ver no relatório realizado pelo TCU em 2013. (ACÓRDÃO Nº 3101/2013 – TCU – Plenário). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/tcu/>. Acesso em: 03 mar. 2015.

87 IRVING, M. A. et al. Governança e políticas públicas: desafios para gestão de parques nacionais no Brasil. In: FONTAINE, G.; VLIET, G. V.; PASQUIS, R. (Org.). *Políticas ambientales y gobernabilidad en America Latina*. Quito: FLACSO, 2007. p. 79-103.

coletiva. Essas práticas governamentais estão no cerne das principais tensões sociais locais e também na dificuldade de entendimento do real papel das áreas protegidas para o país⁸⁸.

Com base nesse pressuposto, é importante mencionar estudo recente que buscou mapear os principais conflitos ambientais no mundo e concluiu que entre 945 casos estudados em 78 países, o Brasil foi o terceiro no ranking, com 58 casos de conflitos, empatando nessa avaliação com a Nigéria e perdendo no ranking apenas para a Índia e a Colômbia⁸⁹. E, segundo o estudo, os conflitos no país estão principalmente vinculados aos projetos de infraestrutura que impactam, sistematicamente, à integridade das áreas naturais. Estes projetos envolvem grandes obras, como a construção de hidrelétricas, que confrontam interesses dentro o movimento social e o setor privado (empreiteiras e agrobusiness), cujas atividades interferem sobre as áreas protegidas. E, nesse caso, os mais afetados pelo processo são exatamente as populações tradicionais, indígenas, quilombolas e agricultores familiares, grupos socialmente vulneráveis.

Mas o próprio processo de globalização desempenha também um papel importante na política global de conservação ambiental, com efeitos evidentes no Brasil, porque os processos políticos e econômicos globais influenciam a forma como as áreas protegidas são entendidas e discutidas pela sociedade e como são priorizadas nas agendas políticas⁹⁰. Além disso, o estabelecimento de sistemas de áreas protegidas vem sendo, cada vez mais, entendido como um desafio complexo diante dos inúmeros interesses e/ou conflitos envolvidos. E, sendo assim,

Antes, relativamente simples, a tarefa de projetar áreas protegidas para ser um conjunto representativo dos ecossistemas do mundo tornou-se progressivamente mais complexa cientificamente. Trata-se de uma crescente sofisticação na biologia da conservação com novos insights sobre ecologia natural e o reconhecimento de novas ameaças em grande parte provocadas pelas atividades humanas. As áreas protegidas integram todas essas ameaças e, nesse sentido, refletem nosso mundo em mudança⁹¹.

São, portanto inúmeros os desafios a serem enfrentados nos próximos anos. Como ampliar e expandir o conjunto de áreas protegidas no Brasil diante do modelo de desenvolvimento vigente no qual essas áreas vêm sendo interpretadas, frequentemente, como “entraves” ao crescimento do país? Como tornar essas áreas efetivas com orçamentos limitados e o baixo efetivo de profissionais qualificados na gestão pública no país diante da dimensão do desafio?⁹² Como transformar a sociedade em aliada do processo de conservação da biodiversidade?

Não se pode negligenciar, assim, que o desafio para o cumprimento das Metas de Aichi constitui compromisso global, mas tem significado ainda maior para o Brasil, um país megadiverso que busca alcançar parâmetros ascendentes de crescimento econômico mas também se situa em uma das primeiras posições no *ranking* global de conflitos ambientais.

Nesse caso, o futuro das áreas protegidas (sejam elas unidades de conservação segundo o SNUC, ou parte de um conjunto mais amplo, segundo o PNAP), vai depender do alcance de ações governamentais para a implementação das políticas vigentes, bem como da integração e sinergia entre as políticas públicas,

88 IRVING, M. A. Áreas protegidas e inclusão social: uma equação possível em políticas públicas de proteção da natureza no Brasil? *Sinais Sociais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 12, p. 122-147, jan/abril 2010.

89 O estudo foi traduzido em um Atlas *on line* (*Global Atlas of Environmental Justice*) e conduzido pela Organização não Governamental EJOLT (*Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade*) com coordenação da Universidade Autônoma de Barcelona. Disponível em: <<http://www.ejolt.org/2014/03/global-atlas-of-environmental-conflicts-launched-in-brussels-2/>>. Acesso em: 03 mar. 2015). Segundo o estudo a exploração mineral, o desmatamento e a disputa por terras e água estão entre os maiores motivos de conflitos ambientais do mundo.

90 ANTHAMATTEN, Peter; HAZEN, Helen. Changes in the global distribution of protected areas, 2003–2012. *The Professional Geographer*, p. 1-9, 24 jun. 2014.

91 Com essa frase Thomas Lovejoy sintetiza bem os desafios atuais para o estabelecimento de áreas protegidas no mundo. (LOVEJOY, T. E. Protected areas: a prism for a changing world. *TREE*, London, v. 21, p. 329-333, june 2006).

92 ACÓRDÃO Nº 3101/2013 – TCU – Plenário. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/tcu/>>.

no âmbito do Governo Brasileiro. Nesse sentido, Medeiros e colaboradores⁹³ defendem que o sucesso das políticas públicas de conservação da biodiversidade depende do

aperfeiçoamento do sistema em termos conceituais e operacionais, da integração harmônica de Políticas Públicas e, sobretudo, do fortalecimento de canais de diálogo entre os diferentes atores sociais e setores nacionais e internacionais, e da compreensão da perspectiva social associada à proteção da natureza.

Os argumentos desses autores reafirmam ainda que

este é um processo em franca construção, com desfecho imprevisível, mas que pode vir a estabelecer ou fortalecer modos de ação pautados, cada vez mais, na democracia e equidade política e social⁹⁴.

Assim, este é um processo que se constrói progressivamente no país e que tenderá a se consolidar a partir de um maior engajamento da sociedade e de políticas públicas mais articuladas. Nesse caso, as ações de conservação da biodiversidade não podem estar restritas apenas aos ministérios de meio ambiente de cada país, mas devem ter rebatimento em todos os demais setores governamentais⁹⁵.

Além disso, nesse desafio é essencial a participação ativa da sociedade na formulação de políticas públicas que procurem efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como o fomento às novas formas de produção e de consumo voltadas para o desenvolvimento sustentável e que garantam o pleno exercício das liberdades e capacidades humanas⁹⁶. Respeitadas essas condições e pelas razões anteriormente discutidas, o Brasil poderá vir a se tornar um exemplo para os demais países signatários da CDB, contribuindo, a partir das lições aqui aprendidas, para uma nova leitura sobre a conservação da biodiversidade, no plano global.

6. PARA REFLETIR SOBRE TENDÊNCIAS E POSSIBILIDADES EM CENÁRIOS FUTUROS

Para se refletir sobre tendências em médio e em longo prazo, é importante que se considere que os desafios para se atingir as Metas de Aichi não são, no entanto, restritos a Meta 11. No âmbito da Convenção vem sendo realizados inúmeros levantamentos junto aos países signatários para se avaliar a importância da Convenção sobre a Biodiversidade na sociedade, as implicações do Plano Estratégico 2011–2020⁹⁷, bem como as dificuldades em se atingir as referidas metas. E, mesmo não sendo esta uma Convenção vinculante, ou seja, que não impõem sanções aos países que não cumprem suas metas e diretrizes, segundo Machado⁹⁸:

Há que se lembrar que os tratados, confiando-se na boa-fé e nos costumes, devem ser: *pacta sunt servanda*. Portanto isso não tira a obrigação de se obedecer a normas válidas e deve-se lembrar que toda norma é a imagem que se quer de um mundo melhor, ou seja o “dever ser”. Segundo ainda o autor: o que podemos concluir dessa afirmação é que a “responsabilidade ambiental” por parte dos Estados é de teor político, e não totalmente legal. É de fato uma obrigação natural, fruto dos ideais éticos humanos. Ou seja, são tentativas políticas, em boa fé, para solução de problemas ambientais, as quais respeitam a soberania, porém modificam sua essência para um bem maior.

93 MEDEIROS, R.; IRVING, M. A.; GARAY, I. Áreas protegidas no Brasil: interpretando o contexto histórico para pensar a inclusão social. In: IRVING, M. A. (Org.). *Áreas protegidas e inclusão social: construindo novos significados*. Rio de Janeiro: Aquarius, 2006.

94 MEDEIROS, R.; IRVING, M. A.; GARAY, I. Áreas protegidas no Brasil: interpretando o contexto histórico para pensar a inclusão social. In: IRVING, M. A. (Org.). *Áreas protegidas e inclusão social: construindo novos significados*. Rio de Janeiro: Aquarius, 2006.

95 RANDS, M. R. W. et al. Biodiversity conservation: challenges beyond. *Science*, London, v. 329, n. 5997, p. 1298-1303, sept. 2010.

96 WALKER, P. B. A construção do direito ao desenvolvimento e sua aplicação mediante as políticas públicas de sustentabilidade. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 159-190, jan./jun. 2011.

97 Cada país signatário indica ao Secretariado da CDB diversos pontos focais técnicos do Ministério do Meio Ambiente ou demais ministérios para responder e prestar informações sobre os variados temas da Convenção. O ponto focal político que sempre é um representante do Ministério das Relações Exteriores. O questionário mencionado foi respondido pela autora em março/2013.

98 MACHADO, F. P. M. Soberania e meio ambiente: a adequação do direito internacional às novas necessidades de gestão ambiental e os mecanismos da ONU para resolução de conflitos. *PRISMAS: Dir., Pol. Pub. e Mundial*, Brasília, v.4, n. 1, p. 123-150, jan./jul. 2007.

Pelos argumentos apresentados, o Brasil foi e continua sendo um ator chave na implementação de diretrizes da Convenção sobre Diversidade Biológica. E, no país, são inúmeros os instrumentos jurídicos que orientam as políticas públicas no que diz respeito à conservação da biodiversidade com foco em áreas protegidas. No entanto, frente às novas metas estabelecidas, (tanto as Metas de Aichi quanto as metas nacionais em seu reatamento), é fundamental que se busque um “olhar” mais estratégico e integrado sobre esses instrumentos. Além disso, seria imprescindível que as estratégias de desenvolvimento adotadas pelo país pudessem harmonizar os interesses econômicos com aqueles dirigidos à conservação da biodiversidade, uma vez que estes não são excludentes e nem contraditórios, em tese.

Nesse campo de debate não se pode negligenciar que o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC constitui uma das propostas para a conservação da biodiversidade mais avançadas do mundo. Sua concepção transcende a proteção da biodiversidade pois possibilita vários usos do solo e dos recursos naturais. E, ao articular o SNUC com os demais instrumentos de políticas públicas como o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP, a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – PNPCT e a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, o país estará colocando em prática os preceitos e diretrizes da CDB, ao mesmo tempo em que poderá demonstrar aos demais ser possível integrar à conservação da biodiversidade, o compromisso de inclusão social e, o combate à pobreza, contribuindo também para o atingimento das Metas do Milênio.

Assim, para que as áreas protegidas sejam valorizadas e consolidadas, no futuro, um dos principais desafios tende a ser despertar o interesse da sociedade brasileira para a importância do patrimônio natural e cultural protegido por essas áreas, de maneira que o investimento nestas possa também significar benefícios e qualidade de vida para todos os brasileiros. As áreas protegidas poderiam se tornar, por essa via, alternativas efetivas para potencializar a geração de emprego e renda, a melhoria da qualidade de vida, sem prejuízo à conservação da biodiversidade. Nesse encaminhamento se estaria construindo um ciclo virtuoso a partir de políticas públicas integradas que priorizem a conservação da biodiversidade e a inclusão social, garantindo que a sociedade seja beneficiada e entenda o sentido do patrimônio natural como um diferencial para o próprio desenvolvimento do país.

REFERÊNCIAS

- ANTHAMATTEN, Peter; HAZEN, Helen. Changes in the global distribution of protected areas, 2003–2012. *The Professional Geographer*, p. 1-9, 24 jun. 2014.
- BERTZKY, B. et al. *Protected planet report 2012: tracking progress towards global targets for protected areas*. IUCN: Gland, Switzerland; UNPE-WCMC: Cambridge, UK, 2012.
- BENSUSAN, Nurit (Ed.) et al. *Biodiversidade: para comer, vestir ou passar no cabelo?* São Paulo: Peirópolis, 2006.
- BENSUSAN, Nurit. Os pressupostos biológicos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 164-189.
- BRANDON, K. et al. Conservação brasileira: desafios e oportunidades. *Megadiversidade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 7-13, jul. 2005.
- BRASIL. *Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002*. Política Nacional de Biodiversidade – PNB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4339.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002*. Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4340.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 5.092, de 21 de maio de 2004*. Regras para identificação de áreas prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade, no âmbito das atribuições do Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5092.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 5.758, de 13 de abril de 2006*. Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5758.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007*. Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – PNPCT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 7.644, de 16 de dezembro de 2011*. Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7644.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. *Decreto n. 7.747, de 5 de junho de 2012*. Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGAT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BRASIL. *Lei n. 12.512, de 14 de outubro de 2011*. Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12512.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

BROCKINGTON, D.; IGOE, J. Eviction for conservation: a global overview. *Conservation & Society*, Austrália, v. 4, n. 3, p. 424-70, jun 2006.

BUTCHART, Stuart. H. M. et al. Global biodiversity: indicators of recent declines. *Science*, London, v. 328, n.5982, p. 1164-1168, may 2000.

COAD, L. et al. Progress on the convention on biological diversity's 2010 and 2012 targets for protected area coverage. In: LOOKING TO THE FUTURE OF THE CBD PROGRAMME OF WORK ON PROTECTED AREAS, 2009, Jeju Island. *Proceedings...* Republic of Korea: Jeju Island, 2009. p. 14-17.

COAD, L. et al. Progress towards the CBD protected area management effectiveness targets. *Parks*, Gland, Switzerland, v. 19, n. 1, march 2013.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY (CBD). *Resourcing the Aichi biodiversity targets: a first assessment of the resources required for implementing the strategic plan for biodiversity 2011-2020*. Report of the High-Level Panel on Global Assessment of Resources for Implementing the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020. 2012. Disponível em: <<http://www.cbd.int/doc/meetings/fin/hlpgar-sp-01/official/hlpgar-sp-01-01-report-en.pdf>> Acesso em: 12 jul. 2014.

CORRIGAN, C.; HAY-EDIE, T. *A toolkit to support conservation by indigenous peoples and local communities: building capacity and sharing knowledge for indigenous peoples and community conserved territories and areas (iccas)*. UNEP-WCMC: Cambridge, UK, 2013.

DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FIELDING, G. et al. What is the convention on biological diversity, and what is it trying to achieve? *Journal of Conservation Biology* 3065, London, v. 1, p. 17, [Online] 2009. Disponível em: http://myweb.dal.ca/bworm/Fielding_etal_CBD.pdf.

GLOWKA, L.; BURHENNE-GUILMIN, F.; SYNGE, H. *A guide to the convention on biological diversity*. 2. ed. IUCN: Gland; Cambridge, 1996.

IRVING, M. A. Áreas protegidas e inclusão social: uma equação possível em políticas públicas de proteção da natureza no Brasil? *Sinais Sociais*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 12, p. 122-147, jan/abril 2010.

IRVING, M. A.; MATOS, K. Gestão de parques nacionais no Brasil: projetando desafios para a implementação do Plano Nacional Estratégico de Áreas Protegidas. *Floresta e Ambiente*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 89-96, nov 2006.

IRVING, M. A. et al. Governança e políticas públicas: desafios para gestão de parques nacionais no Brasil. In: FONTAINE, G.; VLIET, G. V.; PASQUIS, R. (Org.). *Políticas ambientales y gobernabilidad en America Latina*. Quito: FLACSO, 2007. p. 79-103.

JENKINS, C. N.; JOPPA, L. Expansion of the global terrestrial protected area system. *Biological Conservation*, London, v. 142, p. 2166-2174, may 2009.

KOTHARI, A. et al. *Recognising and supporting territories and areas conserved by indigenous peoples and local communities: global overview and national case studies*. Montreal, Canada: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2012. (CBD Technical Series, 64).

LOVEJOY, T. E. Protected areas: a prism for a changing world. *TREE*, London, v. 21, p. 329-333, june 2006.

LEWINSOHN, T. (Coord.) *Avaliação do estado do conhecimento da biodiversidade Brasileira*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente – MMA, 2006. (Série Biodiversidade, 15).

LOPOUKHINE, N. et al. 2012. Protected areas: providing natural solutions to 21st century challenges. *Sapiens*, [Online], v. 5, n.2, p. 116-131, august 2012. Available at: <<http://sapiens.revues.org/1254>>. Last access on: 08 apr. 2014.

LOPOUKHINE, N.; DIAS, B. F. S. What does target 11 really mean? *Parks*, Gland, Switzerland, v. 18, n. 1, p. 5-8, sept. 2012.

MACHADO, F. P. M. Soberania e meio ambiente: a adequação do direito internacional às novas necessidades de gestão ambiental e os mecanismos da ONU para resolução de conflitos. *PRISMAS: Dir., Pol. Pub. e Mundial*, Brasília, v.4, n, 1, p. 123-150, jan/jul. 2007.

MCNEELY, J. A. International Union for the conservation of nature and world wildlife fund. In: WORLD CONGRESS ON NATIONAL PARKS AND PROTECTED AREAS, 4., 1992. *Report...* Gland, Switzerland, 1992.

MEDEIROS, R.; IRVING, M. A.; GARAY, I. Áreas protegidas no Brasil: interpretando o contexto histórico para pensar a inclusão social. In: IRVING, M. A. (Org.). *Áreas protegidas e inclusão social: construindo novos significados*. Rio de Janeiro: Aquarius, 2006.

MERCADANTE, M. Uma década de debate e negociação: a história da elaboração da lei do SNUC. In: HERMAN, A. B. (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 190-231.

MEYNEN, Nick; TEMPER, Leah. Global atlas of environmental conflicts launched in Brussels. *Environmental Justice Organisations, Liabilities and Trade*, 24 march 2014. Available at: <<http://www.ejolt.org/2014/03/global-atlas-of-environmental-conflicts-launched-in-brussels-2>>. Last access on: 03 mar. 2015.

- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Diretrizes e prioridades do plano de ação para implementação da Política Nacional da Biodiversidade*. Brasília: MMA, 2006. (Série Biodiversidade, 22).
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *O Sistema Nacional de Conservação da Natureza – SNUC*. Brasília: MMA, 2011.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Panorama da biodiversidade global 3*. Brasília: Secretariado da Convenção Sobre Diversidade Biológica – SCDB, 2010.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Quarto relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica*. Brasília: MMA, 2010.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Sumário executivo das áreas prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição de benefícios da biodiversidade brasileira*. Brasília: MMA, 2007.
- MITTERMEIER, R. A. et al. *Hotspots revisited: earth’s biologically richest and most endangered terrestrial ecoregions*. Local: CEMEX, 2005.
- OLIVEIRA, Elizabeth; IRVING, Marta de Azevedo. Convenção sobre diversidade biológica pós Nagoya: desafios para a mídia em um país de megadiversidade. *Razón y Palabra*, Local, v. 16, n. 75, feb./abr. 2011. Disponible en: <www.razonypalabra.org.mx/N/N75/varia_75/.../40_Oliveira_V75.pdf>. Acceso en: 03 mar. 2015.
- PHILLIPS, A. *A short history of the international system of protected area management categories*. Local: IUCN/WCPA Task Force on Protected Area Categories, 2007.
- PIMM, S. L. et al. Can we defy nature’s end? *Science*, London, v. 293, n. 5538, p. 2207–2208, sept. 2001.
- PRATES, A. P. L.; SOUSA, N. Panorama das áreas protegidas no Brasil. In: BENSUSAN, N.; PRATES, A. P. L. (Ed.). *A diversidade cabe na unidade? Áreas protegidas no Brasil*. Brasília: IEB Mil Folhas, 2014. p 82-119.
- PROTECTED Planet on line. Available at: <<http://www.protectedplanet.net/>>. Last access on: 03 mar. 2015.
- RANDS, M. R. W. et al. Biodiversity conservation: challenges beyond. *Science*, London, v. 329, n. 5997, p. 1298-1303, sept. 2010.
- REAKA-KUDLA, M. L.; WILSON D. E.; WILSON, E. O. (Ed.). *Biodiversity II: understanding and protection our biological resources*. Washington D. C.: Joseph Henry Press, 1997.
- REPORT of the Colloquium on the Role of ICCAs in Achieving the Aichi Targets. Hyderabad, India, 13 october 2012. Available at: <<http://www.cbd.int/doc/pa/icca-day-report-en.pdf>>. Last access on: 03 mar. 2015.
- RODE, J.; WITTMER, H.; MANNS, F. *Implementation guide for Aichi target 11: a TEEB perspective*. Berlin: German Federal Agency for Nature Conservation (BfN), 2012.
- STOLTON, S.; DUDLEY, N. (Ed.). *Arguments for protected areas: multiple benefit for conservation and use*. London: Earthscan, 2010.
- TEN KATE, K. Science and the convention on biological diversity. *Science*, London, v. 295, n. 5564, p. 2371-2372, mar. 2002.
- WALKER, P. B. A construção do direito ao desenvolvimento e sua aplicação mediante as políticas públicas de sustentabilidade. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 159-190, jan./jun. 2011.
- WOODLEY, S. et al. Meeting Aichi target 11: what does success look like for protected area systems? *Parks*, Gland, Switzerland, v. 18, n. 1, p.23-36, sept. 2012.

WORLD PARKS CONGRESS, 5., 2003, Durban, South Africa. Message... Durban: WPC, 2003. [CD-Rom.]

(FOOTNOTES DAS TABELAS)

- 1 *Clearing-House Mechanism* (CHM) da CDB é uma rede mundial de governos e organizações parceiras que facilitam a cooperação científica e técnica por meio da troca de informações <<http://www.chm-cbd.net/>>.
- 2 O Fundo Global para o Meio Ambiente (*Global Environment Facility – GEF*) foi criado em 1991 como um Programa Piloto do banco Mundial para auxiliar os países em desenvolvimento na implementação de projetos que buscassem soluções para as preocupações globais em relação à proteção dos ecossistemas e à biodiversidade. Desde 1992, o GEF é um mecanismo de cooperação internacional com a finalidade de prover recursos adicionais e fundos concessionais para cobrir custos incrementais em projetos que beneficiem o meio ambiente global <<http://www.thegef.org/gef/home>>.
- 3 <<http://www.thegef.org/gef/>>.
- 4 Abreviatura do inglês *Access and Benefit-sharing*.
- 5 As MOPs começaram a acontecer na mesma periodicidade das COPs, sempre uma semana antes de cada Conferência.
- 6 O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente– SISNAMA, instituído pela Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto 99.274/90 e presidido pelo Ministério do Meio Ambiente.
- 7 Ver site da Iniciativa *Lifeweb*: <<http://lifeweb.cbd.int/>>.
- 8 Ver maiores detalhes sobre as EBSAS em: <<http://ebsa.cbd.int/>>.
- 9 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Quarto relatório nacional para a convenção sobre diversidade biológica*. Brasília: MMA, 2010.
- 10 <<http://www.funbio.org.br/>>.
- 11 MERCADANTE, M. Uma década de debate e negociação: a história da elaboração da lei do SNUC. In: HERMAN, A. B. (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 190-231.
- 12 BENSUSAN, Nurit. Os pressupostos biológicos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 164-189.
- 13 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Convenção sobre diversidade biológica – CDB*: Brasília: MMA, 2000. (Série Biodiversidade, 2). Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2015.
- 14 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Diretrizes e prioridades do plano de ação para implementação da Política Nacional da Biodiversidade*. Brasília: MMA, 2006. (Série Biodiversidade, 22).
- 15 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Sumário executivo das áreas prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição de benefícios da biodiversidade brasileira*. Brasília: MMA, 2007.
- 16 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Diretrizes e prioridades do plano de ação para implementação da Política Nacional da Biodiversidade*. Brasília: MMA, 2006. (Série Biodiversidade, 22).
- 17 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Diretrizes e prioridades do plano de ação para implementação da Política Nacional da Biodiversidade*. Brasília: MMA, 2006. (Série Biodiversidade, 22).
- 18 <<http://www.icmbio.gov.br/portal/>>.
- 19 BRASIL. *Decreto n. 5.758, de 13 de abril de 2006*. Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5758.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.
- 20 BRASIL. *Decreto n. 5.758, de 13 de abril de 2006*. Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5758.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.
- 21 <<http://www.mma.gov.br/desenvolvimento-rural/bolsa-verde>> e <http://www.brasilemmiseria.gov.br/inclusao-produtiva/bolsa-verde>>.
- 22 <<http://www.mma.gov.br/desenvolvimento-rural/bolsa-verde>>.
- 23 O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA estabelece sob sua jurisdição projetos de reforma agrária criados e reconhecidos pelo Programa Nacional de Reforma Agrária – PNRA (Norma de Execução DT nº 69/2008), sendo dois grupos: I - criados pelo Incra por meio de obtenção de terras, na forma tradicional, denominados Projetos de Assentamentos (PA), e ambientalmente diferenciados, denominados Projeto de Assentamento Agroextrativista (PAE), Projeto de Desenvolvimento Sustentável (PDS) e Projeto de Assentamento Florestal (PAF) e II – reconhecidos pelo Incra, criados pelas instituições governamentais para acesso às políticas públicas do PNRA. (grifo nosso) <<http://www.incra.gov.br/index.php/reforma-agraria-2/projetos-e-programas-do-incra/relacao-de-projetos-de-reforma-agraria>>.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Dimensões linguísticas da desigualdade no Brasil: os diversos nomes legais de um mesmo fenômeno

Language dimensions of inequality in Brazil: the various legal names of the same phenomenon

Jefferson Carús Guedes

Dimensões linguísticas da desigualdade no Brasil: os diversos nomes legais de um mesmo fenômeno*

Language dimensions of inequality in Brazil: the various legal names of the same phenomenon

Jefferson Carús Guedes**

RESUMO

O presente artigo, que integra estudo maior sobre a desigualdade, se propõe a apresentar e discutir a diversidade de *nomes* que se atribui ao fenômeno da desigualdade social no âmbito das leis brasileiras, com reflexos na doutrina e na jurisprudência.

Palavras-chave: Desigualdade. Igualdade. Dimensões linguísticas. Dimensões semânticas. Polissemia legislativa.

ABSTRACT

This paper, is part of a larger study on inequality whom aims to present and discuss the diversity of names attributed to the phenomenon of social inequality under Brazilian law, reflected in doctrine and jurisprudence.

Keywords: Inequality. Equality. Linguistic dimensions. Semantic dimensions. Legislative polysemy.

1. INTRODUÇÃO

Desigualdade e igualdade são temas inseparáveis do debate sobre o direito e sobre a aplicação das leis. Para que se completem as funções do direito, contudo, faz-se imprescindível a interpretação dos textos legais, perpassando sua compreensão discursiva e, especialmente, linguística.

No que toca à desigualdade, por não haver na legislação uma mínima uniformidade linguística que identifique, classifique ou unifique as diferentes denominações atribuídas aos fenômenos fáticos apreendidos pelo direito, deve-se ao menos reuni-los para exame posterior.

Essa é a finalidade inicial deste trabalho, neste momento: arrolar a diversidade de denominações atribuídas à desigualdade. Pode-se argumentar que há relação de causa e efeito, sendo a desigualdade o resultado de diversos fenômenos sociais e culturais, mas não é isso que se observa da leitura das fontes de direito.

* Recebido em 17/06/2014
Aprovado em 22/09/2014

** Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Doutor em Direito das Relações Sociais (Processo Civil), com tese sobre a Igualdade e Desigualdade no Processo Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP (2008), Mestre no mesmo Programa de Direito (2001) com dissertação sobre o Princípio da Oralidade. Possui Especialização em Processo Civil pela PUC-RS (1996) e graduação em Direito pela Universidade da Região da Campanha/URCAMP - Bagé-RS (1993). E-mail: jefferson.guedes@uniceub.br

2. CONCEITO DE DESIGUALDADE

Desigualdade é diferenciação entre termos comparados. Ela pode ser fática e jurídica. Pode ser fática, mas desconsiderada pela lei e pelo direito, deixando de ser jurídica, portanto.¹ Diz-se jurídica a desigualdade que recebe atenção ou consideração do direito, que é identificada pela norma jurídica ou que é observada e merece correção.

A desigualdade pode expressar-se pelo *déficit* ou pelo *superávit* no termo de comparação, ainda que em outro elemento, possa ter equivalência. A ideologia do déficit predomina, com o objetivo de protegerem-se aqueles que estão posicionados em condição inferior, segundo o critério ou termo levado em conta.

Se for adotada a exigência de NORBERTO BOBBIO e de outros, de que a igualdade precisa ser qualificada, para saber-se em que elementos deve-se aferir tal igualdade também a desigualdade precisaria ser qualificada, para saber-se em que elemento existe a desigualdade. Igualdade e desigualdade neste ponto são fórmulas vazias, que são preenchidas pelo termo de comparação, pelo critério, pelo objeto comparado. O preenchimento se dá quando se atribui o termo de comparação: força, riqueza, altura, tamanho, distância, idade, vigor, dureza, beleza, conhecimento etc.

Embora se considere desde há muito que a justiça é igualdade,² a assimetria pode ser justificada ou justa, nas situações em que, do ponto de vista fático, a diferença entre os termos comparados não atrai a atenção da lei e não merece correção ou compensação. Um exemplo é o das pessoas que possuem o direito ao BPC da Lei Orgânica da Assistência Social,³ que possui como linha de corte a renda *per capita* familiar de $\frac{1}{4}$ (um quarto) de salário mínimo por membro da família, excluindo do benefício todos aqueles que possuam renda superior, ainda que se situem em condição muito semelhante. Os que possuem renda superior a $\frac{1}{4}$, tal como $\frac{1}{3}$ ou $\frac{1}{2}$ por membro da família encontram-se também em situação de pobreza ou vulnerabilidade, mas pelo critério de justiça desta norma, não são merecedores da respectiva compensação.

2.1. Desigualdade e igualdade como conceitos relacionais

A igualdade e desigualdade são, reconhecidamente, os equivalentes ao resultado da relação entre *termos* (pessoas, coisas, fatos, situações etc.) e relativamente às suas *características* (notas, elementos, pontos, substância etc.); igualdade e desigualdade resultam da relação de comparação entre os *termos* e quanto às *características*, somente sendo possível a sua existência e sua aferição quando estabelecida por comparação entre os dois ou mais termos (conceito de relação).

Desse modo, são conceitos relacionais ou uma relação fruto de comparação.⁴ Essa é uma posição tradicional e essencial para a identificação da igualdade desde a antiguidade,⁵ reconhecida pela maioria dos

1 GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson, 2009. p. 165, neste caso, abstraem-se as diferenciações, por desconsideração de *desigualdades irrelevantes*.

2 Na *Política* Aristóteles alega que: “[...] justiça é igualdade – e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si.” ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 92.

3 O Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto na Lei n. 8.742/1993, art. 20, que prevê o pagamento de um salário mínimo mensal **destinado à pessoa idosa com mais de 65 anos**, que não recebe nenhum benefício previdenciário, ou de outro regime de previdência e com renda mensal familiar per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo ou à **pessoa com deficiência**, incapacitada para a vida independente e para o trabalho **com** renda mensal do grupo familiar per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

4 WALZER. Michel. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: M. Fontes, 2003, p. 21, onde afirma que “a igualdade é uma relação complexa de pessoas, mediadas por bens que criamos, compartilhamos e dividimos entre nós”.

5 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Bauru: Edipro, 2002. p. 135 e 138. Ao referir-se à justiça, como virtude, destaca: “o fato de implicar a relação com alguém mais, dá conta do parecer de que a justiça exclusivamente entre as virtudes é ‘o bem alheio’ porque ela concretiza o que constitui a vantagem do outro, seja este alguém que detém autoridade, seja um parceiro.” Do mesmo modo, no início do item, ao referir-se aos corpos que estão em boa ou má condição.

autores clássicos⁶ e também pelos autores estrangeiros contemporâneos,⁷ autores brasileiros tradicionais⁸ e autores brasileiros contemporâneos.⁹

Nota-se no fenômeno social *desigualdade* a mesma relação entre termos comparados.

3. DIMENSÕES SEMÂNTICAS DA DESIGUALDADE: OS NOMES DA ‘COISA’ SEM A TITULARIDADE DO DIREITO

A semântica da desigualdade ou os significados que se atribuem à desigualdade têm variado conforme o momento histórico, adquirindo nos últimos tempos valorações não imaginadas que consideram, como anteriormente dito, mais que a pobreza ou riqueza, mas também a exclusão ou a inclusão em grupos, a origem ou a presença em certas regiões geográficas, o acesso ou não a direitos, a oferta ou não de oportunidades, a fragilidade em relação a certos elementos físicos e intelectuais individuais, aspectos culturais ou sociais, a vulnerabilidade, deficiência ou desvantagem, a discriminação, desequiparação e a diferença relacionada a fatores adquiridos ou inatos.

A delimitação conceitual da desigualdade não é possível a partir das denominações encontradas na lei, dada a polissemia e a imprecisão do uso de expressões equivalentes como diferentes, que pode ser vista na comparação entre tais termos, seguindo um breve exame de cada uma dessas denominações.

Como trabalho descritivo, não há neste texto a pretensão do exame das razões dessa multiplicidade de nomes, que pode ser social, ideológica, política, econômica ou ter ainda outras razões, encargo que compete preponderantemente a outras áreas de pesquisa. No plano da *Linguagem do Direito*, há estudos que refletem essas possíveis razões, que justificam outros estudos.¹⁰

6 AQUINO, Santo Tomás de. *Tratado da justiça*. (Summa Theologica) Porto: Rés, (?). Ano. p. 10-11, para quem “a igualdade existe entre objeto e objeto”; (*Suma Teológica*), II^a, da II^a Parte, Questão n. 57, também citado por: LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2005. p. 205.

7 Kelsen, Hans. *O problema da justiça*, 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 57; BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 2000. p. 54; LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 134; HELLER, Ágnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1994. p. 30-31; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedida, 2003. p. 1295; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 387; RUIZ MIGUEL, Alfonso. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Doxa, 1996. p. 44; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Contenido y función del término de comparación del principio de igualdad*. Navarra: Thompson Aranzadi, 2005. p. 33-40; PÉREZ PORTILLA, Karla. *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. Ciudad de México: UNAM, 2005. p. 6; CELOTTO, Alfonso. *Le declinazioni dell'eguaglianza*, Avvertenza. Napoli: Scientifica, 2011. p. 7.

8 PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade e igualdade (os três caminhos)*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 445, onde destaca que “os princípios de igualdade, na vida social, assumem a existência de propriedade ou qualidade, e põem entre os homens o predicado binário”.

9 MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, item n. 1.2.3.4, p. 49; SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia da justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 224; ROCHA, Jose Albuquerque. *O Estado em juízo e o princípio da isonomia, Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p.155; LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2005. p. 205-206; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101; MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. *Igualdade no Direito Processual Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 21; ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38-39 e item n. 2.2.1, p. 40; RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 24-25; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1; VELLOSO, Andrei Pitten. *O princípio da isonomia tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 214 e nota n. 383; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade*. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Coimbra-São Paulo: Coimbra-Revista dos Tribunais, 2009. p. 350;

10 Para citar alguns já considerados clássicos: GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas* jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguage*, 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990. WARAT, Luis Alberto. *El lenguaje del derecho*. Buenos Aires: CDCS, 1976. OLIVECRONA, Karl. *Lenguage Jurídico y realidad*. 5. ed. Ciudad del México: Fontamara, 1999.

Tampouco se fala, aqui, das pessoas que são os titulares desses direitos – tal ideia resta implícita, uma vez que direitos se destinam a sujeitos.

3.1. Pobreza como desigualdade

A pobreza é conceito relacionado aos níveis e profundidade da carência de cunho econômico, embora utilizado igualmente por economistas, sociólogos e antropólogos.¹¹ A pobreza é vista pela Constituição como um mal a ser erradicado (art. 3º, inc. III), estando associada, no mesmo dispositivo, às desigualdades sociais. Esse reconhecimento, consagrado no texto constitucional, é recorrente na história e em outros pontos da mesma norma tem proteções compensatórias pela gratuidade de acesso a serviços públicos (art. 5º, inc. LXXVI); o combate à pobreza (art. 23, inc. X), entre outras. Pobreza é vista como privação ou insuficiência de capacidades, sendo medida em termos relacionais em cada sociedade,¹² de modo que os pobres de uma comunidade não são, necessariamente, os pobres de outra. Uma técnica econômica de medição de pobreza é dada pelas teorias econômicas que estabelecem como pobre aquele que possui renda inferior a determinado valor que demarca uma ‘linha’. Essa medida objetiva da pobreza não expressa a complexidade das dificuldades de acesso a direitos às pessoas, conforme crítica no Brasil, na América do Sul¹³ ou mesmo em sociedades consideradas ricas e desenvolvidas como a europeia.¹⁴

Uma das leis que tratam da pobreza é a Lei n. 8.742/1990, que organiza a Assistência Social e estabelece outras providências, refere-se claramente à pobreza e às formas de seu enfrentamento por meio das políticas públicas.¹⁵ Mas há outras, como as Leis sobre os Planos Plurianuais ou as Orçamentárias Anuais.

A jurisprudência relacionada à pobreza identifica-se mais estritamente às normas constitucionais do art. 3º, que estabelecem os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ou aos Fundos de Erradicação da Pobreza. A identificação da pobreza como desigualdade pode ser notada em outras decisões, especialmente sobre direitos sociais como o direito à saúde.¹⁶

3.2. Miserabilidade como desigualdade

A Constituição não se refere à miséria ou miserabilidade, mas à pobreza, como dito acima. A Lei 9.077/1995, que autorizava a utilização de estoques públicos de alimentos no combate à fome e à miséria, a ela se refere, inicialmente em programas estatais de enfrentamento da pobreza que recebem sucessivas denominações, tais como *Comunidade Solidária* (anos 1990), *Fome Zero* (anos 2000) e *Brasil sem Miséria* (anos 2010).

11 LISTER, Ruth. *Poverty*. Cambridge: Policy Press, 2005. p. 12-16, observa a dificuldade de definição de pobreza e as variadas formas de abordá-la, que pode ser mais ou menos ampla e estar baseada em renda ou nível de vida, mas também em incapacidades.

12 SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*, Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 170. Para o autor a pobreza “pode levar uma recomendação de alguma política também, mas essa é uma característica derivada, e o exercício primordial consiste em decidir quem está verdadeiramente privado conforme isso é julgado na sociedade em questão.”

13 CATTANI, Antonio David; MOTA DÍAZ, Laura. *Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analítica*. In: SABA, Roberto (org). *Derecho y pobreza*. Porto Alegre; UFRGS, 2005. Obras voltadas ao estudo de várias situações locais de pobreza e inaccessibilidade a direitos.

14 ROSSI, Emanuele; MASALI, Pietro. Lotta allá povertà: politiche publice per la tutela dei diritti della persona. *Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*. Bologna: Mulino, 2008. p. 27-32. LISTER, Ruth. *Poverty*. Cambridge: Policy Press, 2005. p. 12-14.

15 “Art. 25. Os projetos de enfrentamento da pobreza compreendem a instituição de investimento econômico-social nos grupos populares, buscando subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que lhes garantam meios, capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições gerais de subsistência, elevação do padrão da qualidade de vida, a preservação do meio-ambiente e sua organização social. Art. 26. O incentivo a projetos de enfrentamento da pobreza assentar-se-á em mecanismos de articulação e de participação de diferentes áreas governamentais e em sistema de cooperação entre organismos governamentais, não governamentais e da sociedade civil.”

16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1.ª Turma. REsp 430.526, rel. min. Luiz Fux, j. 1/10/2002, DJU, 28/10/2002; STJ. 2.ª Turma. REsp. 830.904, rel. min. Antônio Herman Benjamin, j. 18/12/2008, DJe, 11/11/2009.

Discussão sobre a possibilidade ou não de aferição objetiva da miserabilidade é objeto do debate em Recurso Extraordinário n. 567.985, julgamento ainda não concluído, no qual o Ministro Marco Aurélio argumenta que: “Soa inequívoco que deixar desamparado um ser humano desprovido inclusive dos meios físicos para garantir o próprio sustento, considerada a situação de idade avançada ou deficiência, representa expressa desconsideração do mencionado valor [da dignidade humana].” O debate jurídico se dá em torno da regra que estabelece critérios objetivos de afixação do direito ao Benefício da Prestação Continuada (BPC), previsto no inc. IV do art. 203 da Constituição de 1988,¹⁷ com caráter assistencial, destinado somente à pessoa que atenda aos requisitos da Lei n. 8.742/1990.¹⁸ A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais, a exemplo do TRF3¹⁹ e o Superior Tribunal de Justiça²⁰ têm estabelecido interpretações subjetivas que revisam a disposição da lei, para interpretá-la de modo mais aberto.

3.3. Exclusão como desigualdade

A exclusão é o isolamento, a segregação, a não participação, o não pertencimento ou integração a grupo, espaço ou condição. A exclusão pode ser associada a diversos fatores e à pobreza e pode ser um elemento complementar do outro,²¹ caracterizando-se, nesse caso, como uma desigualdade multidimensional. Como outros conceitos associados à desigualdade, a exclusão é conceito polissêmico,²² podendo ser associado à própria extinção do indivíduo quando exacerbada.

A Lei n. 12.288/2010, que “institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”, no art. 53, define que o “Estado

17 Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

18 “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) § 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). § 2º Para efeito de concessão desse benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011). § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.”

19 TRF-4.^a Reg. - ApCiv 5001506-50.2010.404.7202, rel. Rogerio Favreto, j. 13/3/2012. “Ao se calcular a renda familiar da im-petrante, não se pode considerar no cálculo qualquer benefício assistencial ou benefício previdenciário de renda mínima que seja percebido por idoso integrante do grupo familiar.” O relator, em seu voto, assim fundamenta: Como se percebe, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que é possível a aferição da miserabilidade do portador de deficiência por outros meios, ainda que não observado estritamente o critério da renda familiar per capita previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. E não há, quanto a esse entendimento, qualquer violação a dispositivos constitucionais (notadamente dos arts. 2º, 44, *caput*, 48, *caput*, e 59, III, e 97), uma vez que ele decorre apenas da interpretação da lei, legitimamente elaborada pelo Poder Legislativo, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), tido como fundamento da República, dos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade justa e solidária, e de erradicação da pobreza e marginalização (art. 3º, I e III, CF), bem como dos objetivos da assistência social enumerados no art. 203, *caput* e incisos, da CF.

20 O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso especial representativo de controvérsia acerca do benefício assistencial de prestação continuada, relativizou o § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93. “A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo” REsp n. 1.112.557/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, j. 28.10.2009, DJ 20.11.2009.

21 MARTINETTI, Enrica Chiappero. Dalla povertà all'esclusione sociale, *Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*. Bologna: Mulino, 2008. p. 63-79.

22 BIALAKOWSKY, Alberto L. et al. Processos sociais de exclusão-extinção: compreender e co-produzir conhecimento e práticas nas dinâmicas institucionais em núcleos urbanos segregados. *Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analítica*. Porto Alegre: UFRGS, 2005. p. 91-104.

adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra” e no par. único que: o “Estado implementará ações de ressocialização e proteção da juventude negra em conflito com a lei e exposta a experiências de exclusão social.” É clara a associação entre desigualdade, causada pelo conflito com a lei e a exclusão.

Na legislação pode ser destacada como exemplo a Lei Complementar n. 80/1994 (redação dada pela Lei Complementar. 132/2009), que organiza a Defensoria-Geral da União, e estabelece no art. 107, que “a Defensoria Pública do Estado poderá atuar por intermédio de núcleos ou núcleos especializados, dando-se prioridade, de todo modo, às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional.”

Também a doutrina identifica exclusão com desigualdade.²³

A exclusão do acesso a um direito ao reconhecimento de uma relação jurídica também pode ser considerado desigualmente injusto, como viu o STF ao julgar a ADIn 4.277, relatada pelo ministro Carlos Ayres Britto, estabelecendo que:

“[...] a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia. Para tanto, recorde-se, novamente, o magistério de Robert Alexy para quem, inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico. Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu preâmbulo ([...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...])” e também no inciso IV do art. 3º (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”) e, ainda, no art. 5º, caput (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]”).”²⁴

3.4. Vulnerabilidade como desigualdade

O conceito de vulnerabilidade está associado à dificuldade para controlar as forças que moldam o destino pessoal ou para se defender dos efeitos negativos que as mesmas forças produzem sobre o bem-estar; resulta do desencontro ou assíncronas entre os desejos de acesso às oportunidades oferecidas pelo Estado, mercado, sociedade e o sucesso no aproveitamento dessas oportunidades.²⁵

Na legislação brasileira há inúmeras hipóteses, podendo ser destacada como exemplo a Lei Complementar n. 80/1994 (redação dada pela Lei Complementar. 132/2009), que organiza a Defensoria-Geral da União, e estabelece no art. 4º, inc. XI que é dever institucional “exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros *grupos sociais vulneráveis* que mereçam proteção especial do Estado”. Outra hipótese de reconhecimento e diferenciação de pessoas vulneráveis foi introduzida Código Penal (Decreto-lei n. 2.848/1940), que ao tratar dos crimes sexuais contra vulnerável, no art. 225, dentre outras alterações protetivas, define a ação penal como pública incondicionada, quando a “vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.”²⁶

23 LISTER, Ruth. Poverty. Cambridge: Policy Press, 2005. p. 74.

24 BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADIn n. 4.277. rel. Carlos Ayres Britto, j. 5/5/2011. Essa decisão resgata parte da crítica historicamente feita pela doutrina de inexistência de liberdade de orientação sexual e igual tratamento: RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revistados Tribunais, 2002. p. 95-99; GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família Contemporâneo* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 308-310; DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 2. p. 58-59. jul./dez. 2003.

25 RUIZ TAGLE-VIAL, Pablo. *Pobreza y creación de derechos fundamentales, Derecho y pobreza*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 73.

26 A Lei n. 12.015/2009, renomeou no Código Penal o Título que tratava dos “Crimes de sedução e corrupção de menores”, para

Na doutrina a identificação de grupos ou sujeitos vulneráveis pode surgir em geral de dois contextos, o primeiro como expressão do princípio geral de igualdade e a legitimidade das diferenciações de tratamento sob um critério uniforme e, o segundo, como designação a ‘categorias vulneráveis’, merecedoras de um regime de proteção específica.²⁷

3.5. Desvantagem como desigualdade

A desvantagem de indivíduos ou de grupos é também uma das denominações correntes nas línguas latinas ou germânicas, para representar desigualdades. Desvantagens são inferioridades, desequilíbrios ou ausência de vantagens.

A Lei n. 9.867/1999, que prevê a criação de cooperativas sociais, “constituídas com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho”, no art. 3º, auxilia a identificação da desvantagem social ao listar os possíveis integrantes das cooperativas, assim consideradas como pessoas em desvantagem “os deficientes físicos e sensoriais, os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, e os egressos de hospitais psiquiátricos, os dependentes químicos, os egressos de prisões, os condenados a penas alternativas à detenção, os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo”.

No mesmo dispositivo legal, o § 3º, estabelece que “a condição de pessoa em desvantagem deve ser atestada por documentação proveniente de órgãos da administração pública, ressaltando-se o direito à privacidade.”

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, considera no art. 51, abusivas as cláusulas contratuais que “coloquem em desvantagem exagerada” o consumidor, classificando-as como incompatíveis com a equidade e com a boa-fé. A *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, no seu preâmbulo estabelece a necessidade de corrigir as *desvantagens sociais* das pessoas com deficiência, para a busca da igualdade de oportunidades.²⁸

Nos textos da Filosofia Moral, é possível encontrar a referência às desvantagens e seu paralelismo a desigualdades sociais ou políticas.²⁹ Na Doutrina jurídica, também se identifica a referência a desvantagens sociais, quando se trata principalmente de Direito Penal, Direito do Consumidor, Direito Assistencial Social e, em geral, de direitos sociais.³⁰

denominar “Dos crimes sexuais contra vulnerável”, redefinindo as condições da ação, aumentando penas ou causas seu de aumento.
27 LOCHAK, Danièle. *Le Droit et les paradoxes de l'universalité*. Paris: PUF, 2010. p. 76; GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson, 2009. p. 281. No Brasil, especialmente no Direito Civil, ver: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125-212; PENTEADO, Luciano Camargo. Família, criança e sujeito de direitos vulneráveis: breves notas à luz do pensamento tomista. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 51, jul./set 2012. Que associa a vulnerabilidade ao segundo contexto.

28 “Preâmbulo. [...] y) Convencidos de que uma convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos.”

29 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 31-33; TAYLOR, Charles. *A política de reconhecimento, Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 60-63; GARGARELLA, Roberto. Introducción, *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: YLS-UP- Gedisa, 1999. p. 11-30; FISS, Owen. *Grupos y cláusula de igual protección*. Derecho y grupos desaventajados. Barcelona: YLS-UP- Gedisa, 1999. p. 137-167; FALCÓN Y TELLA, María José. *Equidad, derecho y justicia*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 2005. p. 268.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 199, set. 2011.

3.6. Deficiência ou déficit como desigualdade

Deficiência ou déficit é a redução comparativa de um poder ou capacidade. É a perda ou anormalidade de uma função ou estrutura anatômica, física ou psíquica capaz de gerar a incapacidade para o desempenho de certas atividades em padrões médios.³¹ Para a *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência*, art. 1, deficiência “significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”.

A Constituição Federal, em diversos dispositivos, dispensa atenção especial para a deficiência: a) art. 7º, inc. XXXI, estabelece a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;” b) art. 23, inc. II define como comum a competência dos entes federativos para “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”; c) art. 24 define como competência comum da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”; art. 37, inc. VIII, define sobre o dever de obediência da administração pública de reservar em lei “percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência”.

No plano normativo infraconstitucional há diversos atos se referindo à deficiência, como a Lei n. 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social,³² o Decreto n. 4.228/2002,³³ entre outros tantos que tratam de acessibilidade, educação, trabalho, equipamentos urbanos, transporte, benefícios sociais, execução penal etc.

Na doutrina brasileira e hispano-americana, a deficiência, sua associação com a igualdade e desigualdade e sua proteção, são largamente tratadas há mais de duas décadas.³⁴

31 Sobre igualdade e pessoas deficientes ou com transtornos há uma nascente mas extensa bibliografia: MUSSE, Luciana Barbosa, *Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 73-118.

32 Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. [...] § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. [...] § 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. § 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. [...] § 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo. [...] Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada dois anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem. [...] § 3º O desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência. § 4º A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento. Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. § 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21.

33 Decreto n. 4.228, de 13 de maio de 2002, que cria o Programa Nacional de Ações Afirmativas, institui o Comitê de Avaliação e Acompanhamento do Programa Nacional de Ações Afirmativas, que possui entre seus objetivos, art. 3º: “VI - promover a sensibilização dos servidores públicos para a necessidade de proteger os direitos humanos e eliminar as desigualdades de gênero, raça e as que se vinculam às pessoas portadoras de deficiência;” e “VII - articular ações e parcerias com empreendedores sociais e representantes dos movimentos de afrodescendentes, de mulheres e de pessoas portadoras de deficiência.”

34 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. CAS-TILLO FERNANDEZ, Dídimo. *Integração social das pessoas com alguma deficiência: da ideologia do déficit ao paradigma da diferença*. Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analíticas. Porto Alegre: UFRGS, 2005. p. 189-206; RINALDI, Walter. *Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*. Bologna: Mulino, 2008. p. 11-26.

A jurisprudência do STF também tem reconhecido e associado a deficiência à desigualdade que pode merecer tratamento por ações afirmativas:

[...] Concurso público. Candidato portador de deficiência visual. Ambliopia. Reserva de vaga. Inc. VIII do art. 37 da CF. § 2.º do art. 5.º da Lei 8.112/90. Lei 7.853/89. Decretos 3.298/99 e 5.296/2004. 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o ‘melhor’. 2. A visão univalente – comprometedoras das noções de profundidade e distância – implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido.³⁵

3.7. Desequilíbrio como desigualdade

Desequilíbrio é desproporção, desacordo ou desarranjo que impede a participação social ou comunitária em igualdade de condições, sendo, por isso, associada à desigualdade.

A Constituição Federal no art. 146-A (acrescentado pela EC n. 42/2003) prevê que “Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.”

Na doutrina e na jurisprudência, a expressão é largamente utilizada para apontar principalmente o desacordo em equações econômico-financeiras decorrente de contratos administrativos.³⁶

3.8. Assimetria como desigualdade

Assimetria é a diferença entre medidas, quantidades ou outro fator objetivo mensurável, desproporção entre partes de um objeto de comparação ou entre dois objetos.

A Lei n. 12.288/2010 “institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” e considera “desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais” (art. 1º, par. único, inc. II).

Na doutrina é escassa a referência direta ao termo assimetria, como desigualdade, embora se possam identificar trabalhos nesse sentido relacionados aos direitos Humanos.³⁷

A jurisprudência faz a mesma associação entre tais termos, às vezes trazendo indistintamente, também, a expressão discriminação ou outras.³⁸

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ROMS 26.071-1, 1.ª Turma, rel. min. Carlos Ayres Britto, j. 13/11/2007, v.u., DJe 1/2/2008.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 2.649-6, rel. min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, j. 8/5/2008; STF Sessão Plenária. MC na ADIn 4.451, rel. Carlos Ayres Britto, j. 2/9/2010, sobre a censura prévia na atividade jornalísticas no período eleitoral; TSE - AgRg 12.103(38827-62.2009.6.00.0000), rel. min. Dias Toffoli, j. 3/5/2011, sobre o abuso do poder econômico nas eleições.

37 SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: as tensões do mundo ocidental. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 435; REICHER, Stella C. *SUR - Diversidade humana e assimetrias: uma releitura do contrato social sob a ótica das capacidades*. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 173-185, jun. 2011.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 2.591-1, rel. min. Carlos Mario da Silva Velloso, j. 7/6/2006, sobre a sujeição das instituições financeiras às regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. STF. Tribunal Pleno. RE 453.740-1, rel. min. Gilmar Mendes, j. 28/2/2007, sobre limites nas taxas de juros pagas pela Administração em passivos com servidores; STF Sessão Plenária. MC na ADIn 4.451, rel. Carlos Ayres Britto, j. 2/9/2010, sobre a censura prévia nas atividades jornalísticas no período eleitoral.

3.9. Desproporcionalidade como desigualdade

Assim como a igualdade está associada à proporcionalidade,³⁹ a desproporcionalidade necessariamente se associa à desigualdade.

A legislação não faz essa associação, sendo mais evidente na doutrina e na jurisprudência.

Na jurisprudência os mesmos julgados antes referidos usam indistintamente as expressões desigualdade e desproporcionalidade.⁴⁰

3.10. Inequitatividade como desigualdade

“Equitativo” tem origem em *aequitas* e está associado à equidade e ao que é équo, ao passo que iniquidade ou iníquo é seu antônimo, equivalente ao que é inequitativo, desigual ou desproporcional.

Na legislação brasileira, não são correntes as expressões “inequitativo” ou “inequitatividade”, mas sua versão positiva é pródiga: “*equitativa*”, “*equitativo*”⁴¹ e mesmo a expressão “equidade” são fartamente encontradas em nossos textos legais.

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA define a equidade atual como “a qualidade ou propriedade que toda norma de Direito pode ter quando realiza as exigências da justiça em sua aplicação às relações concretas”,⁴² podendo-se concluir que inequitativa é a norma que não realiza as exigências de justiça. Nesse sentido, *equitativa* é a relação justa e inequitativa a injusta ou desigual, autorizando a associação entre desigualdade e inequitatividade.

Quanto à jurisprudência, pode-se dizer o mesmo que foi dito da Doutrina, sendo abundantes as referências à equitatividade e escassas quanto à inequitatividade.

3.11. Discriminação como desigualdade

A Constituição dispõe que a lei punirá a discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inc. XLI). Como dito anteriormente, associa-se o termo *discriminação* a uma diferenciação subjetiva, não razoável e desproporcional e, portanto, uma diferenciação não justificada.⁴³ Associa-se, também, a desigualdade à discriminação,⁴⁴ à pobreza,⁴⁵ ao tratamento diferenciado.⁴⁶

A jurisprudência associa os dois termos em várias situações, notadamente em decisões de matéria constitucional no Supremo tribunal Federal.⁴⁷

39 FALCÓN Y TELLA, María José. *Equidad, derecho y justicia*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 2005. p. 267-270.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 597.285-2. rel. min. Enrique Ricardo Lewandowski, j. 27/8/2009, sobre cotas raciais e reserva de vagas em universidades;

41 CÓDIGO Civil. Lei n. 10.406/2002, art. 928. . CÓDIGO Civil. Lei n. 9.795/1999, art. 17. CÓDIGO Civil. Lei n. 8.935/1994, art. 13, inc. I. CÓDIGO Civil. Lei n. 8.113/1991, art. 4º, inc. I; CÓDIGO Civil. Lei n. 12.187/2009, art. 3º, inc. III.

42 FALCÓN Y TELLA, María José. *Equidad, derecho y justicia*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 2005. p. 131.

43 ASÍS, Rafael de; AIELLO, Ana Laura; BARRIFI, Francisco; CAMPOY, Ignacio; PALACIOS, Augustina. *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*. Introducción, *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*. Madrid: Dykinson, 2007. p. 40.

44 TAYLOR, Charles. *A política de reconhecimento, Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 60.

45 MAURINO, Gustavo. Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes, *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007. p. 337-340.

46 RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revistados Tribunais, 2002. p. 94-95;

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 4.277. rel. Carlos Ayres Britto, j. 5/5/2011, sobre uniões homoafetivas; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 597.285-2. rel. min. Enrique Ricardo Lewandowski, j. 27/8/2009, sobre cotas raciais e reserva de vagas em universidades; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 453.740-1, rel. min. Gilmar Mendes, j. 28/2/2007,

A discriminação tem o sentido de violação de direito com base em critério racial.⁴⁸ Denomina-se discriminação inversa ou discriminação positiva a política de ações afirmativas, vista como técnica compensatória como forma de exercício pleno da cidadania.⁴⁹

3.12. Desequiparação como desigualdade

A desequiparação está mais relacionada ao tratamento diferenciado e seu uso é mais comum na Doutrina e Jurisprudência, enquanto técnica legítima ou não de distinguir situações.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é dos autores que mais largamente usa a expressão, como equivalente a tratamento desigual ou diferenciado.⁵⁰ Na Jurisprudência o termo também tem sido utilizado ora para identificar medidas tributárias específicas para certos setores agrícolas ou industriais,⁵¹ ou no reconhecimento de um direito de preferência constitucional ao credor portador de doença grave.⁵²

3.13. Desfavorecimento como desigualdade

A Constituição, aos distribuir as competências federativas comuns (art. 23, inc. X), afirma que “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”, é dever de todos os entes da Federação. O desfavorecimento é também apontado como uma das formas de desigualdade, merecendo correção em alguns casos pela política de “discriminação positiva”, que oferece “vantagens competitivas” para grupos assim considerados.⁵³

sobre limites nas taxas de juros pagas pela Administração em passivos com servidores; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn 2.649-6*. rel. min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, j. 8/5/2008, sobre passe livre em transporte a portadores de deficiência.

48 SILVA JÚNIOR, Hédio. *Direito de igualdade racial*: aspectos constitucionais, civis e penais. São Paulo: J. Oliveira, 2002. p. 25-26.

49 A cidadania implicaria o direito a satisfação de necessidades básicas, mediante prestações ou regulamentações compensatórias do Estado. Ver NEVES, Marcelo. *Estado Democrático de Direito e discriminação positiva*. Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 2000. p. 254; NEVES, Marcelo. *Estado Democrático de Direito e discriminação positiva*. Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 2000. p. 28.

50 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.

51 “A ‘ratio’ subjacente ao tratamento normativo estipulado pela Lei nº 8.393/91 (art. 2º), a partir dos próprios reflexos que projeta na área econômico-fiscal, evidencia que a delimitação de ordem espacial condicionante do acesso do contribuinte ao benefício legal da isenção tributária, em matéria de IPI sobre o açúcar de cana, foi estabelecida com o fim precípuo de viabilizar a plena realização de objetivo estatal nitidamente qualificado pela nota da extrafiscalidade. É que a mencionada isenção, tal como prevista no art. 2º da Lei nº 8.393/91, objetiva políticas governamentais, cuja execução lhe incumbe conferir efetividade ao art. 3º, incisos II e III, da Constituição da República, eis que, nesse sentido, a função extrafiscal do tributo atua como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais. Na realidade, a *desequiparação* operada pela norma legal em causa encontra o seu fundamento racional na necessidade de o Estado [...] efetivar nos estritos limites de sua competência constitucional.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg 360.461-7*, rel. José Celso de Mello Filho, j. 6/12/2005). Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS n. 15627, Relator Min. Evandro Lins, j. 23/11/1966 e STF. Tribunal Pleno. RMS n. 14244/PR. Relator Min. Victor Nunes, j. 13/05/1965.

52 “[...] o princípio da igualdade, dirigido tanto ao legislador, quanto ao operador do direito, foi consagrado no “caput” do artigo 5º da atual Constituição da República e constitui, “especialmente em países pobres e com grossas esferas de desigualdade sócio-econômica, a pedra de toque do sistema jurídico para a construção ou a reconstrução de uma sociedade justa” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Lè, 1990, p. 40. Consoante a insigne professora, tal princípio “cumpre, pois, uma função social determinante para o Poder Público de transformar, pelo seu vigor impositivo, as condições sociais de modo a torná-las niveladas no plano sócio-econômico para a plena eficácia da norma principiológica” (ob. cit., p. 44), tornando defesas *desequiparações* que subtraíam de alguns direitos assegurados a outros. A isonomia obriga o Poder Público, outrossim, “no exercício de qualquer de suas atividades, a romper diferenças sócio-econômicas e políticas que distingam os homens em sua essência, em seu berço humano e em seu destino digno, fazendo-o, necessária e impreterivelmente, em sua atuação concreta e diuturna”. (BRASIL. Tribunal Superior Trabalho. *RO 17225-51*.2010.5.04.0000, rel. Rosa Maria Weber, j. 3/10/2011).

53 TAYLOR, Charles. *A política de reconhecimento, Multiculturalismo*: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 60.

3.14. Marginalização como desigualdade

Marginalização e marginalidade são expressões polissêmicas, embora predominantemente associadas à pobreza, mas que se refletem sobre inserção social, cultural e econômica, caracterizando-se como uma fuga do *ideal tipo*, demarcado pelo pertencimento a certo grupo social, certa cultura ou certo estamento econômico. A Constituição de 1988, art. 3º, inc. III, inclui a marginalização como um mal que precisa ser erradicado, ao lado da pobreza e das desigualdades sociais e regionais. Essa associação vem sendo feita pela doutrina ao lado da pergunta sobre a existência de um verdadeiro Estado democrático de direito numa sociedade desigual e tolerante à pobreza e à marginalidade.⁵⁴ Desse modo, tanto lei como doutrina associam marginalização à desigualdade e pobreza.

3.15. Diferença como desigualdade

A diferença é vista hoje como uma projeção da própria identidade, como um direito, merecendo o tratamento também diferenciado e respeitoso originado do reconhecimento de valores que devem ser identificados, mantidos e protegidos por toda a sociedade (item n. 8.6 deste trabalho). A Constituição faz referência à diferença não exatamente quanto à desigualdade entre pessoas, mas entre situações, tributos, remuneração etc.⁵⁵ De modo geral, a discriminação é condenada, pois: “a suposta sociedade justa e ignorante das diferenças é, não só inumana (porque subjuga identidades), mas também ela própria extremamente discriminatória, de uma maneira sutil e inconsciente.”⁵⁶ Em geral a diferença, enquanto desigualdade, considera-se como uma característica que deve ser protegida pela lei, se reconhecida como tal, sendo, nesse sentido, uma desigualdade que merece ser conservada, por integrar o patrimônio individual de certo sujeito social ou de um grupo integrante da sociedade.

A fórmula da diferenciação e do respeito à diferença encontra na Doutrina brasileira, a partir das posições de autores como MARCELO CAMPOS GALUPPO, ÁLVARO SOUZA CRUZ e JOAQUIM BARBOSA, a sua justificativa nas próprias necessidades sociais e de garantia do princípio da igualdade.⁵⁷

3.16. Multiculturalidade ou multiculturalismo como desigualdade

O multiculturalismo está associado, para CHARLES TAYLOR, “[...] a outra exigência que estamos agora a considerar é a de que todos reconheçam o valor igual das diferentes culturas; que as deixemos, não só sobreviver, mas também admitamos o seu mérito”.⁵⁸ Se, embora distintas as culturas, tenham elas igual valor, podem assim se reconhecer e como tal devem ser tratadas.

A Constituição define o que se já o patrimônio cultural a ser protegido,⁵⁹ que inclui os “modos de criar, fazer e viver”, reconhecendo a garantia estatal a “todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às

54 BALSAN, Francys Layne. Pobreza e desigualdade social no estado democrático de direito: o caso brasileiro. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, Cidade, n. 8, p. 125-137, out. 2010.

55 CF utiliza a expressão diferença ao proibir a diferença de salários (art. 7º, inc. XXX); impedir a diferença de remuneração entre categorias superior a 10% (no art. 93, inc. V); proibir a diferença tributária entre bens e serviços tomando em consideração a procedência ou o destino (art. 152) entre outras situações.

56 TAYLOR, Charles. *A política de reconhecimento, Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 60.

57 GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 216; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Direito à diferença*. Belo Horizonte, Del Rey, 2005. p. 15.

58 TAYLOR, Charles. *A política de reconhecimento, Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 84.

59 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (art. 215), com especial atenção às “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, § 1º).

Nas sociedades multiculturais, a diferença é a principal fonte de identidade e de reconhecimento pelo restante da comunidade, com vistas à obtenção de um *tratamento igualitário amplo*, “concebido como a não discriminação com base em crenças religiosas, ideológicas, diferenças de gênero, orientação sexual e *status social*”.⁶⁰ A literatura técnica brasileira tem, ao longo das últimas duas décadas, tratado do multiculturalismo nos planos do Direito, da Ciência Política, da Sociologia e da Filosofia.

Na Jurisprudência, ainda falta o reconhecimento do multiculturalismo brasileiro, como reconhece o ministro Celso de Mello em acórdão de ADIn n. 1.856, proposta contra a regulamentação estadual da *rinha de galos*, sob o fundamento de esta prática se justificar diante da variedade multicultural das regiões do país.⁶¹ Por conseguinte, falta também a identificação das diferenças entre o multiculturalismo e a desigualdade.

4. CONCLUSÃO

Como finalização, deve-se reiterar a inadequação da técnica legislativa que expande nominalmente um conceito único: *a desigualdade*, para denominá-la de várias formas, dificultando a adequada apreensão do fenômeno social. A multiplicidade de denominações, justificada em alguns casos, não encontra razões técnicas linguísticas ou mesmo fáticas a justificar tamanha variedade.

Pelo contrário, a desuniformidade permite o mascaramento de situações que, embora idênticas, passam a ser tratadas pela lei como diversas em função das diferentes denominações atribuídas aos fenômenos fáticos apreendidos pelo direito.

Nesse sentido, o objetivo primeiro de reunir e apontar as fontes legais onde estão situados é atendida pelo trabalho que arrola a maior parte dessas denominações, restando o aprofundamento, a pesquisa das razões dessa diversidade e o possível acompanhamento de sua continuação.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Bauru: Edipro, 2002.

ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

60 DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 238. Sobre a relação homoerótica ou homoafetivas ver: GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família Contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 287-316; DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 2. p. 51-68. jul./dez. 2003. Examinando as desigualdades brasileiras, assegura não existir a igualdade proclamada, quando se trata de questões de orientação sexual.

61 “Em relação à matéria tem-se, hoje, no Brasil uma jurisprudência adequada, uma doutrina clara e uma ação do legislador que caminha na mesma direção. [...]. Cumpre, por isso, aguardar para ver como o STF se pronunciará em caso dotado de maior complexidade, envolvendo verdadeiramente colisão entre direitos culturais e outros bens ou direitos constitucionais protegidos, quando as manifestações culturais, na contramão das práticas hegemônicas, componham o núcleo da identidade de grupos especialmente protegidos pela Constituição, como, em sintonia com o que proclama o art. 215 da CF/1988, os indígenas e afro-brasileiros. Aqui, as distintas formas de compreensão dos direitos culturais, inclusive aquelas tributárias de uma filosofia multiculturalista, haverão de ser exploradas, o que incorreu, por desnecessário, no Acórdão que tratou da briga de galo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n. 1.856*, rel. José Celso de Mello Filho, j. 26/5/2011, v.u., DJe 14/10/2011.

- AQUINO, Santo Tomás de. *Tratado da justiça*. (Summa Theologica) Porto: Rés, (?).
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ASÍS, Rafael de et al. *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BALSAN, Francys Layne. Pobreza e desigualdade social no estado democrático de direito: o caso brasileiro. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, João Pessoa, n. 8, p. 125-137, out. 2010.
- BIALAKOWSKY, Alberto L. et al. *Processos sociais de exclusão-extinção: compreender e co-produzir conhecimento e práticas nas dinâmicas institucionais em núcleos urbanos segregados. Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analíticas*. Porto Alegre; UFRGS, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn 2.649-6*. rel. min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, j. 8/5/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n. 2.591-1*, rel. min. Carlos Mario da Silva Velloso, j. 7/6/2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n. 4.277*. rel. Carlos Ayres Britto, j. 5/5/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 597.285-2*. rel. min. Enrique Ricardo Lewandowski, j. 27/8/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 597.285-2*. rel. min. Enrique Ricardo Lewandowski, j. 27/8/2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. *MC na ADIn 4.451*, rel. Carlos Ayres Britto, j. 2/9/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. *MC na ADIn 4.451*, rel. Carlos Ayres Britto, j. 2/9/2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *RE 453.740-1*, rel. min. Gilmar Mendes, j. 28/2/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *RE 453.740-1*, rel. min. Gilmar Mendes, j. 28/2/2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp n. 1.112.557/MG*, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, j. 28.10.2009, DJ 20.11.2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1.ª Turma. *REsp 430.526*, rel. min. Luiz Fux, j. 1/10/2002, DJU, 28/10/2002.
- BRASIL. Superior Tribunal Justiça. 2.ª Turma. *REsp. 830.904*, rel. min. Antônio Herman Benjamin, j. 18/12/2008, DJe, 11/11/2009.
- BRASIL. TRF-4.ª Reg. - ApCiv 5001506-50.2010.404.7202, rel. Rogerio Favreto, j. 13/3/2012.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. - *AgRg 12.103(38827-62.2009.6.00.0000)*, rel. min. Dias Toffoli, j. 3/5/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n. 2.649-6*, rel. min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, j. 8/5/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIn n. 4.277*. rel. Carlos Ayres Britto, j. 5/5/2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedida, 2003.
- CASTILLO FERNANDEZ, Dídimo. *Integração social das pessoas com alguma deficiência: da ideologia do déficit ao paradigma da diferença. Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analíticas*. Porto Alegre;

UFRGS, 2005.

CATTANI, Antonio David; MOTA DÍAZ, Laura. *Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analítica*. Porto Alegre; UFRGS, 2005.

CELOTTO, Alfonso. (Coord.) *Il problema dell'eguaglianza, Le declinazioni dell'eguaglianza*. Napoli: Scientifica, 2011. Alfonso Celotto.

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 2. p. 51-68. jul./dez. 2003.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FALCÓN Y TELLA, María José. *Equidad, derecho y justicia*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 2005.

FISS, Owen. *Grupos y cláusula de igual protección*. Derecho y grupos desaventajados. Barcelona: YLS-UP- Gedisa, 1999.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARGARELLA, Roberto. Introducción, *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: YLS-UP- Gedisa, 1999.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson, 2009.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Contenido y función del término de comparación del principio de igualdad*. Navarra: Thompson Aranzadi, 2005.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família Contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HELLER, Ágnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1994.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*, 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

LISTER, Ruth. *Poverty*. Cambridge: Policy Press, 2005.

LOCHAK, Danièle. *Le Droit et les paradoxes de l'universalité*. Paris: PUF, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34; Edusp, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : Universidade de Brasília, 1980.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINETTI, Enrica Chiappero. *Dalla povertà all'esclusione sociale: l'evoluzione di un concetto e le implicazioni sul fronte delle strategie. Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*. Bologna: Mulino, 2008.

MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. *Igualdade no Direito Processual Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAURINO, Gustavo. Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes, *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da isonomia: desigualdades proibidas e desigualdades permitidas, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *A Doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania: necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão*, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Estado Democrático de Direito e discriminação positiva*. Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos. Brasília: Paralelo 15, 2000.
- PENTEADO, Luciano Camargo. Família, criança e sujeito de direitos vulneráveis: breves notas à luz do pensamento tomista. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 51, jul./set 2012.
- PÉREZ PORTILLA, Karla. *Princípio de igualdad: alcances y perspectivas*. Ciudad de México: UNAM, 2005.
- PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade e igualdad: os três caminhos*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- REICHER, Stella C. Diversidade humana e assimetrias: uma releitura do contrato social sob a ótica das capacidades. *SUR - Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 8, n. 14, p. 173-185, jun./2011. Disponível em: <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em: 20 out. 2014.
- RINALDI, Walter. *Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*. Bologna: Mulino, 2008.
- RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdad e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.
- ROCHA, Jose Albuquerque. *O Estado em juízo e o princípio da isonomia, Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROSSI, Emanuele; MASALI, Pietro. *Lotta allà povertà: politiche pubbliche per la tutela dei diritti della persona. Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*. Bologna: Mulino, 2008.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade*. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Dereho*, n. 19. Alicante: Doxa, 1996.
- RUIZ TAGLE-VIAL, Pablo. *Pobreza y creación de derechos fundamentales, Derecho y pobreza*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- SABA, Roberto. *Derecho y pobreza*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia da justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. *Introdução: como ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdad. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 199, set. 2011.
- SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SILVA JÚNIOR, Hédio. *Direito de igualdad racial: aspectos constitucionais, civis e penais*. São Paulo: J. Oliveira, 2002.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Direito à diferença*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TAYLOR, Charles. *A política de reconhecimento, Multiculturalismo*: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

VELLOSO, Andrei Pitten. *O princípio da isonomia tributária*: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WALZER, Michel. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: M. Fontes, 2003.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Economia, ética e tributação:
dos fundamentos da
desigualdade**

**Economics, ethics and taxation:
the foundations of the
inequality**

Rafael Köche

Marciano Buffon

Economia, ética e tributação: dos fundamentos da desigualdade*

Economics, ethics and taxation: the foundations of the inequality

Rafael Köche**

Marciano Buffon***

RESUMO

Nos últimos anos, uma forma de conceber a economia se tornou dominante, uma compreensão da economia enquanto “engenharia”. Nesse sentido, a economia passa a ser vista como um problema de gestão, de logística, como se a resolução dos problemas econômicos tivesse que ser feita a partir de “modelos matemáticos”. Neste ensaio, ao contrário, o que se buscou foi resgatar a economia enquanto um problema filosófico, economia como “ética”, explicando o fenômeno econômico por meio da imersão deste num contexto de intersubjetividade que caracteriza as relações humanas. A problemática estabelecida por esse pano de fundo avalia especificadamente a relação entre economia e tributação, uma vez que o Estado passa a ser agente fundamental na economia moderna, sendo a tributação a principal forma de intervenção econômica estatal atualmente. A partir dessa relação, estabelece-se o questionamento central deste trabalho: qual a relação entre economia, ética e tributação? Constatou-se que as discussões acerca desses três pontos são pautadas por critério de fundamentação, que sempre aposta em algum tipo de noção de igualdade. Desse modo, para discutir a determinadas relações econômicas ou a legitimidade de determinada forma de tributação, há necessário enfrentamento da teoria política que sustenta a noção de igualdade de uma determinada comunidade, uma vez que, a partir dessa noção, serão estabelecidos os limites da desigualdade aceitável e o papel dos agentes nas relações econômicas e tributárias.

Palavras-chave: Filosofia da economia. Ética. Tributação. Igualdade.

ABSTRACT

In recent years, a way of conceiving the Economic science became dominant, an understanding of economics as “engineering”. In this sense, the economics is seen as a problem of management, logistics, as if the resolution of economic problems had to be done from “mathematical models”. In this essay, instead, what we sought was to rescue the economics as a philosophical problem, economics as “ethics”, explaining the economic phenomenon by immersing this in a context of intersubjectivity that characterizes human relations. The problematic established by this background specifically evaluates the relationship between economics and taxation, since the state will be a key

* Recebido em 28/07/2014
Aprovado em 01/02/2015

** Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS com Estágio de Pesquisa na Faculté des Sciences Humaines et Sociales de la Sorbonne – Université Paris Descartes, França, e Missão de Estudos no Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze, Itália. Membro dos Grupos de Pesquisa: Hermenêutica Jurídica (CNPq) e Tributação e Dignidade Humana (CNPq). Advogado. E-mail: rafakoche@gmail.com.

*** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Brasil, com Estágio Doutoral na Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Público e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil. Advogado. E-mail: marciano@lucini.com.br.

agent in the modern economy, whereas taxation is the main form of state economic intervention today. From this relationship, settles the central question of this paper: what is the relationship between economics, ethics and taxation? It was found that the discussions about these three points are guided by a foundation criterion, eg. always bet on some kind of notion of equality. Thus, to discuss the correctness of certain economic relations or the legitimacy/validity of a particular form of taxation, there is need to confront the political theory that supports the notion of equality in a particular community, since it will be from this conception that will fix the limits of acceptable inequality and the role of agents in economic and tax relations.

Keywords: Philosophy of Economics. Ethics. Taxation. Equality.

1. INTRODUÇÃO

O estudo avalia a relação existente entre Economia, Ética e Tributação a partir de critério de fundamentação que justificaria a legitimidade das escolhas políticas numa determinada comunidade histórica, ou seja, inaugura uma reflexão sobre a teoria política que sustenta a intervenção do Estado na economia por meio da tributação, evidenciando que, nas três perspectivas abordadas (Economia, Ética e Tributação), há sempre alguma noção de *igualdade* que confere legitimidade (ou não) à decisão (política ou judicial).

Nesse sentido, para discutir a *justeza* de determinadas relações econômicas ou a legitimidade de determinada forma de tributação, há necessário enfrentamento da teoria política que sustenta a noção de *igualdade* dessa comunidade, uma vez que a partir dessa noção serão estabelecidos os limites da desigualdade aceitável e o papel dos agentes nas relações econômicas e tributárias.

Por fim, avalia-se a experiência da tributação no Brasil, à luz de abordagens econômicas clássicas influentes, demonstrando que a *igualdade* se expressa no Sistema Tributário a partir do princípio da capacidade contributiva.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO

Vive-se numa sociedade em que a sedução e o efêmero tornaram-se os princípios organizadores da vida coletiva moderna: “vivemos em sociedade de dominante frívola, último elo da plurissecular aventura capitalista-democrática-individualista”¹. A ilustração mais adequada para demonstrar isso refere-se ao que a moda representa para a nossa sociedade.

A moda é típica expressão da modernidade ocidental, estabelecida em um contexto histórico bem definido; é somente a partir do final da Idade Média que é possível reconhecer a ordem própria da moda, a moda como sistema, com suas metamorfoses incessantes, seus movimentos bruscos, suas extravagâncias. Diferentemente do imperialismo dos esquemas da luta simbólica das classes,

[...] na história da moda, foram os *valores* e as *significações culturais modernas*, dignificando em particular o *Novo* e a expressão da individualidade humana, que tornaram possíveis o nascimento e o estabelecimento do sistema da moda da Idade Média tardia².

E não havia melhor contexto para essa emergência que aquele relacionado ao *nascimento do indivíduo*, uma subjetividade atomizada, desenraizada, *desengajada (disengaged)*, para empregar o termo de Charles Taylor³, ou

1 LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 13.

2 LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 11-24.

3 TAYLOR, Charles. *As Fontes do self: a construção da identidade moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu

seja, a Modernidade. Em outras palavras, na antiguidade, o que tinha *primazia natural* era a *comunidade*, e não propriamente o *indivíduo isolado*⁴. Nesse sentido, as relações humanas contemporâneas são marcadas por esse tipo de extravagância, pela estranha valorização de determinados bens que, em contexto distinto, não teriam valor algum.

Desde os anos 40 do século passado, Adorno e Horkheimer posicionam-se contra a fusão monstruosa do entretenimento, da publicidade e do divertimento industrializado que acarreta a *manipulação* e a *estandarização das consciências*⁵. Habermas fará dura denúncia do *pronto-para-consumir midiático* como instrumento de redução da capacidade de fazer *uso crítico da razão*⁶. Debord, por sua vez, denunciara a *falsa consciência*, a alienação generalizada, induzida pela *pseudocultura espetacular*⁷.

E para aqueles que consideram os pensamentos marxistas ultrapassados — que preferem não partir da dialética da mercadoria, da ideologia, da alienação, nesse contexto —, há necessário *resgate heideggeriano* em relação à crítica do filósofo alemão sobre o domínio da técnica, a *autonegação da vida* e a dissolução da *vida com o espírito*⁸. É, portanto, a partir desse pano de fundo⁹, que a leitura da economia, enquanto um problema filosófico, se impõe.

O que determina o valor de algo? Por que determinados bens são valiosos para uma determinada comunidade e não possuem qualquer valor para outra? O valor das coisas é medido simplesmente por uma relação de oferta e de demanda? Ainda que a oferta seja escassa e a demanda seja alta, pode-se praticar qualquer preço? É aceitável a exploração da necessidade alheia como forma de produzir riqueza? Caso seja aceitável, há limites para que essa *exploração* seja considerada legítima?

As interrogações acima revelam que a economia não é simples problema de gestão, de logística, ou como refere Amartya Sen, economia descrita enquanto *engenbaria*. A economia supostamente se ocupa de pessoas reais, ou seja, não há como dissociar a economia das relações humanas; por conseguinte, não há como dissociar as relações humanas da interrogação ética¹⁰. É sobre isso que se tratará a seguir.

3. A ECONOMIA ENQUANTO PROBLEMA FILOSÓFICO

Pode-se afirmar que a economia teve duas origens distintas, ambas relacionadas à política, porém de um modo bem diverso cada qual: de um lado, algo que se poderia chamar de *ética* e, de outro, a *engenbaria*, para empregar o termo de Sen. Ao longo do tempo, os teóricos que estudaram a temática se debruçaram

Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997. p. 128.

4 “Nossa epocalidade histórica se constituiu, há vários séculos, a partir de princípios que diferem radicalmente daqueles que marcaram o início de nossa civilização: para os gregos o que tem primazia natural é a comunidade e não o indivíduo isolado, considerado nele mesmo, que se vai transformar no critério e no eixo fundante de toda a organização social e da reflexão sobre ela”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e economia*. São Paulo: Ática, 1995. p. 11.

5 ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Indústria cultural e sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

6 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 120.

7 DEBORD, Guy. *A Sociedade do espetáculo*. São Paulo: Coletivo Periferia, 2003. p. 108.

8 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 7 ed. Trad. Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2012.

9 “Primeiros paradoxos de nossas sociedades: quanto mais a sedução se manifesta, mais as consciências aderem ao real; quanto mais o lúdico prevalece, mais o ethos econômico é reabilitado; quanto mais o efêmero ganha, mais as democracias são estáveis, pouco dilaceradas em profundidade, reconciliadas com seus princípios pluralistas”. LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 15.

10 SEN, Amartya Kumar. *Sobre Ética e Economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 18-9. Ainda há autores, todavia, que insistem na “anemia ética” da economia. André Comte-Sponville, por exemplo, é taxativo: “não é a moral que determina os preços; é a lei da oferta e da procura. Não é a virtude que cria valor; é o trabalho. Não é o dever que rege a economia, é o mercado. O capitalismo, é o mínimo que podemos dizer, não é exceção. À minha questão-título: ‘O capitalismo é moral?’, minha resposta é, portanto: não. [...] O capitalismo não é moral; mas também não é imoral; ele é — e é total, radical e definitivamente — *amor*”. COMTE-SPONVILLE, André. *O capitalismo é moral?* sobre algumas coisas ridículas e as tiranias do nosso tempo. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 79.

de forma diferente sobre essa questão, dando ênfase a uma ou outra posição. Adam Smith¹¹, John Stuart Mill¹², Karl Marx¹³ e Francis Edgeworth¹⁴, por exemplo, concentraram seus escritos na primeira relação. William Petty¹⁵, François Quesnay¹⁶, David Ricardo¹⁷, Augustin Cournot¹⁸ e Léon Walras¹⁹, por sua vez, se preocuparam mais com os problemas de logística e de engenharia na economia. Sem ignorar a importância dessa última forma de descrever o fenômeno econômico, concentrar-se-á na problematização da economia enquanto um problema filosófico intimamente ligada a ética, ou melhor, indissociável.

Essa conclusão não é novidade para a filosofia. Amartya Sen vai dizer que seria “difícil crer que pessoas reais poderiam ser totalmente indiferentes ao alcance do autoexame induzido pela questão socrática ‘como devemos viver?’”²⁰. Desse modo, a *questão socrática* revela o quanto se fala de ética quando se fala de economia — se ainda se quiser insistir em distingui-las a tal ponto. Entretanto, atualmente, a herança moderna estruturou novas formas de interpretação, novas complexidades, que a antiguidade não possuía, como o Estado e a *razão*.

A *razão*, entendida enquanto produto da modernidade, fundamenta a teorização econômica moderna predominante, *de Adam Smith para frente*. Há vários séculos, pois, que o *sujeito racional* passa a ser o centro das relações econômicas. E mais do que isso: a racionalidade passou a ser entendida, em termos econômicos, como *autointeresse*. E, nesse sentido, uma necessária indagação se impõe: por que deveria ser *unicamente* racional empenhar-se pelo autointeresse?²¹

O homem se entende como um *ser de necessidades que precisam ser satisfeitas*, de tal sorte que sua autorrealização consistirá na autoconservação:

sua felicidade agora, se efetiva, então, enquanto ‘maximização das satisfações de suas carências’ e racionalidade é sinônimo de eficiência na consecução dos meios necessários à satisfação dos desejos²².

Essa concepção de homem acaba, em certo sentido, esvaziando o conteúdo ético das relações humanas. A não ser que se esteja diante da exótica concepção moral conhecida como *egoísmo ético*, entender a inclinação natural da *razão* à maximização do autointeresse é renegar a dimensão ética do fenômeno econômico. Em

11 SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. v. 1; v.2

12 MILL, John Stuart. *Princípios de economia política*: com algumas de suas aplicações à filosofia social. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

13 MARX, Karl. *O Capital*: crítica da economia política. Trad. Reginaldo Sant’anna. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

14 EDGEWORTH, Francis Y. *Mathematical psychics*: an essay on the application of mathematics to the moral sciences. London: Kegan Paul, 1881. Disponível em: <<http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/edgeworth/mathpsychics.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013; e EDGEWORTH, Francis Y. *The theory of distribution*. *Quarterly Journal of Economics*. 1909. Disponível em: <<http://socserv.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/edgeworth/Distribution.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

15 PETTY, William. *Tratado dos impostos e contribuições*. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

16 QUESNAY, François. *Quadro econômico*: análise das variações do rendimento de uma nação. Trad. Teodora Cardoso. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

17 RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. Trad. Maria Adelaide Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

18 COURNOT, Augustin. *Investigaciones acerca de los principios matemáticos de la teoría de las riquezas*. Madrid: Alianza, 1969.

19 WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos da economia política pura*. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Círculo do Livro, 1996.

20 SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 18.

21 A visão da racionalidade como auto-interesse implica, *inter alia*, uma decidida rejeição da concepção da motivação “relacionada à ética”. Tentar fazer todo o possível para obter o que gostaríamos pode ser parte da racionalidade, e isso pode incluir o empenho por objetivos desvinculados do auto-interesse, os quais podemos valorizar e desejar promover (SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 31). “Se o exemplo do açougueiro-cervejeiro-padeiro indica uma circunstância comum na qual nossos interesses complementares são mutuamente promovidos pela troca, o exemplo do empresário perdulário e imprudente ilustra a possibilidade de que isso pode não funcionar exatamente assim em todos os casos. Não há como escapar da necessidade do exame crítico”. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 168.

22 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e economia*. São Paulo: Ática, 1995. p. 11.

outras palavras: o chamado *homem econômico*, comprometido na busca de seus próprios interesses, é o que melhor representaria o comportamento dos seres humanos, ao menos em questões econômicas?²³

Nesse contexto, a *propriedade* vai emergir como uma categoria antropológica fundamental: “ter o necessário para a satisfação das carências é condição da humanização. Então liberdade é, agora, liberdade para possuir”. Com isso, altera-se a própria noção de comunidade: “ela é, agora, a pura associação de indivíduos relacionados entre si enquanto proprietários de si mesmos e das coisas”. Nesse sentido, a vida comunitária se efetiva enquanto troca entre esses proprietários, ou seja, a troca emerge, nesse contexto, como *mecanismo de socialização*²⁴.

Portanto, se for verdadeira a conclusão de que a leitura da economia só é possível a partir de inauguração da problemática ética que sustenta as relações humanas (inclusive as de intercâmbio econômico), que justifica o comportamento do homem em determinada comunidade, que fundamenta o nível de riqueza e os valores atribuídos aos bens de determinada comunidade — e, conforme se verificou até aqui, entende-se que sim —, há um segundo marco teórico a ser avaliado quando analisamos a economia política da modernidade, algo que ultrapassa a mera análise singularizada do *homem econômico*, que é a relação estabelecida entre a economia e o Estado, vista, aqui, a partir do seu papel arrecadatório, por meio da tributação.

4. ECONOMIA E TRIBUTAÇÃO: O IMPOSTO É IMPOSTO?

A criação do Estado constitui uma das principais marcas da Modernidade, pelo menos na perspectiva europeia. Diferentemente de todas as formas de organização política precedentes, o Estado é a expressão da centralidade e da unidade do poder, a partir da noção de *soberania*. Em outras palavras, *o Estado moderno europeu introduziu na história a noção de soberania como sendo o princípio que fundamenta a concentração das atribuições do poder público em único agente*²⁵.

Desde a formação do Estado, apesar de todas as transformações que o “projeto estatal” sofreu e continua sofrendo, reconfigurando sua estrutura e suas funções²⁶, uma discussão continua dividindo teóricos no que tange à relação entre o Estado e a Economia: em que medida o Estado poderia intervir na economia? Essa discussão está longe de ser resolvida; entretanto, o que cabe, aqui, ser analisada é uma das formas de intervenção econômica por parte do Estado — talvez a principal delas —, qual seja: a tributação.

Adam Smith, em seu *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*, dedicou um livro inteiro (o Livro V) para tratar da relação entre economia e tributação, ou, como refere o autor, sobre *a Receita do Soberano ou do Estado*. As *receitas do soberano* se justificam na medida em que determinados gastos devem ser feitos pelo Estado. Nesse contexto estão os gastos com defesa, com a justiça e com obras e instituições públicas²⁷.

Nessa esteira, em se tratando da arte bélica, “somente a sabedoria do Estado tem condições de fazer com que a profissão de soldado seja uma atividade específica, separada e distinta de todas as outras”. Além disso, o soberano tem o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade da injustiça

23 Essa questão foi levantada por inúmeros autores para criticar tal forma reducionista de explicar o comportamento humano nas relações econômicas. Nesse sentido, Stiglitz, assevera que “people don’t behave rationally”, então: “why do orthodox economists still cling to their discredited rational expectations theory”? STIGLITZ, Joseph Eugene. There is no invisible hand. *The Guardian*, Comment, Friday 20 dez. 2002b. Disponível em: <http://www.theguardian.com/education/2002/dec/20/highereducation.uk1#article_continue>. Acesso em: 18 dez. 2013. No mesmo sentido: SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 32-34.

24 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e economia*. São Paulo: Ática, 1995. p. 11

25 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 69-148.

26 A expressão “projeto” foi empregada deliberadamente pelo autor ao tratar do Estado de Bem-Estar Social, uma vez que entende que, mesmo atingida por todas formas de *crise*, ela continua sendo a principal alternativa política. MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do estado e da constituição e a transformação do espaço-temporal dos direitos humanos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 42).

27 SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. v. 2. p. 178-198.

ou opressão de todos os outros membros da mesma, ou o dever de estabelecer uma administração judicial rigorosa. Por fim, o último dever do soberano ou do Estado é o de criar e manter as instituições e obras públicas que, *embora possam proporcionar a máxima vantagem para uma grande sociedade*, “são de tal natureza, que o lucro jamais conseguiria compensar algum indivíduo ou um pequeno número de indivíduos, não se podendo, pois, esperar que algum indivíduo ou um pequeno número de indivíduo as crie e mantenha”²⁸.

Veja-se, nesse sentido, que Adam Smith concebe a tributação como algo legítimo, sendo destinado o produto da arrecadação em benefício geral de toda a sociedade. Desse modo, seria *justo*, pois, que todas as despesas públicas fossem cobertas pela contribuição geral de toda a sociedade, contribuindo todos os seus membros, na medida do possível, *em proporção com suas respectivas capacidades*²⁹. Destaca-se esse último trecho. Retornar-se-á a ele mais adiante.

Se o primeiro capítulo do Livro V é dedicado às *despesas do soberano*, no capítulo segundo, o autor concentra-se na *receita pública da sociedade*. E, nesse contexto, dedica uma importante parte aos *impostos*. Nesse contexto, os súditos de cada Estado deveriam contribuir o máximo possível para a manutenção do Governo, *em proporção a suas respectivas capacidades*, isto é, em proporção ao rendimento de que cada um desfruta, sob a proteção do Estado. Segundo Smith, é na observância ou não observância desse princípio que consiste o que se denomina de equidade ou falta de equidade da tributação³⁰.

De outra banda, David Ricardo, um dos principais teóricos de economia política (e um dos principais críticos de Smith), dedica vinte capítulos sobre a tributação em sua obra mais importante, *Princípios de Economia Política e de Tributação*³¹. O autor defende postura minimalista do Estado, pelo menos em relação à tributação, uma vez que entende que os impostos são a parte do produto da terra e do trabalho de um país colocada à disposição do Governo e, em última análise, sempre pagos pelo capital ou pelo rendimento do país. Desse modo, reconhecendo que qualquer aumento do capital seria muito maior se não fossem os impostos, o autor sustenta que não há imposto que não tenda a reduzir o ímpeto da acumulação, devendo, pois, a política governamental *jamaís lançar impostos que inevitavelmente atinjam o capital*, pois se isso acontecesse, o fundo de manutenção do trabalho seria enfraquecido, e, em consequência a produção futura do país, diminuiria³².

Além disso, o autor apresenta posição contrária aos impostos sobre a transferência de propriedade, uma vez que, “para a prosperidade geral”, é importante favorecer a transmissão e troca de todas as espécies de propriedade, “pois é dessa forma que o capital de todas as procedências pode chegar às mãos daqueles que *melhor o empregarão* no aumento da população do país”. Fica evidente, nesse trecho, como Ricardo concebe os capitalistas de sua época, como aqueles que sabem, “mais do que todos”, empregar capital para o crescimento e “prosperidade geral”³³.

Assim, diferentemente do modo como Adam Smith compreende a tributação — como algo legítimo e em benefício geral de toda a sociedade —, David Ricardo defende que há “um *mal* inerente a qualquer imposto”, que é justamente o fato de desincentivar o cultivo e a produção, ainda que considere esse *mal* inconveniente e inevitável³⁴.

28 Haverá também a necessidade de arrecadação tributária para fazer vezes às despesas para a “existência do Estado” — ou, como refere Smith, para o *sustento da dignidade do soberano*. SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. v. 2. p. 178.

29 SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. v. 2. p. 272.

30 SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. v. 2. p. 282.

31 RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. Trad. Maria Adelaide Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

32 RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. Trad. Maria Adelaide Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 109-111.

33 RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. Trad. Maria Adelaide Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 112-116.

34 RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. Trad. Maria Adelaide Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste

Conforme se verifica acima, com base em apenas dois economistas clássicos, é realmente difícil estabelecer alguns consensos em matéria de economia e tributação. A tributação e o papel do Estado na economia continuam sendo alvo de duras críticas³⁵. Vale ressaltar que a tributação é dos temas políticos, econômicos e sociais mais relevantes, tendo justificado, inclusive, revoluções e mortes³⁶. A redução das desigualdades econômicas inevitavelmente passa por esse debate. Por isso, a forma como se compreende o tributo é determinante para a definição do modo como se compreende o papel do Estado (e a relação deste na economia).

Por exemplo: *em que medida o imposto é imposto?*³⁷ Essa questão provocativa esconde uma interrogação que define a compreensão política conferida ao Estado. Aqueles que consideram o tributo essencialmente como *imposição*, como um *mal*, na linha de David Ricardo, tendem a esvaziar a legitimidade democrática dessa intervenção estatal, aproximando a *arrecadação tributária* a uma espécie de *furto estatal*. Ora, se o que se tem é produto do próprio esforço e inteligência, se se conseguiu lograr êxito nos próprios investimentos, por que razão se deveria ser expropriado de parcela da própria riqueza?

Às vezes, a indignação dos que pensam na tributação como *expropriação*, como um “entrave ao desenvolvimento”, apresenta-se em conjunto com outra insatisfação decorrente do Estado Social contemporâneo, ou seja, uma série de serviços são prestados, direta ou indiretamente pelo Estado. A que custo? Por meio da arrecadação tributária. Entretanto, justamente quem mais utiliza os serviços públicos é quem menos contribui para eles³⁸. Em outras palavras, assim como Robin Hood, *que roubava dos ricos para dar aos pobres*, o Estado, nessa perspectiva, tira de quem tem para dar a quem não tem — o que, para os príncipes, continuaria sendo um roubo.

Por outro lado, aqueles que entendem o Estado como uma espécie de *condomínio* tendem a ver o tributo de forma mais legítima, do ponto de vista democrático. A tributação não deixa de ser um duro fardo a ser carregado, entretanto, a partir desse outro olhar, o imposto deixa de ser *imposto* e passa a ser *contribuição*³⁹. Os atores econômicos contribuem para a existência do Estado, viabilizando a consecução de políticas públicas, entre elas obras de infraestrutura essenciais à vida coletiva. É dizer: “os impostos são o preço que pagamos por se ter uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro”⁴⁰. Nessa perspectiva, é possível sustentar, com Casalta Nabais, que *há um dever fundamental de pagar tributos*⁴¹.

Gulbenkian, 2001. p. 134.

35 Veja, por exemplo, o intenso debate entre a Escola Keynesiana, a Escola de Chicago e a Escola Austríaca. Cf. KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Trad. Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1992; FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Abril Cultural, 1984; STIGLER, George Joseph. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, Spring, 1971, p. 3–21. Disponível em: <<http://web.mit.edu/xaq/Public/Stigler.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013; MISES, Ludwig Von. *Ação humana: um tratado de economia*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990; VON HAYEK, Friedrich A. *O caminho da servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990; MENGER, Carl. *Princípios de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1988. Nesse contexto, vale ressaltar aquilo que ficou conhecido como *Consenso de Washington*, que buscou incessantemente estabelecer políticas de redução do papel do Estado nos assim chamados “países desenvolvidos”, minimizando a carga tributária imposta no seu território. Atualmente, o Banco Mundial segue com a mesma postura, recomendando a mínima intervenção política na economia. STIGLITZ, Joseph Eugene. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002.

36 A Inconfidência Mineira, no Brasil, é um bom exemplo disso. No plano internacional, a Revolução Francesa, a Revolução Americana, o movimento de Independência da Índia, ilustram o que a taxação de determinados setores da sociedade pode acarretar.

37 Devemos essa provocação ao Prof. Dr. Alfredo Santiago Culleton (PPGFILO/UNISINOS).

38 Veja-se, no caso brasileiro, que os contribuintes com maior poder aquisitivo costumam ter planos de saúde privados, ao passo que os cidadãos de baixa renda *contentam-se* com o atendimento médico fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

39 Desnecessário dizer que emprego a distinção como “jogo de linguagem”. A distinção feita é metafórica e não literal, não devendo ser lida no sentido técnico de Direito Tributário, em que tributo é gênero e impostos e contribuições são espécies de tributo.

40 NABAIS, Casalta José. *Por um estado fiscal suportável*. estudos de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 2005. p. 47.

41 NABAIS, Casalta José. *O Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004. No mesmo sentido: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2. p. 181

5. ÉTICA DA TRIBUTAÇÃO: A EMERGÊNCIA DA IGUALDADE

O ser humano, considerado como membro de uma comunidade linguística, é descrito por Manfredo Araújo de Oliveira como *portador de uma dignidade originária*. Em razão disso, o princípio fundamental de toda a ética é o princípio da igualdade fundamental de direito de todos os homens; conseqüentemente, *a correspondência solidária de todas as pessoas*⁴².

Não se está, com isso, buscando *essencializar a dignidade*, tampouco naturalizar a *solidariedade*. Reconhece-se, com Paul Ricoeur, que *o assassinato de Abel fez da fraternidade um projeto ético e não mais um simples fato da natureza*⁴³, ou seja, metaforicamente falando, desde a criação bíblica do homem não se pode sustentar que o homem é naturalmente inclinado para a solidariedade, mas é possível, sim, sustentá-la enquanto projeto ético.

Se se entender os impostos como *o preço que se paga por se ter uma sociedade assente na liberdade e num mínimo de solidariedade*, avaliar as condições da tributação se torna imperativo, na medida em que se pretende, a partir de uma análise ética, proceder da forma mais justa, igualitária e democrática, ao se desenhar o modelo de tributação, respeitando o modelo econômico estabelecido.

A tese central deste escrito é que há uma relação entre economia, ética e tributação. Há um fio condutor que atravessa esses três pontos, qual seja: a noção de *igualdade*. Em outras palavras, quando se analisa a economia pelo prisma ético, considera-se que os sujeitos envolvidos possuem algum grau de igualdade entre si. Pode-se discutir que tipo de teoria política sustenta a noção de igualdade envolvida, mas praticamente todos reconhecem algum tipo de igualdade. Pode ser uma igualdade de plano formal, ou mesmo igualdade pela diferença.

Não se busca, neste estudo, discutir as noções de igualdade que sustentam os modelos econômicos. O que se quer evidenciar é que há noção de igualdade que legitima tais relações, a qual permite certo grau de desigualdade em uma coletividade. É possível avaliar os princípios éticos de uma comunidade a partir do grau de desigualdade que ela considera aceitável, ou seja, o quanto é possível *explorar* o outro sem que isso seja considerado uma afronta aos princípios ético-político-jurídicos daquela comunidade.

Nesse sentido, entende-se que a noção de igualdade que sustenta as relações econômicas de uma determinada comunidade historicamente localizada é a mesma que sustenta o modelo de tributação da mesma comunidade. Em outras palavras, o princípio que fundamenta as relações econômicas é o mesmo que justifica diferentes formas de arrecadação tributária.

Por exemplo, quem entende que as pessoas deveriam ser tratadas de forma igual, sem qualquer diferença em relação às capacidades, tende a achar mais justas formas de tributação universais, por alíquotas fixas e mais baixas. A ilustração brasileira mais próxima disso é a extinta CPMF. Essa contribuição provisória incidia sobre a movimentação financeira dos correntistas bancários. Como a alíquota era fixa e o tributo era cobrado indistintamente (bastava que houvesse movimentação financeira bancária), a impressão que se tinha é que o tributo era mais justo, eis que tributava todos de *igual forma*. David Ricardo, por exemplo, nesse sentido, vai sustentar a *equidade do dízimo*⁴⁴.

Se todos pagassem indiscriminadamente, por exemplo, 10% sobre os seus rendimentos, a título de imposto, ter-se-ia a impressão de que todos contribuiriam *da mesma forma*. Entretanto, para um cidadão que recebe salário mínimo, a contribuição desse percentual tem peso diferente para aquele que recebe R\$ 40 mil por mês — ainda que o percentual fosse nominal e matematicamente o mesmo para ambos. Essa situação real demonstra que, por critério de igualdade, seria *justo* tributá-los de forma diferente. Se existem diferenças

42 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e economia*. São Paulo: Ática, 1995. p. 9.

43 RICOEUR, Paul. Le paradigme de la traduction. *Ésprit*, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.esprit.presse.fr/archive/review/article.php?code=9626>>. Acesso em: 10 dez. 2013. p. 8-19.

44 RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. Trad. Maria Adelaide Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 127.

entre os contribuintes que justificam que lhes seja dado tratamento diferenciado, injusto seria tratá-los da mesma forma.

Nesse mesmo diapasão, mostra-se acertada conclusão de Roque Antonio Carrazza quando diz que, apesar de o contribuinte que tiver rendimentos mais expressivos pagar proporcionalmente mais tributo do que aquele que os experimenta em escala menor, é certo que,

“com alíquota única o imposto oneraria proporcionalmente mais os contribuintes com renda tributável menor, tendendo a incidir sobre suas despesas necessárias (mínimo vital)”⁴⁵.

Veja-se que Adam Smith já havia percebido isso há mais de duzentos anos:

O dízimo, e qualquer outro imposto da mesma espécie sobre a terra, sob a aparência de uma perfeita igualdade, é um imposto muito pouco equitativo, uma vez que uma dada produção é, em diferentes situações, equivalente a uma porção muito diferente da renda⁴⁶.

Mas haveria alguma alternativa a esse modelo? Conforme destacou-se, a tributação é sempre norteada por alguma noção de *igualdade*. Para aqueles que se arvoram em noções de igualdade pela diferença — cuja qual nutrimos certa simpatia —, há modelos de arrecadação que buscam tratar de forma desigual aqueles que estão em situação privilegiada, em decorrência das desigualdades existentes. Em outras palavras, como as pessoas são diferentes, inevitavelmente estarão em posições econômicas diferentes. Isso por si não é necessariamente um problema. Entretanto, a radicalização da desigualdade pode acarretar a morte daquele que não dispõe das capacidades essenciais à vida.

Por isso, é a partir da noção de *capacidade* que a tributação poderia se nortear: *capacidade contributiva*. Em face do princípio da capacidade contributiva, cada cidadão contribui para a coletividade de acordo com a sua capacidade de fazê-lo, conceituação que parece bastante óbvia, mas que revela a concepção de um modelo extremamente sofisticado: o ônus tributário será tanto maior quanto maior for sua capacidade de arcar com tal ônus e, ao contrário, será tanto menor, ou até mesmo inexistente, quanto menor, ou nula, for tal capacidade⁴⁷.

Essa postura do Estado, além de estar intrinsecamente relacionada com a ideia de *solidariedade*, pois confere tratamento diferenciado de acordo com a *capacidade contributiva*, tem uma dupla consequência: tributar de forma diferente aqueles que são materialmente diferentes, contribui na redução das desigualdades econômicas e sociais, eis que evita a tributação sobre o chamado mínimo existencial. Em outras palavras, se, por um lado, o princípio da capacidade contributiva exige que o dever fundamental de pagar tributos seja absorvido, de uma forma mais expressiva, por parte daqueles que estão no topo da pirâmide social e econômica, por outro, acarreta a impossibilidade de se tributar o mínimo vital a existência humana, sendo que essa talvez seja sua face mais expressiva⁴⁸.

O princípio do mínimo existencial aduz que há bens de primeira necessidade que devem ser preservados (como moradia, alimentação, saúde, educação), a fim de ser conferida existência digna aos cidadãos. Ele assume feição especial no contexto atual porque, sem o necessário para viver de forma minimamente digna, desaparecem as condições essenciais de liberdade⁴⁹. Conforme aduz Ricardo Lobo Torres:

45 CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112.

46 SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. v.2. p. 321.

47 BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e os deveres fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 176-7. No mesmo sentido: NABAIS, Casalta José. *O Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 443. “O princípio base por que passa o teste material do estado fiscal, e sobretudo quando ele assume a forma de estado social, é seguramente o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual sobre todos os cidadãos impende o dever fundamental de pagar impostos (princípio da generalidade) de acordo com um único critério (princípio da uniformidade), que é o da capacidade contributiva (princípio da capacidade contributiva stricto sensu)”. NABAIS, Casalta José. *Por um estado fiscal suportável*. estudos de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 2005. p. 178.

48 BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e os deveres fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 181.

49 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

há um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas⁵⁰.

É dizer: “o princípio da capacidade contributiva não é somente princípio de intervenção, mas também de proteção”⁵¹.

Por isso, a preocupação com a não tributação sobre o chamado mínimo existencial acaba sendo das mais relevantes, principalmente para aqueles que possuem menor capacidade contributiva⁵². Assim, só é possível pensar em tributação a partir da emergência da igualdade, tendo que colocá-la inevitavelmente como centro do debate ético, jurídico, político e econômico como forma de avaliar a justiça dos modelos de tributação em uma determinada comunidade política.

Portanto, pode-se discutir “de que igualdade estamos falando?” — e pensamos que é necessária tal indagação —, mas não se pode negar que há noção de igualdade que legitima (ou não) determinadas *opções* políticas — e é justamente esse enfrentamento que precisa ser feito para que se evidencie as desigualdades econômicas e sociais, estruturando modelos de intervenção econômica do Estado (via tributação) como meios de redução da desigualdade.

5.1. A experiência brasileira

A arrecadação brasileira concentra a tributação sobre o consumo, por meio da chamada *tributação indireta*. No preço de tudo o que circula no País, há parcela correspondente aos tributos. Essa *opção política* pode não ser tão aleatória ou arbitrária. A tributação sobre o consumo é considerada *invisível*, pois não se tem a real dimensão do valor do imposto ao se adquirir um produto ou serviço, razão pela qual não costuma ser tão antipática quanto a tributação incidente sobre o patrimônio e a renda, que costuma revelar o custo tributário.

A escolha pela tributação sobre o consumo traz consequências amargas para aqueles que possuem menos *capacidade*. Essa conclusão é fácil de ser feita resgatando o raciocínio exposto quando se tratou do *imposto único*. Quando duas pessoas compram um saco de arroz, por exemplo, pagam o mesmo valor (nominal) à título de imposto. Entretanto, o que esse valor representa para cada uma é diferente de acordo com suas capacidades. Dessa forma, como a tributação sobre o consumo tende a desconsiderar as diferenças entre os consumidores, acaba sendo um modelo de tributação que onera os mais pobres — razão pela qual, talvez, *contraditoriamente*, o Brasil tenha optado por esse caminho.

Mesmo apostando na opção pela tributação massiva sobre o consumo, existem técnicas que condizem com um modelo tributário pautado pela arrecadação segundo a *capacidade contributiva*. Isso se dá pela chamada *seletividade*⁵³. Ou seja, é possível diferenciar produtos e serviços, imputando-lhes tratamento distinto segundo sua importância (*essencialidade*) para uma dada comunidade. Bens de extrema necessidade podem ter tributação reduzida, ao passo que aqueles considerados supérfluos podem ter carga tributária superior. Vagarosamente, o Brasil vem caminhando nesse sentido. A *seletividade*, portanto, respeita a *capacidade contributiva* na medida em que diferencia os bens por sua *essencialidade*; entretanto, cumpre destacar que não diferencia propriamente os consumidores (a não ser pela hipótese de que determinados bens serão consumidos por uns e não necessariamente por outros).

50 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3. p. 141-6.

51 TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. v. 1. p. 202.

52 *A contrario sensu*, David Ricardo entende que: “Um imposto sobre os gêneros de primeira necessidade ou sobre os salários será transferido dos pobres para os ricos”. (RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. Trad. Maria Adelaide Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 172).

53 A seletividade determina ao legislador que estabeleça alíquotas diferentes “em razão da imprescindibilidade das mercadorias de consumo generalizado. Quanto mais sejam elas necessárias à alimentação, vestuário, à moradia, ao tratamento médico e higiênico das classes mais numerosas, tanto menores devem ser”. BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 347.

Diferentemente, a tributação direta sobre patrimônio e renda tem condições de diferenciar os contribuintes de forma mais efetiva. É possível, por exemplo, estruturar a tributação a partir de faixas de renda ou do valor venal dos imóveis. Dessa forma, é possível, com muito mais facilidade, diferenciar os contribuintes segundo sua *capacidade contributiva*. Assim, uma tributação nesses termos tende a ser mais equânime, segundo os critérios sustentados neste ensaio.

Mesmo que concentre a arrecadação tributária sobre o consumo, o Brasil, ao estruturar sua tributação direta (sobre patrimônio e renda), ainda que de forma extremamente insipiente, vem se pautando por meio da chamada *progressividade*. O princípio da progressividade sustenta-se,

no sentido de que os impostos devem ser cobrados por alíquotas ascendentes na proporção em que se avolume a base de cálculo. Quanto maior for a base de cálculo, tanto maior deverá ser também a alíquota, produzindo resultado crescente⁵⁴.

Essa técnica consiste justamente em tributar desigualmente os desiguais, segundo sua *capacidade contributiva*⁵⁵, razão pela qual é considerada por Baleeiro como “a mais simples e justa das progressividades”⁵⁶.

Assim, a *seletividade* e a *progressividade* acabam sendo técnicas que podem contribuir com uma tributação considerada mais justa, reiterando a necessidade de se alterar a aposta do Brasil pela tributação indireta, como imperativo para uma *justiça tributária*. Ou seja, é possível diferenciar os contribuintes de acordo com sua *capacidade contributiva* (segundo critérios de patrimônio e renda, por exemplo). Atualmente, frente às escandalosas desigualdades, não somente é possível, como necessário.

Entretanto, isso não dá conta da complexidade social em matéria tributária, pelo menos em termos de uma suposta *justiça tributária*. Se se chegar à conclusão que tributar os contribuintes por faixas de renda é mais justo, uma vez que tributa de forma diferente aqueles que possuem rendimentos superiores, muitas vezes isso não corresponderá à realidade. Por exemplo, uma pessoa aposentada, que possui rendimentos consideráveis da previdência pública, mas que possui moléstia grave, não detém a mesma *capacidade (econômica)* do que aquele que recebe a mesma pensão, mas não está doente. Ora, pelo critério objetivo, ambas estariam na mesma faixa de renda; logo, supostamente teriam a mesma *capacidade contributiva*. Entretanto, não é o que se verifica na realidade (do ponto de vista econômico). Como assevera Amartya Sen:

A privação das capacidades é mais importante como critério de desvantagem do que o baixo nível de renda, pois a renda é apenas instrumentalmente importante e seu valor derivado depende de muitas circunstâncias sociais e econômicas⁵⁷.

Nesse caso, em que as técnicas anteriores (*fiscalidade*) não dão conta de estruturar uma tributação de acordo com a *capacidade contributiva*, a aposta acabará sendo a *extrafiscalidade*. A extrafiscalidade se traduz em um conjunto de normas que, embora façam parte do direito tributário, tem como finalidade dominante a consecução de certos resultados econômicos ou sociais por meio do instrumento fiscal, mas não necessariamente obter receitas para custear as despesas públicas⁵⁸.

54 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2. p. 314.

55 Consideramos totalmente irrelevante a diferenciação doutrinária feita entre impostos reais ou pessoais para fins de aplicação da progressividade tributária, uma vez que, em ambos os casos, a sistemática é aplicável, tratando-se de mera *vontade* política a sua não aplicação.

56 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 255.

57 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 175. “Uma pessoa incapacitada, doente, idosa ou que apresente outra desvantagem, pode [...] enfrentar dificuldades ainda maiores para converter renda em capacidades e em uma vida satisfatória”. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 160.

58 NABAIS, Casalta José. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 629. Ver, também: BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 255; e BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. Benefícios Fiscais: uma abordagem à luz da cidadania fiscal e da legitimação constitucional da extrafiscalidade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 245-280, jun. 2013.

Desse modo, benefícios fiscais como isenções tributárias acabam sendo meios de diferenciar determinadas situações do cotidiano que, pela simples aplicação da *fiscalidade* não seria possível diferenciá-las, com o intuito de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Atingir tais fins requer ação estatal efetiva, sobretudo no sentido de reduzir as desigualdades econômicas e sociais, por meio da realização daqueles direitos fundamentais que adequadamente servem a esse fim. Para isso, o Estado dispõe de poderosos instrumentos, entre os quais a imposição de uma carga tributária de acordo com a efetiva capacidade contributiva, entendida como tal, aquela que seja adequadamente progressiva, seletiva, não atinja o mínimo existencial e não seja confiscatória. Além disso, nas hipóteses em que a fiscalidade não der conta, pode ser empregada a extrafiscalidade, hipótese em que o Estado, por meio da tributação, busca atingir fins não meramente arrecadatórios, os fins de sua existência⁵⁹.

Portanto, a intervenção econômica do Estado, por meio da tributação, será sempre pautada por uma fundamentação ética, jurídica e política, que legitime o modelo de arrecadação escolhida. Neste ensaio, defendeu-se um modelo de tributação que colocasse no centro do sistema tributário o princípio da *capacidade contributiva* como expressão do princípio da *igualdade* em matéria tributária. O mote desse princípio é justamente a redução das desigualdades, que pode se concretizar por uma série de políticas públicas. Na seara tributária, evidenciou-se, pois, o papel de determinadas técnicas, de modo que a tributação seja adequadamente progressiva, seletiva, não atinja o mínimo existencial e não seja confiscatória, apostando, quando nenhuma das técnicas anteriores cumprir seu papel, nos mecanismos de extrafiscalidade, hipótese em que o Estado, por meio da tributação, protege determinadas condições (consideradas ética, jurídica e politicamente relevantes), ainda que tal postura não represente receita aos cofres públicos.

6. CONCLUSÃO

Verificou-se, portanto, que o debate posto é fundamental para a estruturação de sistema tributário con- dizente com os pressupostos democráticos da igualdade e da liberdade. Vive-se em um *mundo de instituições* e, nesse sentido, como bem ressalta Amartya Sen, depende-se crucialmente do modo como elas funcionam:

não só as instituições contribuem para nossas liberdades, como também seus papéis podem ser sensivelmente avaliados à luz das suas contribuições para nossa liberdade⁶⁰.

Neste ensaio, buscou-se pensar o papel de uma instituição em especial, o Estado, e sua intervenção na economia por meio da tributação. E essa discussão torna-se ainda mais relevante no atual contexto econômico (neoliberal, se assim se quiser classificá-lo).

O mercado é uma das principais formas de sociabilidade humana, funciona como espécie de “gramática de trocas” — assim como a “gramática da linguagem natural”, um produto do intercâmbio linguístico intersubjetivo, que regula nossa comunicação na vida cotidiana⁶¹. O que ocorre no pensamento neoliberal, especialmente, é que a condição de possibilidade para a efetivação da liberdade humana é, aqui, ao contrário do haviam pensado as grandes filosofias da modernidade, a renúncia a toda liberdade pessoal e a toda submissão a um mecanismo inconsciente: as leis do mercado. Em outras palavras, “o mercado é a instância originária de efetivação da liberdade humana”: *é o conjunto de instituições mercantis que garante a efetivação da liber-*

59 BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana*: entre os direitos e os deveres fundamentais. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18-9. De acordo com Baleeiro, a progressividade fiscal “visa apenas a implantar os objetivos de justiça e igualdade, de modo que paguem os economicamente mais fortes proporcionalmente mais do que aqueles menos favorecidos”. BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 253-254.

60 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 188.

61 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e economia*. São Paulo: Ática, 1995. p. 61.

dade. “Daí porque o mercado, enquanto conjunto destas instituições, é a realidade da liberdade”⁶². Eis a tese da separação radical entre economia e ética, que se buscou rechaçar.

As últimas décadas do século XX se caracterizaram por uma série de propostas voltadas ao livre-comércio, à desregulação, à privatização das atividades vinculadas ao Estado, à liberalização dos mercados de capitais e, sobretudo, à minimização — ou quase extinção — da carga tributária imposta pelos Estados nacionais, propostas que foram definidas por Joseph Stiglitz como *Washington Consensus*, e implementadas com uma *fé catequizada* pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial diante dos países em desenvolvimento⁶³.

Desse modo, mais do que justificado está o necessário enfrentamento da relação entre economia, ética e tributação, ainda mais considerando-se que “a influência política visando ao ganho econômico é um fenômeno muito real neste mundo em que vivemos”⁶⁴. E, apesar de o Estado não ser o ponto de partida necessário, o foco absoluto que estaria na origem de todo o tipo de poder social e do qual também deveria partir para explicar a constituição dos saberes de uma sociedade, ele é um instrumento específico de um sistema de poderes, na linha que trabalha Michel Foucault⁶⁵, que é atravessado por essa rede de relações de poder.

Nesse sentido, com Claude Lefort, pode-se dizer que “uma sociedade é histórica quando interroga os limites de seu poder”, que inevitavelmente perpassará o *simbólico instituído* (ou ideológico)⁶⁶. E, nesse contexto, Cornelius Castoriadis compreende que o conhecimento, enquanto significação, constitui produto de determinado imaginário social instituído (e, como tal, corresponde às suas necessidades político-ideológicas)⁶⁷.

Foi exatamente com esse intuito que esta investigação se propôs: evidenciar, por meio de específicas teorias econômico-políticas, os fundamentos que sustentam certas noções de *igualdade*, uma vez que será, a partir desses fundamentos, que será possível aferir a legitimidade da intervenção econômica do Estado por meio da tributação, que, num contexto democrático, sempre estrutura seu modelo de arrecadação tributária a partir de algum tipo de teoria da igualdade.

Como se buscou sutilmente denunciar, muitas vezes, a teoria da igualdade que fundamenta determinada postura estatal é *velada*, é encoberta por uma fina trama de doutrinas retóricas, que legitimam a desigualdade radical. Não há espaço para ingenuidade na instância política e econômica. Não é, pois, “ao acaso”, que o Brasil aposta na tributação sobre o consumo. Não é difícil comprovar que esse modelo de tributação onera os mais pobres. Não é, pois, “ao acaso” que, dentre todos os impostos delineados pela Constituição Brasileira de 1988, apenas um deles não foi instituído até hoje, qual seja: o Imposto sobre Grandes Fortunas. Há vontade política para que isso seja assim. Reitera-se as palavras de Amartya Sen: “a influência política visando ao ganho econômico é um fenômeno muito real neste mundo em que se vive”⁶⁸.

Que tipo de interesse político-econômico sustentava David Ricardo, por exemplo, quando, ao tratar do referido Imposto sobre Grandes Fortunas, afirmou: “seria uma grande injustiça lançar um imposto exclu-

62 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e economia*. São Paulo: Ática, 1995. p. 65.

63 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 133.

64 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 164.

65 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. É falso definir o poder simplesmente como o exercício da repressão, opressão, violência e coerção. Não se explica inteiramente o poder caracterizando-o por sua feição repressiva, como se o Estado fosse concebido essencialmente como um aparelho repressivo. Nesse sentido, ver: FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 14.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001. v. 1; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência das prisões*. 24 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

66 LEFORT, Claude. *As Formas da história*. São Paulo: Brasiliense, 1979. p. 256.

67 CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 22. “A verdade inexiste enquanto essência, mas a partir da perspectiva da significação, existe enquanto poder simbólico constituinte da fusão das fragmentações sociais”. ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. p. 31.

68 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 164.

sivamente sobre os rendimentos de uma classe social”⁶⁹? Ora, sempre haverá uma certa *visão de mundo* que legitimará certas posturas, inclusive acadêmicas. O ser humano é constituído pela *diferença*. Por isso, tem também interesses distintos (ou não). Ocorre que não se deve negar essa instância constituinte ou escondê-la, como faz boa parte das teorias políticas, jurídicas e econômicas contemporâneas.

Ao contrário, em termos democráticos, entendo que a resposta a ser dada nesses casos, em que as influências políticas da “roda seleta dos interesses adquiridos” busca cooptar o saber, a política, a economia, o direito, deveria perpassar a liberdade, entendida neste estudo pela noção de *esfera pública*. Um dos problemas centrais da política tributária brasileira é semelhante ao dos cartéis e oligopólios na economia: os interesses não são debatidos na esfera pública, mas normalmente decididos no silêncio de gabinetes chaveados, de forma escusa e questionável.

Interesses distintos sempre existirão. Entretanto, lançá-los à deliberação no espaço público faz com que os interessados tenham que articular os fundamentos democráticos que o alicerçam, sob pena de cair por terra sua pretensão, confrontando as alegações e contra-alegações das diferentes partes, uma vez que, e assim acredita Amartya Sen, “no teste da democracia aberta o interesse público pode muito bem ter excelentes chances de vencer a ardosa defesa da roda seleta dos interesses adquiridos”⁷⁰.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Indústria cultural e sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os direitos e os deveres fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. Benefícios fiscais: uma abordagem à luz da cidadania fiscal e da legitimação constitucional da extrafiscalidade. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 245-280, jun. 2013.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- COMTE-SPONVILLE, André. *O capitalismo é moral? sobre algumas coisas ridículas e as tiranias do nosso tempo*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- COURNOT, Augustin. *Investigaciones acerca de los principios matematicos de la teoria de las riquezas*. Madrid: Alianza, 1969.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. São Paulo: Coletivo Periferia, 2003.
- EDGEWORTH, Francis Y. *Mathematical psychics: an essay on the application of mathematics to the moral sciences*. London: Kegan Paul, 1881. Disponível em: <<http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/edgeworth/mathpsychics.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

69 RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. Trad. Maria Adelaide Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 147.

70 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 165.

- EDGEWORTH, Francis Y. The Theory of Distribution. *Quarterly Journal of Economics*. 1909. Disponível em: <<http://socserv.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3ll3/edgeworth/Distribution.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade. A Vontade de Saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 14.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001. v. 1.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência das prisões*. 24 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: abril Cultural, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- VON HAYEK, Friedrich A. *O caminho da servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 7. ed. Trad. Márcia de Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2012.
- KEYNES, John Maynard. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Trad. Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1992.
- LEFORT, Claude. *As formas da história*. São Paulo: Brasiliense, 1979.
- LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Trad. Reginaldo Sant'anna. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.
- MENGER, Carl. *Princípios de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- MILL, John Stuart. *Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações à filosofia social*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- MISES, Ludwig Von. *Ação humana: um tratado de economia*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.
- MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do estado e da constituição e a transformação do espaço-temporal dos direitos humanos*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- NABAIS, Casalta José. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.
- NABAIS, Casalta José. *Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e economia*. São Paulo: Ática, 1995.
- PETTY, William. *Tratado dos impostos e contribuições*. São Paulo: abril Cultura, 1983.
- QUESNAY, François. *Quadro económico: análise das variações do rendimento de uma nação*. Trad. Teodora Cardoso. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.
- RICARDO, David. *Princípios de economia política e de tributação*. Trad. Maria Adelaide Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- RICOEUR, Paul. Le paradigme de la traduction. *Ésprit*, p. 8-19, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.esprit.presse.fr/archive/review/article.php?code=9626>>. Acesso em: 10 dez. 2013.
- ROCHA, Leonel Severo. *A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.
- SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

- SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. v. 1.
- SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. v.2
- STIGLER, George Joseph. The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3–21, Spring, 1971. Disponível em: <<http://web.mit.edu/xaq/Public/Stigler.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.
- STIGLITZ, Joseph Eugene. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura Editora, 2002a.
- STIGLITZ, Joseph Eugene. There is no invisible hand. *The Guardian*, Comment, Friday 20 dez. 2002b. Disponível em: <http://www.theguardian.com/education/2002/dec/20/highereducation.uk1#article_continue>. Acesso em: 18 dez. 2013
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. v. 1.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v.2.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3.
- WALRAS, Léon. *Compêndio dos elementos da economia política pura*. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Círculo do Livro, 1996.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A repartição de rendas entre os entes da federação e sua repercussão na caracterização do federalismo brasileiro: uma investigação acerca do desenvolvimento do federalismo fiscal-financeiro no Brasil

The distribution of income between entities of the federation and its impact in the brazilian federalism: An investigation into the development of financial-fiscal federalism in Brazil

Raquel Mousinho de Moura Fé

A repartição de rendas entre os entes da federação e sua repercussão na caracterização do federalismo brasileiro: uma investigação acerca do desenvolvimento do federalismo fiscal-financeiro no Brasil*

The distribution of income between entities of the federation and its impact in the brazilian federalism: An investigation into the development of financial-fiscal federalism in Brazil

Raquel Mousinho de Moura Fé**

RESUMO

Qual é o papel dos instrumentos de meação de recursos da União com os Estados e Municípios no contexto do federalismo praticado no Brasil? Este artigo objetiva investigar o federalismo instalado no Brasil a partir dos mecanismos de repartição de rendas entre os entes da Federação. Lança-se a averiguar como foram insertos, nas diversas constituições federais (desde aquela de 1891 até a de 1988), esses meios de auxílio mútuo entre os “entes parciais” do Estado Federal, com vistas a discernir seu grau de importância na dogmática federativa nacional. À guisa de conclusão, tem-se que o federalismo pátrio, conquanto marcado por movimentos de centralização e descentralização, sempre pendeu e foi determinante para o agigantamento da União, de maneira que hoje a análise do federalismo não mais prescinde da sua análise econômico-financeira, haja vista que ele é mantido devido à divisão do orçamento federal com os Estados e Municípios.

Palavras-chave: Repartição de rendas. Federalismo brasileiro. Federalismo fiscal-financeiro.

ABSTRACT

What is the role of instruments created to share federal funds to states and municipalities in the context of federalism practiced in Brazil? This paper aims to investigate federalism installed in Brazil from the mechanisms for allocating income between members of the Federation. Its intent is to analyze the various Brazilian federal constitutions (since that 1891 to 1988) to understand what these instruments meant at their time in terms of mutual assistance promoted by the Federal Government. Thus it will be possible to discern their level of importance in the national federation dogmatic.

* Recebido em 30/05/2014
Aprovado em 11/07/2014

** Procuradora da Embrapa. Mestranda em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: raquelmourafe@yahoo.com.br

In conclusion, we have that the Brazilian federalism, although marked by movements of centralization and decentralization, always hung and was crucial to the aggrandizement of the Federal Government, so that today the analysis of federalism no longer dispense with its economic and financial analysis, given that it is maintained on behalf of the division of the federal budget to the states and municipalities.

Keywords: Revenue sharing. Brazilian federalism. Fiscal federalism.

1. INTRODUÇÃO

Como já disse José Afonso da Silva, o Estado Federal é “a síntese jurídica de um processo político-social caracterizado, pois, pela antítese disjunção/integração. A tensão entre esses dois aspectos contraditórios tem proporcionado, ao longo de nossa história, as variações do federalismo brasileiro”¹.

O federalismo ambientado no Brasil inegavelmente inspirou-se no modelo norte-americano². Nos Estados Unidos, ele foi criado como consequência do fato de que “[...] a Confederação era insuficiente para assegurar a união permanente dos Estados e para dar a essa união os meios de que ela necessitava. Era preciso aperfeiçoar a Confederação”³, que “[...] não passava da soma dos componentes políticos das antigas colônias inglesas, gerando um governo extremamente instável devido aos constantes impasses políticos”⁴.

A condição social, a religião e os costumes dos primeiros emigrantes exerceram sem dúvida enorme influência sobre o destino de sua nova pátria. Todavia, não dependeu deles fundar uma sociedade cujo ponto de partida estivesse situado tão somente neles mesmos. Ninguém poderia livrar-se inteiramente do passado; aconteceu-lhes, assim, mesclar, seja voluntariamente, seja sem que o percebessem, às ideias e aos usos que lhes eram próprios outros usos e outras ideias que lhes vinham de sua educação ou das tradições nacionais de seu país.⁵

Inicialmente, o federalismo da Constituição norte-americana “revelou-se um eficiente compromisso político frente a questões práticas imediatas”⁶, relacionadas a guerras e à proteção dos entes federados contra a Grã-Bretanha e à regulamentação do comércio interestadual, estas da alçada do Estado-Central, enquanto tudo o mais remanesceria na esfera de competência dos Estados-Membros. Mas esse “federalismo dualista” foi lentamente sendo substituído pelo “federalismo cooperativo” ou “federalismo moderno”⁷, à medida que “novas incumbências foram designadas ao Estado Federal, redefinindo irreversivelmente sua função”⁸.

1 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 254. “O grau de retenção de poder local ou de concentração de poder central, ou em outras palavras, o nível de flexibilização ou de centralização política, depende da história do país que se examine”; DOMINGUES, José Marcos. *Federalismo fiscal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.idtl.com.br/artigos/186.pdf>>. Acesso em: 1 nov.2013; e no mesmo sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 170.

2 “[...] tecnicamente *Estado Federal* corresponde a determinada forma de Estado, criada pelos norte-americanos no final do século XVIII” DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 7.

3 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 12. Na base da Constituição que foi adotada [nos Estados Unidos], está a crença nos direitos naturais do indivíduo, o que determinou a criação de uma forma de Estado e de governo que impedisse a concentração do poder nas mãos de um indivíduo ou de um pequeno grupo. As ideias antiabsolutistas de Locke, assim como as recomendações para a contenção do poder, feitas por Montesquieu, exerceram grande influência sobre os participantes da Convenção de Filadélfia, os quais, na realidade, foram muito além do objetivo inicial de aperfeiçoar a Confederação e criaram o Estado Federal DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 14.

4 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 12.

5 TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América: leis e costumes*. São Paulo: M. Fontes, 2001. p. 52. Todos os textos constitucionais dos estados-partes dos Estados Unidos como a Carta também instituidora da União Federal tratavam de Separação dos Poderes, Congresso Bicameral e Declaração de Direitos FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 18.

6 RABAT, Márcio Nuno. “A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil”. In: *Consultoria Legislativa*, estudo de agosto/2012, p. 5.

7 Especialmente após o *crack* das bolsas de 1929 e o New Deal de Roosevelt, que antecedeu o abandono do liberalismo tradicional e implantação do intervencionismo do Estado (fortalecimento do Executivo federal).

8 FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 20.

O federalismo cooperativo veio como redefinição do federalismo norte-americano, apresentando-se na prestação de auxílio financeiro da União aos Estados⁹. Nesse particular, o governo federal coloca-se como líder da política doméstica, ou seja, sendo ele mais progressista que os Estados, está melhor preparado para assegurar a uniformidade e equidade na distribuição de recursos¹⁰. Assim, o modelo federativo reconfigurado como cooperativo contribuiu para a ampliação das competências federais e, desde quando “os Estados Unidos decidiram assumir a tarefa de manter a paz no mundo e de promover a segurança econômica para todo o seu povo, deram um passo avançado no sentido do fortalecimento do governo central”¹¹, o que altera as características tradicionais do federalismo.

O federalismo brasileiro, como as demais federações modernas, “funda-se nesse compromisso norte-americano”¹². O nosso, por seu turno, “ocorreu devido à mera decisão governamental”¹³, firmada por meio do Decreto n. 1, de 15.11.1889¹⁴.

E para investigar como, no federalismo pátrio, a União reparte seus recursos entre os entes da Federação e qual é a repercussão dessa divisão de rendas na caracterização do federalismo brasileiro, este artigo investigará o desenvolvimento do federalismo fiscal-financeiro no Brasil.

Estabelecendo os marcos desse federalismo, tentará remarcar qual o papel que o auxílio entre os “entes parciais” do Estado Federal cumpriu em cada uma das etapas do federalismo brasileiro.

2. O MARCO INICIAL DO FEDERALISMO FISCAL-FINANCEIRO NO BRASIL (1891-1897)

Em 1891, foi erigida a primeira ordem constitucional no Brasil destinada a descentralizar o poder político. A Constituição da República de 1891, logo em seu artigo 1º, zelou por ressaltar o valor da unidade territorial da Nação, afastando pretensões confederais:

Art. 1º A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por **união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias**, em Estados Unidos do Brasil. (Grifo nosso)

9 Alguns autores definem esse aspecto como ‘federalismo cooperativo’, explicável em vista do engrandecimento do Estado Federal e consequente aumento de recursos, fazendo-o competente para distribuir recursos aos governos locais.

10 FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (Org). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 21.

11 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.p. 46-47.

12 RABAT, Márcio Nuno. “A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil”. In: *Consultoria Legislativa*, estudo de agosto/2012, p. 5.

13 ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 45. Essa foi a decisão de desagregar o poder político central, tornando as antigas províncias em Estados-membros.

14 “Art. 2º. As Províncias do Brazil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brazil. Art. 3º. Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais.” Ou seja, tanto o Federalismo quanto a própria República foram formalizados pacificamente pelo mesmo ato. “A interferência militar situada entre o imperador sem herdeiros políticos e o federalismo não amadurecido, desviou a direção dos acontecimentos, sufocou a revolução em marcha. [...] O grupo militar, ao qual o comando é entregue a 15 de novembro, está bem ciente de sua missão e de sua responsabilidade: a garantia da pátria íntegra. Para a preservação desse objetivo supremo não seria possível fragmentar o domínio, senão guardado o vínculo com o centro, homogêneo e, se possível, monolítico” FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 607-608, 610. “Vivendo quatrocentos anos no litoral vastíssimo, em que palejam reflexos da vida civilizada, tivemos de improviso, como herança inesperada, a República” CUNHA, Euclides da. *Os Sertões*: campanha de Canudos. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001. p. 317. A propósito, Manoel Ferreira Filho arguiu que “a bandeira dos republicanos era o federalismo e não a derrubada da Monarquia em si” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 59. Há, contudo, registros de que o ideal federativo no Brasil seja tão antigo quanto a independência ou mesmo anterior a ela. Reconheço que o ideal federativo no Brasil é anterior a Constituição Republicana de 1891 nesse sentido: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 301-305, mas não há como falar em auxílio mútuo entre entes federativos entre entes federativos, até porque não havia distinção entre o governo central e as províncias, ambos eram um ente só. Ademais, também não havia previsão de auxílio financeiro em norma rígida (como hoje a Constituição Federal), motivo por que, neste artigo, consideramos a Constituição de 1891 como o marco inicial do federalismo fiscal-financeiro no Brasil.

Consoante o princípio federalista recém-instituído nesta ordem constitucional, a União só poderia intervir nos Estados para manter a ordem, a forma republicana de governo e o cumprimento das leis ou para reprimir invasão estrangeira.

A federalização “rompe com a tradicional unidade de fontes legislativas e introduz uma política estadual legitimada pela Constituição Federal”¹⁵. A partir de então, incumbia aos Estados elaborar suas próprias leis, desde que não entrassem em conflito com essa mesma Constituição, além do que podiam decretar impostos sobre exportações, imóveis, indústrias, profissões e transmissão de propriedades. A competência tributária da União se limitava aos impostos sobre importações e às taxas de correios e telégrafos federais.

No que concerne ao auxílio financeiro da União aos seus Estados-Membros, a separação estanque de competências (e responsabilidades) entre eles, típica do federalismo dual, era a regra, excepcionada apenas pelo artigo 5º da Constituição de 1891¹⁶. Ele discorria sobre a sua única hipótese em que cabível o socorro da União aos demais entes que compunham a aliança federal: em caso de calamidade pública, se a União fosse instada a socorrer¹⁷.

Sem ter progredido mais no pertinente ao federalismo financeiro, “o resultado desse sistema foi a manutenção de desigualdades gritantes entre os vários membros da Federação”¹⁸, da assimetria de fato latente entre as suas Unidades. Talvez este tenha sido “o principal fator que logo pôs em evidência a inadequação do arranjo federativo então estabelecido”¹⁹.

Nos governos militares de Deodoro e Peixoto²⁰, o federalismo foi pouco expressivo, ao passo que esteve sufocado pelas manifestações do unitarismo vindas do autoritarismo monárquico e das oligarquias. Os próprios Estados, paradoxalmente, “batalharam pelo incremento da atividade da União”²¹. E “[...] logo se patenteou o desencontro da realidade com a lei, da doutrina com os fatos, do federalismo que se pusera na Constituição com o federalismo que se veio a exercer”²². Do federalismo, o que de fato se conhecia era “somente o que a Constituição de 1891 dispunha textualmente”²³.

3. O PRIMEIRO MARCO DE TRANSIÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO (1897-1926)

Com desprestígio do Exército, consequência do desfecho da Guerra de Canudos (1893-1897), entre nós se operou “a transformação política do Brasil, a maior revolução verificada entre nós — a passagem do poder das mãos da federação, das mãos do Brasil, para as mãos dos Estados”²⁴. Infelizmente, esse cenário transformou-se em propício espaço de implantação da “política dos governadores”, em que “os governadores [...] serão [eram] a eleição, a legitimidade”²⁵.

15 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 339.

16 “Art 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.”

17 O que, segundo regulamentação datada de 1897, dependeria de solicitação formal do pedido e comprovação documentada de que os recursos disponíveis pelo Estado solicitante foram totalmente exauridos tentando desbaratar a calamidade que o atingiu.

18 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 32.

19 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 27.

20 Marechal Deodoro da Fonseca (1889-1891) e Marechal Floriano Peixoto (1891-1894).

21 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 59.

22 “A ditadura de Floriano foi a primeira manifestação perturbadora de unitarismo crônico, violento, autoritário, herdado ao País pela tradição imperial, sobrevivente à queda da monarquia. Do lado oposto, após o interregno dilatatório, estavam as oligarquias, que compunham a nova realidade do poder, enchendo igualmente de temores o ânimo amargurado dos federalistas da Primeira República” BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 317-318.

23 FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28. Nem a “Revolução” Federalista do Rio Grande do Sul, ocorrida entre fevereiro de 1893 e agosto de 1895, fez expandir o seu ideal de ampliar a autonomia dos Estados federados, descentralizando poder da União Federal.

24 “Não teria sido tão rápida a passagem se não tivesse havido a guerra de Canudos em que foi sacrificado o Exército nacional” FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 636.

25 “O aparelho fiscal e financeiro, concentrado na União, permitia sufocar essa reação, dada a permanente penúria dos Estados

Frisemos que o fim do regime escravocrata no Brasil precipitou a proclamação da República; esta estendeu o direito ao voto, ao passo que tornou as Províncias em Estados, governados por autoridades elegíveis pelo povo. E, encetando o sistema de eleições, pressuposto de participação e autonomia das unidades federadas, tornou-se favorável o surgimento do “coronelismo”²⁶.

Entre 1889-1930, o poder político em nosso país esteve sob o controle de oligarquias rurais, poderes privados não democráticos dos potentados locais, que funcionavam em torno de sistema de reciprocidade, sendo este um “sistema político dominado por uma relação de compromisso entre o poder privado decadente e o poder público fortalecido”²⁷. No eixo Município-Estado, figuravam os “coronéis” e a política dominante do Estado; no eixo Estado-União, os governadores e o guardião da chave do erário em âmbito federal.

Assim funcionava o compromisso “coronelistas”: os chefes locais ofereciam incondicional apoio aos candidatos do oficialismo nas eleições estaduais ou federais e os líderes da situação estadual ofereciam carta-branca ao chefe local governista²⁸. À disposição dos chefes locais estavam favores de ordem pessoal e mesmo auxílio financeiro do Estado. “É, pois, a fraqueza financeira dos Municípios um fator que contribui, relevantemente, para manter o ‘coronelismo’²⁹, na sua expressão governista”³⁰.

E, a exemplo do que ocorria nos municípios com a formação e manutenção das oligarquias locais, acontecia em situação geograficamente aumentada com a fundação das oligarquias estaduais, uma dando sustentação para a outra³¹. Tal arranjo importava em comerciar favores, naquele caso entre “coronéis” e governo estadual, neste, entre governadores³² e os representantes do povo na instância federal³³.

Nessa mais ampla composição política, os instrumentos que mais eficazmente garantiam a preponderância do presidente da República eram, na ordem financeira, os auxílios da União, destinados a suprir a escassez das rendas estaduais, e, na ordem política, o reconhecimento de poderes (a degola), que podia manter no Congresso Federal, ou dele expulsar, os senadores e deputados que as fraudes e os chefes locais extraíam das urnas.³⁴ (Grifo nosso)

para proverem às suas necessidades. Só os grandes estariam ao abrigo da ajuda federal direta, impondo seus interesses na formulação da política econômica. Os pequenos Estados obedecem porque são pobres e continuam pobres porque não participam dos estímulos comandados pela União. Essa circunstância permitiu que a política dos governadores evoluísse para a supremacia do presidente da República, numa tendência que o presidencialismo favorecia” FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 645, 647.

26 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 233. São os seus traços característicos: atuação no reduzido cenário do governo local; isolamento (incursão do privado no público); e pressuposição da decadência do poder privado e do fortalecimento do poder público, cada um com um certo grau de fraqueza FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 230 e ss.

27 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 231.

28 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 67-68.

29 Típico do período republicano, decorre basicamente da abolição da escravatura, do aumento do contingente eleitoral e da adoção do federalismo. “A influência política dos donos de terras (os coronéis) aumentou graças à dependência dessa grande parcela do eleitorado causada pela estrutura agrária e fundiária. [...] Com o federalismo e a existência, então, do governo estadual eletivo (não mais nomeado pelo Poder Central, como no Império), tornou-se necessária a implantação de máquinas eleitorais nos Estados, baseadas no poder dos coronéis” BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 35.

30 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 65.

31 “O regime federativo também contribuiu, relevantemente, para a produção do fenômeno: ao tornar inteiramente eletivo o governo dos Estados, permitiu a montagem, nas antigas províncias, de sólidas máquinas eleitorais; essas máquinas eleitorais estáveis, que determinaram a instituição da ‘política dos governadores’, repousavam justamente no compromisso ‘coronelistas’” LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 233.

32 Os analfabetos não votavam e cerca de 50% do eleitorado concentrava-se nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Isso é o que explica o conchavo político entre os dois primeiros, comumente apelidado de “a política do café-com-leite”.

33 FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 651-653. Consoante explica Cármen Lúcia, “[...] o coronel garantia os votos que elegeriam o governador, que, por sua vez, apoiaria determinado candidato a presidente da República, que, eleito, guarneceria a força do governador que lhe assegurara o pleito, o qual, numa cadeia (sem trocadilho) cadenciada decrescente, fundamenta todos os poderes do coronel” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 152-153.

34 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 111.

A União, dessa maneira, auxiliava Estados, encaminhando-lhes recursos financeiros. Ocorre que, enquanto vigente a “política dos governadores”, esse apoio era oferecido unicamente como troca de favores, condicionado politicamente, ficando ao arbítrio da União decidir a periodicidade e o *quantum* enviar aos aliados do governo da situação³⁵.

“Coronelismo” e “Política de Governadores” eram a base do regime político implantado com a Proclamação da República³⁶. Isso propiciou a alteração do cenário federal. “A brisa autonomista do começo da República em breve tempo deixou de soprar, e ventos contrários passaram a impulsionar a política do municipalismo no Brasil”³⁷, até então sacrificado em favor dos Estados e da União³⁸.

4. O SEGUNDO MARCO DE TRANSIÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO (1926-1934)

Em 1926, adveio Reforma Constitucional da qual resultou a ampliação dos poderes da União, mormente porque, ao substituir o teor do artigo 6º da Constituição de 1891, incrementou o rol de hipóteses de cabimento da intervenção do governo federal em negócios particulares dos Estados.

Seguindo o movimento de amplificação das competências da União, a Revolução de 3.10.1930³⁹ foi marcante na história brasileira, ao passo que deu forte impulso à federalização de órgãos e políticas estaduais e ao fortalecimento dos sistemas administrativos e da burocracia federais.

Com o movimento revolucionário, surgiu a figura do “interventor federal” para os Estados, que exercia funções legislativas e executivas, subordinado somente ao chefe do governo provisório, o que foi o bastante para suprimir a autonomia dos Estados. Esvaziaram-se, também, as oligarquias regionais, fundando⁴⁰ o “federalismo pátrio”, uma espécie de federalismo cooperativo de forte propensão centralizadora⁴¹, segundo o qual

[...] os Estados passaram a cortejar o poder central para dele receber auxílio para os investimentos, subsídios, incentivos, fazendo com que os mesmos, em razão disso, perdessem por completo a autonomia constitucional e federativa. Dessa fase resultou uma espécie de guerra econômica entre as regiões e os Estados-membros, posto que somente a autoridade executiva da Federação detinha o alto poder decisório, o que acabou por fazer ruir de vez com o sistema federativo.⁴²

Se, até então, reinava a teoria da soberania estadual, de Campos Sales⁴³, após, “o socialismo de Estado, que inspirava os mentores daquela Carta, produziu uma forte centralização, com o engrandecimento dos poderes destinados ao governo federal”⁴⁴.

35 FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001. p. 651-653.

36 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Coleção Estado e Constituição n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 37. A esse federalismo, Cármen Lúcia denomina “federalismo tupiniquim”, “pejado de fenômenos políticos caboclos, intercalado, ou, mesmo, impedido de se aperfeiçoar pelo advento do coronelismo, da política dos Governadores e pelas ditaduras militares que assolaram os primeiros anos da República Federativa, tão pouco pública e quase nada federativa” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil*: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 227.

37 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 68.

38 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 109.

39 Movimento armado, encabeçado pelos Estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, que desembocou no golpe de Estado que depôs o Presidente da República da época, Washington Luís, e impediu a posse do presidente eleito Júlio Prestes, pondo fim à República Velha.

40 Vale anotar que a Constituição de 1891 foi afastada por obra do Decreto n. 19.398, de 11.11.1930, que instituiu o Governo Provisório criado pela Revolução de 1930, e não pela Constituição posterior a ela, a de 1934.

41 O Governo Provisório liderado por Vargas previu a centralização da arrecadação tributária por parte da União e a proibição dos Estados contraírem empréstimos externos sem sua autorização BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 39.

42 FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 29.

43 FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28.

44 FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30.

5. O TERCEIRO MARCO DE TRANSIÇÃO DO FEDERALISMO BRASILEIRO (1934-1937)

A Constituição brasileira de 1934, inspirada nas Constituições de Weimar, de 1919, e na austríaca de 1920, inaugurou o federalismo cooperativo no Brasil⁴⁵. Nesses sentidos, em matéria tributária, as competências foram compartilhadas entre os entes federados não apenas de forma enumerada e remanescente (como no federalismo clássico), mas também de maneira concorrente, vedada a bitributação⁴⁶.

Com respeito à partilha de rendas, por força do que previsto no artigo 8º, § 2º, competia privativamente aos Estados decretar impostos sobre indústrias e profissões, cuja arrecadação caberia aos Estados e Municípios, em partes iguais para cada⁴⁷. Além do mais, União e Estados, concorrentemente, poderiam criar outros impostos. Em casos em que a arrecadação, em regra⁴⁸, seria operada pelos Estados, com a subsequente partilha do seu produto com a União e os Municípios⁴⁹.

O “novo federalismo” edificado no Brasil⁵⁰ por meio da Constituição de 1934, desencadeou conflitos, entre 1934 e 1937, muitos dos quais tangiam à autonomia estadual⁵¹. Decorrente disso, sobreveio o Decreto n. 457, de 26.11.1935⁵², estabelecendo o estado de sítio⁵³, seguido do Decreto n. 702, de 23.3.1936, que impunha o estado de guerra no Brasil.

45 Cf. artigos 9º, 10, 140 e 177: “Art 1º - A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889. Art 9º - É facultado à União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços, e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações. Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: I - velar na guarda da Constituição e das leis; II - cuidar da saúde e assistência públicas; III - proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte; IV - promover a colonização; V - fiscalizar a aplicação das leis sociais; VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus; VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente. Parágrafo único - A arrecadação dos impostos a que se refere o número VII será feita pelos Estados, que entregarão, dentro do primeiro trimestre do exercício seguinte, trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo. Se o Estado faltar ao pagamento das cotas devidas à União ou aos Municípios, o lançamento e a arrecadação passarão a ser feitos pelo Governo federal, que atribuirá, nesse caso, trinta por cento ao Estado e vinte por cento aos Municípios. Art 140 - A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais. Art 177 - A defesa contra os efeitos das secas nos Estados do Norte obedecerá a um plano sistemático e será permanente, ficando a cargo da União, que dependerá, com as obras e os serviços de assistência, quantia nunca inferior a quatro por cento da sua receita tributária sem aplicação especial. § 1º - Dessa percentagem, três quartas partes serão gastas em obras normais do plano estabelecido, e o restante será depositado em caixa especial, a fim de serem socorridos, nos termos do art. 7º, nº II, as populações atingidas pela calamidade. § 2º - O Poder Executivo mandará ao Poder Legislativo, no primeiro semestre de cada ano, a relação pormenorizada dos trabalhos terminados, e em andamento, das quantias despendidas com material e pessoal no exercício anterior, e das necessárias para a continuação das obras. § 3º - Os Estados e Municípios compreendidos na área assolada pelas secas empregarão quatro por cento da sua receita tributária, sem aplicação especial, na assistência econômica à população respectiva. § 4º - Decorridos dez anos, será por lei ordinária revista a percentagem acima estipulada.”

46 “Art 11 - É vedada a bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União quando a competência for concorrente. Sem prejuízo do recurso judicial que couber, incumbe ao Senado Federal, *ex officio* ou mediante provocação de qualquer contribuinte, declarar a existência da bitributação e determinar a qual dos dois tributos cabe a prevalência.”

47 “Art 8º - Também compete privativamente aos Estados: I - decretar impostos sobre: [...] g) indústrias e profissões; [...] § 2º - O imposto de indústrias e profissões será lançado pelo Estado e arrecadado por este e pelo Município em partes iguais.”

48 Como exceção, a arrecadação para posterior rateio só seria empreendida pela União como pena ao Estado que deixasse de repassar as cotas devidas à União ou aos Municípios, hipótese em que seu percentual de participação seria diminuído de 50% para 30%.

49 “Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente. Parágrafo único - A arrecadação dos impostos a que se refere o número VII será feita pelos Estados, que entregarão, dentro do primeiro trimestre do exercício seguinte, trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo. Se o Estado faltar ao pagamento das cotas devidas à União ou aos Municípios, o lançamento e a arrecadação passarão a ser feitos pelo Governo federal que atribuirá, nesse caso, trinta por cento ao Estado e vinte por cento aos Municípios.”

50 Que paralelamente era também instalado nos Estados Unidos da América.

51 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

52 O Decreto Legislativo n. 5, de 25.11.1935, que autorizou a decretação pelo Presidente da República foi editado dois dias após a rebelião armada organizada contra o presidente Getúlio pelo Partido Comunista Brasileiro – PCB, conhecida por “Intentona Comunista”.

53 O instituto do estado de sítio foi banalizado durante a Primeira República, uma vez que era constantemente utilizado pelos presentes da República. Durante o governo de Arthur Bernardes a medida foi utilizada por 1.287 dias. A reforma constitucional de 1926 foi aprovada em pleno estado de sítio. A Constituição de 1934, diferente das demais, não previu o “estado de sítio preventivo” e em seu art. 40 estabelecia ser da competência do Legislativo decretar o estado de sítio: “Art 40 - É da competência exclusiva do Poder Legislativo: [...] d) aprovar ou suspender o estado de sítio, e a intervenção nos Estados, decretados no intervalo das suas sessões; [...]”.

6. O MARCO DE RUPTURA: O “QUASE UNITARISMO” GETULISTA

O golpe getulista e a edificação do “Estado Novo” em 1937 deu azo a que se erguesse a prumo uma nova ordem constitucional, que deixou de se referir ao Brasil como “Estados Unidos do Brasil”, como fizeram as Constituições de 1891 e 1934, conquanto anunciasse nominalmente a condição de Estado Federal do Brasil⁵⁴. Com base nela (na nova ordem constitucional), decretou-se a intervenção federal em todos os Estados⁵⁵, dissolveram-se a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais, sem jamais ter convocado as eleições para o Parlamento Nacional ou sequer para as Assembleias Legislativas⁵⁶, e transferiu-se ao governo federal a prerrogativa de confirmar e nomear os governadores de Estados em todo o País⁵⁷.

Isso se deu porque as administrações estaduais e municipais eram regidas pelo Decreto-lei n. 1.202, de 8.4.1939. Esse texto legal transformou os Estados-membros em “coletividades territoriais descentralizadas”, as quais deviam se submeter à supervisão, controle e fiscalização do presidente da República. É o que se designa de “regime de tutela administrativa, política e financeira dos estados-membros ao Chefe de Estado”⁵⁸, pois “[...] não sobrou nenhuma esfera legislativa para que os Estados atuassem sem a permissão do Poder Central”⁵⁹.

Dessa maneira, instalou-se o unitarismo para fortalecer o poder presidencial, afinal a organização federativa do Estado é incompatível com a ditadura: “onde há ditadura, há Estado unitário, com governo centralizado”⁶⁰. Dessa forma, o governo de Getúlio Vargas não sofria limitações.

No que tange à partilha de rendas, a Constituição de 1937 repetiu, em parte, o dispositivo da Constituição anterior, mantendo a competência dos Estados, agora exclusiva, de decretarem impostos sobre indústrias e profissões, para posterior arrecadação partilhada com os Municípios⁶¹.

7. O MARCO DE RESTABELECIMENTO DO FEDERALISMO BRASILEIRO: O FEDERALISMO FIRMADO COM BASE NO ORÇAMENTO FEDERAL

O restabelecimento de um federalismo baseado em planos de ações, que adequasse a forma de Estado federalista à realidade, foi operado apenas com Constituição de 1946. Esta foi edificada logo após a 2ª Guerra Mundial, quando já se tinha encerrado o Estado Novo protagonizado por Vargas, revela um caráter social-democrata⁶² e uma preocupação desenvolvimentista⁶³.

54 “Art 3º - O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.” Por isso, Raul Machado Horta considerar que, nesta fase, o federalismo brasileiro foi um “federalismo puramente nominal” HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 322.

55 Parágrafo único do art. 178. O parágrafo único do art. 8º previa que “O Estado que, por três anos consecutivos, não arrecadar receita suficiente à manutenção dos seus serviços, será transformado em território até o restabelecimento de sua capacidade financeira”. Note-se que, “Além do controle da economia através da intervenção estatal, havia também o controle militar, efetivado pelo crescimento e reestruturação das Forças Armadas” BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

56 A que os arts. 175 e 178 se referem.

57 Art. 176 da Constituição de 1937. Resultado: apenas o nome do governador de Minas Gerais, Benedito Valadares, foi confirmado por Vargas. Outros ex-governadores passaram a deter o título de interventores dos Estados-membros.

58 AMARAL FILHO, Jair do. *Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil*, p. 9-10. Disponível em: <http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2013.

59 BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 42. Nisso reside, segundo José Reinaldo de Lima Lopes, o caráter “centralizador e antifederal” da Constituição de 1937 LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 362.

60 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 66.

61 “Art 23 - É da competência exclusiva dos Estados: I - a decretação de impostos sobre: [...] f) indústrias e profissões; [...] § 2º - O imposto de indústrias e profissões será lançado pelo Estado e arrecadado por este e, pelo Município em partes iguais.”

62 FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30.

63 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 59.

Ressalte-se que a redivisão de poder entre Estado-Central e Estados-Membros “aconteceu pela via do federalismo fiscal financeiro, isto é, maior repartição das receitas e despesas federais. A relação financeira do Estado Federal foi estabelecida através do orçamento federal”⁶⁴. Ela diz respeito também ao artigo 5º da Constituição de 1891 – atinente à prestação de socorro pela União aos Estados em caso de calamidade pública –, que foi repetido na Carta de 1946⁶⁵.

Relativamente à partilha de rendas, resgataram-se as disposições da Constituição de 1934, prevendo a competência concorrente da União e dos Estados para a criação de novos impostos, os quais seriam arrecadados pelos Estados e parcialmente destinados à União e aos Municípios, em percentuais agora atualizados⁶⁶.

A Constituição de 1946 também inovou o ordenamento jurídico pátrio ao firmar que os Municípios receberiam, ainda, percentuais de impostos federais e estaduais e, de igual forma, aos Estados seria repassado parte do que a União auferisse com a arrecadação dos impostos federais⁶⁷.

As regiões economicamente menos desenvolvidas (Norte e Nordeste) passam a ser apoiadas financeiramente de forma sistemática e estrutural e não mais só emergencialmente. “Encontram-se aí as primeiras preocupações e os primeiros mecanismos objetivando um certo reequilíbrio estrutural e compensatório entre os Estados membros da federação brasileira”⁶⁸. Não é sem razão que, nesse momento histórico, criou-se o Banco do Nordeste do Brasil — BNB e a Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste — Sudene⁶⁹. “Verifica-se o desenvolvimento de cooperação, a assimetria constitucional para a correção da assimetria de fato”⁷⁰. Desde então, todas as Constituições reservam esforços para a superação das desigualdades regionais.

64 AMARAL FILHO, Jair do. *Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil*, p. 9-10. Disponível em: <http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf>. Acesso em 1 nov. 2013.

65 Art. 18, § 2o.

66 “Art 21 - A União e os Estados poderão decretar outros tributos além dos que lhe são atribuídos por esta Constituição, mas o imposto federal excluirá o estadual idêntico. Os Estados farão a arrecadação de tais impostos e, à medida que ela se efetuar, entregarão vinte por cento do produto à União e quarenta por cento aos Municípios onde se tiver realizado a cobrança.”

67 Vide arts. 15, III, § 2º, e 20. “Art 15 - Compete à União decretar impostos sobre: [...] III - produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica; [...] § 2º - A tributação de que trata o nº III terá a forma de imposto único, que incidirá sobre cada espécie de produto. Da renda resultante, sessenta por cento no mínimo serão entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção, nos termos e para os fins estabelecidos em lei federal. [...] § 4º - A União entregará aos Municípios, excluídos os das Capitais, dez por cento do total que arrecadar do imposto de que trata o nº IV, feita a distribuição em partes iguais e aplicando-se, pelo menos, metade da importância em benefícios de ordem rural.” E “Art 20 - Quando a arrecadação estadual de impostos, salvo a do imposto de exportação, exceder, em Município que não seja o da Capital, o total das rendas locais de qualquer natureza, o Estado dar-lhe-á anualmente trinta por cento do excesso arrecadado.”

68 AMARAL FILHO, Jair do. *Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil*, p. 10. Disponível em: <http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf>. Acesso em 1 nov. 2013.

69 “Partindo do pressuposto de que não existe plano de desenvolvimento sem política de desenvolvimento”, a SUDENE (criada pela Lei n. 3.692, de 15/12/1959), procurou, por seu Conselho Deliberativo, vincular o problema do desenvolvimento ao debate político regional. No Conselho Deliberativo da SUDENE, órgão federal de planejamento regional, participavam os governos estaduais, o que “quebrava a prática centralizada do planejamento nacional, além de ter relevância na tentativa de reestruturação do federalismo brasileiro, envolvendo, efetivamente, os governos federal e estaduais, com a sua participação conjunta em programas e projetos comuns”. Dos 22 membros do Conselho Deliberativo da SUDENE, 9 eram indicados pelos Governadores do Nordeste. “Esta participação direta dos Governadores legitimava e dava força às decisões tomadas pelo Conselho Deliberativo” (p. 45). “O objetivo, além de lidar com as questões regionais específicas, era poder influir nas decisões de política nacional, para que nenhuma medida fosse tomada sem levar em conta seus efeitos no Nordeste, tornando a SUDENE uma espécie de ‘contrapeso’ à influência do poder econômico do setor industrial do Centro-Sul no âmbito do Poder Executivo” (p. 45). “O Conselho Deliberativo concretizava um federalismo regionalizado, tentando soldar os Estados em um novo pacto federativo, de caráter regional, para refazer o pacto federativo nacional” BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 43-46.

70 RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998. p. 258.

8. NOVO MOVIMENTO DE CENTRALIZAÇÃO: O “FEDERALISMO POR REGIÕES”

Essa descentralização fiscal-financeira da União, em favor dos subsistemas nacionais, no entanto, foi abalada em razão do golpe militar de 1964. Apesar de a Constituição de 1946 continuar formalmente vigente nos primeiros anos do governo militar⁷¹, o modelo federal foi fissurado e teve que se readaptar à nova realidade posta.

Com efeito, o ano de 1964 marcou um momento importante de redefinição das condições de financiamento do setor público. Foram criadas as poupanças compulsórias, além disso foi ampliado o poder de gasto da União e a capacidade de expandir o crédito ao setor privado e às outras esferas de governo. Por meio da Lei n. 4.320, de 17.3.1964, pela primeira vez no direito brasileiro, definiu-se “fundo”⁷².

[...] as alterações no sistema tributário provocaram a centralização da receita em mãos da esfera federal e reduziram as prerrogativas dos governos subnacionais nas áreas tributária e fiscal. O reconhecimento de que os estados e municípios perderiam participação na distribuição dos recursos tributários levou o governo a criar os fundos de participação (FPE e FPM), beneficiando as unidades de menor poder econômico, como forma de compensar a profunda desigualdade de poder fiscal entre elas.⁷³

Foi, então, que, em 1º.12.1965, adveio a Emenda Constitucional n. 18, que, a pretexto de reformar o sistema tributário da época, fixou o rol exaustivo de impostos componentes do sistema tributário nacional⁷⁴. No bojo deste mesmo instrumento normativo, foi, pela primeira vez, previsto o Imposto sobre Produtos Industrializados — IPI⁷⁵ e criado o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal — FPE, que cometia à lei complementar a regulamentação de sua aplicação⁷⁶.

Em se tratando de distribuição de receitas tributárias, a Reforma Constitucional de 1965 estatuiu a participação dos Estados e dos Municípios no produto da arrecadação de alguns impostos da União (artigos 20, 22 e 23)⁷⁷ e a destinação de percentuais da arrecadação de alguns impostos federais ao Fundo de Participação

71 Por obra do artigo 1º do Ato Institucional n. 1, que assim o determinava. E a Constituição de 1946 continuou “vigente” até que foi outorgada a nova Constituição, em 1967. Cf.: “Art. 1º São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes neste Ato”.

72 “Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.”

73 LOPREATO, Francisco Luiz C. “Um novo caminho do federalismo no Brasil?” In: *Economia e Sociedade*. Campinas, n. 9, dez/1997, p. 95-96.

74 “Art. 5º Os impostos componentes do sistema tributário nacional são exclusivamente os que constam desta Emenda, com as competências e limitações nela previstas”. Suprimindo, por conseguinte, o artigo 21 da Constituição de 1946 (a possibilidade de criação de novos tributos pela União e Estados e consequente distribuição do seu produto pelos Estados à União e aos Municípios).

75 “Art. 11. Compete à União o imposto [sic] sobre [sic] produtos industrializados.”

76 “Art. 21. Do produto da arrecadação dos impostos a que se referem o artigo 8º, nº II, e o art. 11, 80% (oitenta por cento) constituem receita da União e o restante distribuir-se-á à razão de 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, e 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios. § 1º A aplicação dos Fundos previstos neste artigo será regulada por lei complementar, que cometerá ao Tribunal de Contas da União o cálculo e a autorização orçamentária ou de qualquer outra formalidade, efetuando-se a entrega, mensalmente, através dos estabelecimentos oficiais de crédito. § 2º Do total recebido nos termos do parágrafo anterior, cada entidade participante destinará obrigatoriamente 50% (cinquenta por cento), pelo menos, ao seu orçamento de capital.” Como resultado dos seus cinquenta anos de existência na experiência brasileira, Alexandre Rocha informa que “os indicadores do Nordeste e Norte permanecem estacionados um pouco acima de, respectivamente, 40% e 60% da média brasileira. Enquanto isso, houve um claro processo de convergência entre as rendas *per capita* das regiões Centro-Oeste e Sul, de um lado, e Sudeste, de outro” ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010. (Textos para Discussão, 71). p. 18).

77 “Art. 20. Serão distribuídas pela União: I - aos Municípios da localização dos imóveis, o produto da arrecadação do imposto a que se refere o artigo 8º, nº I [ITR]; II - aos Estados e aos Municípios, o produto da arrecadação, na fonte, do imposto a que se refere o art. 8º, nº II [IR], incidente sobre a renda das obrigações de sua dívida pública e sobre os proventos dos seus servidores e dos de suas autarquias. Parágrafo único. As autoridades arrecadadoras dos tributos a que se refere este artigo farão entrega aos Estados e Municípios das importâncias recebidas correspondentes a estes impostos, à medida que forem sendo arrecadadas, independentemente da ordem das autoridades superiores, em prazo não maior de trinta dias, a contar da data do recolhimento dos mesmos tributos, sob pena de demissão. [...] Art. 22. Sem prejuízo do disposto no art. 21, os Estados e Municípios que celebrem com a União convênios destinados a assegurar ampla e eficiente coordenação dos respectivos programas de investimentos e serviços públicos, especialmente no campo da política tributária, poderão participar de até 10% (dez por cento) da arrecadação efetuada, nos respectivos territórios, proveniente do imposto sobre o rendimento das pessoas físicas, e no art. 11, excluído o incidente sobre fumo e bebidas alcoólicas. Art. 23. Do produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 16 [combustíveis, energia e minerais],

dos Estados e do Distrito Federal — FPE e ao Fundo de Participação dos Municípios — FPM (artigo 21)⁷⁸.

Nesse contexto, foi editado o Código Tributário Nacional — CTN, instituído pela Lei n. 5.172/66, que entrou em vigor em 1967. A par de tantas novidades na ordem tributária⁷⁹, regulamentou o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, separadamente do Fundo de Participação dos Municípios⁸⁰.

Naquele momento, então, 10% (dez por cento) do produto da arrecadação da União com os impostos sobre a renda — IR e sobre produtos industrializados — IPI, depois de descontados os incentivos fiscais vigentes à época, restituições e outras deduções legais referentes a esses impostos, eram repassados aos Estados e Distrito Federal a título de FPE.

As transferências seriam feitas segundo coeficientes variáveis sistematizados nos artigos 88, 89 e 90 do CTN, fixados proporcionalmente aos fatores de representatividade que elegeram: área de cada estado (com peso de 5%) e resultado da multiplicação dos fatores representativos da população e do inverso da renda *per capita* (peso de 95%). Nisso, levava em conta os três critérios clássicos de demanda por serviços públicos⁸¹.

Com a Constituição de 1967, confirmou-se a tendência à centralização no Brasil, fazendo-o voltar novamente para o centro, como em um movimento centrípeto⁸². Dentre as reformas institucionais que promoveu, registram-se “profundas reformas nos campos fiscal e financeiro, alterando voluntária e diretamente a relação fiscal-financeira entre estados, municípios e governo federal”⁸³. O FPE, contudo, foi mantido em termos bem semelhantes àqueles utilizados na égide da Constituição de 1946⁸⁴.

serão distribuídas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios 60% (sessenta por cento) do que incidir sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes e energia elétrica, e 90% (noventa por cento) do que incidir sobre operações relativas a minerais do País. Parágrafo único. A distribuição prevista neste artigo será regulada em resolução do Senado Federal, nos termos do disposto em lei complementar, proporcionalmente à superfície e à produção e ao consumo, nos respectivos territórios, dos produtos a que se refere o imposto.”

78 “Art. 21. Do produto da arrecadação dos impostos a que se referem o artigo 8º, nº II [IR], e o art. 11 [IPI], 80% (oitenta por cento) constituem receita da União e o restante distribuir-se-á à razão de 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, e 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios. § 1º A aplicação dos Fundos previstos neste artigo será regulada por lei complementar, que cometerá ao Tribunal de Contas da União o cálculo e a autorização orçamentária ou de qualquer outra formalidade, efetuando-se a entrega, mensalmente, através dos estabelecimentos oficiais de crédito. § 2º Do total recebido nos termos do parágrafo anterior, cada entidade participante destinará obrigatoriamente 50% (cinquenta por cento), pelo menos, ao seu orçamento de capital. § 3º Para os efeitos de cálculo da percentagem destinada aos Fundos de Participação exclui-se, do produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 8º, nº II, a parcela distribuída nos termos do art. 20, nº II.”

79 Do tipo: permissão para que os Estados e o Distrito Federal instituissem o Imposto sobre Circulação de Mercadorias no plano estadual, o imposto sobre Produtos Industrializados no nível federal, o imposto sobre Transportes Rodoviários e o Imposto Sobre Operações Financeiras.

80 *In verbis*: “Art. 86. Do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 43 e 46, 80% (oitenta por cento) constituem a receita da União e o restante será distribuído à razão de 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e 10% (dez por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios. [...] Art. 88. O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, a que se refere o artigo 86, será distribuído da seguinte forma: I – 5% (cinco por cento) proporcionalmente à superfície de cada entidade participante; II – 95% (noventa e cinco por cento), proporcionalmente ao coeficiente individual de participação, resultante do produto do fator representativo da população pelo fator representativo do inverso da renda *per capita*, de cada entidade participante, como definidos nos artigos seguintes. Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, consideram-se: I – a superfície territorial apurada e a população estimada, quanto a cada entidade participante, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; II – a renda *per capita*, relativa a cada entidade participante, no último ano para o qual existam estimativas efetuadas pela Fundação ‘Getúlio Vargas’.”

81 ROCHA, Alexandre A. “Rateio do FPE: análise e simulações”. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010. (Textos para Discussão, 71). p. 23.

82 FERRERI, Janice Helena. “A Federação”. In: BASTOS, Celso (Org.). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31.

83 AMARAL FILHO, Jair do. *Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil*, p. 8-12. Disponível em: <http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf>. Acesso em 1 nov. 2013.

84 “Art 26 - Do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 22, nº s IV e V, oitenta por cento constituem receita da União e o restante distribuir-se-á, à razão de dez por cento, ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, e dez por cento, ao Fundo de Participação dos Municípios. § 1º - A aplicação dos Fundos previstos neste artigo será regulada por lei, que cometerá ao Tribunal de Contas da União o cálculo das cotas estaduais e municipais, independentemente de autorização orçamentária ou de qualquer outra formalidade, efetuando-se a entrega mensalmente, por intermédio dos estabelecimentos oficiais de crédito. § 2º - Do total recebido nos termos do parágrafo anterior, cada entidade participante destinará obrigatoriamente cinquenta por cento,

Todavia, após a crise política de 1968, as transferências operadas pela União por meio dos fundos de participação foram reduzidas pela metade e o controle sobre a aplicação dos recursos tornou-se rígido⁸⁵. O Ato Complementar n. 40, de 30.12.1968, exigindo a existência de critérios concretos para sua aplicação, normatizava a entrega dos recursos aos entes desde que atendidas quatro condições⁸⁶: a) a aprovação de programas de aplicação elaborados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas pelo Poder Executivo Federal; b) a vinculação de recursos próprios, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, para a execução dos mencionados programas; c) a transferência efetiva para os Estados, Distrito Federal e Municípios de encargos executivos da União; e d) o recolhimento dos impostos federais arrecadados e liquidação das dívidas dessas entidades, ou de seus órgãos da Administração Indireta, para com a União, inclusive em decorrência de prestação de garantia (CF/67, art. 26, com a redação dada pelo AC 40/68), o que foi mantido na redação original da Emenda Constitucional no 1/69⁸⁷.

Aliás, a Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969, robusteceu a tendência centralizadora da Constituição de 1967. Na mesma esteira da Reforma Constitucional de 1926, que dilatava as competências e atribuições legislativas do governo central, em 1969 também se operou a superioridade financeira da União, que incumbiu a um órgão seu a solução dos conflitos entre os entes federativos, desmerecendo a autonomia estadual⁸⁸.

No que concerne à competência tributária, manteve-se a orientação da Emenda Constitucional n. 18/1965, passando a prever que a União teria a competência residual para a decretação de outros impostos. Verificou-se, ainda, maior participação percentual dos Municípios nos impostos da União e dos Estados e desses em impostos federais, como também a manutenção dos Fundos de Participação dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios.

Durante o governo militar no Brasil, foi ampliada a política de desenvolvimento regional, marcada pela manutenção da Sudene e do BNB além da criação da Superintendência de Desenvolvimento para a Amazô-

pelo menos, ao seu orçamento de capital.”

85 LOPREATO, Francisco Luiz C. “Um novo caminho do federalismo no Brasil?” In: *Economia e Sociedade*. Campinas, n. 9, dez/1997, p. 96.

86 O artigo 26 da Constituição de 1967 passou a vigor com a seguinte redação: “Art. 26 - Do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 22, n^{os} IV e V, a União distribuirá doze por cento na forma seguinte: I - cinco por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; II - cinco por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; III - dois por cento ao Fundo Especial a que se refere o § 3^o deste artigo. § 1^o - A aplicação dos Fundos previstos nos incisos I e II deste artigo será regulada por lei federal, que cometerá ao Tribunal de Contas da União o cálculo das cotas estaduais e municipais, condicionando-se a entrega das cotas: a) à aprovação de programas de aplicação elaborados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas, pelo Poder Executivo federal; b) à vinculação de recursos próprios, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, para execução dos programas referidos na alínea a; c) à transferência efetiva para os Estados, Distrito Federal e Municípios, de encargos executivos da União; d) ao recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, e à liquidação das dívidas dessas entidades, ou de seus órgãos da Administração Indireta, para com a União, inclusive em decorrência de prestação de garantia. § 2^o - Para efeito do cálculo da percentagem destinada aos Fundos de Participação, exclui-se a parcela do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos arts. 24, § 1^o e 25, § 1^o, letra a, pertencente, aos Estados e Municípios. § 3^o - O Fundo Especial terá sua destinação regulada em lei tendo em vista a aplicação do sistema tributário estabelecido nesta Constituição.”

87 “Art. 25. Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do artigo 21, a União distribuirá doze por cento na forma seguinte: I - cinco por cento ao Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; II - cinco por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; e III - dois por cento a Fundo Especial que terá sua aplicação regulada em lei. § 1^o A aplicação dos fundos previstos nos itens I e II será regulada por lei federal, que incumbirá o Tribunal de Contas da União de fazer o cálculo das quotas estaduais e municipais, ficando a sua entrega a depender: a) da aprovação de programas de aplicação elaborados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, com base nas diretrizes e prioridades estabelecidas pelo Poder Executivo Federal; b) da vinculação de recursos próprios, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, para execução dos programas citados na alínea a; c) da transferência efetiva, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de encargos executivos da União; e d) do recolhimento dos impostos federais arrecadados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, e da liquidação das dívidas dessas entidades ou de seus órgãos de administração indireta, para com a União, inclusive as oriundas de prestação de garantia. § 2^o Para efeito de cálculo da percentagem destinada aos Fundos de Participação, excluir-se-á a parcela do imposto de renda e proventos de qualquer natureza que, nos termos dos artigos 23, § 1^o, e 24, § 2^o, pertence aos Estados e Municípios.”

88 “Nunca estivemos tão perto de institucionalizar o Leviatã de Hobbes, como naqueles anos de incerteza e perplexidade” em que esteve vigente o Ato Institucional n. 5. BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 319.

nia — Sudam e da Superintendência da Zona Franca de Manaus — Suframa, passando o Federalismo brasileiro de uma “federação de estados” para uma “federação de regiões”⁸⁹. A multiplicação desses mecanismos de desenvolvimento regional e equalização estrutural, bem como a consolidação dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios, fazem o sistema federal brasileiro em muito avançar.

Assim, o federalismo, que se desenvolveu a partir da Revolução de 1964 até a Constituição de 1988, foi classificado como um “federalismo orgânico” — em que os poderes são superpostos e as unidades federadas “se formam à simples imagem e semelhança de um todo-poderoso poder central”, no que estaria excluída a característica mais importante do federalismo “que é a maior liberdade das instâncias políticas descentrais, autônomas e aproximadas da sociedade”⁹⁰ — e, eufemisticamente, como um “federalismo de integração”⁹¹.

No tocante especificamente ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, sucessivas normas (EC n. 5/1975⁹², EC n. 17/1980⁹³, EC n. 23/1983⁹⁴ e EC n. 27/1985⁹⁵) vieram a ser editadas para alterar o quanto percentualmente lhe seria destinado.

[...] desde o início dos anos oitenta houve uma forte elevação das transferências de impostos federais em favor dos governos subnacionais. A fração dos dois principais impostos federais sobre a renda (IR) e sobre o valor adicionado pela indústria (IPI) transferida aos fundos de participação dos estados (FPE) e dos municípios (FPM) aumentou de 18 para 44 por cento entre 1980 e 1990. Se incluirmos todas as transferências constitucionais, chega-se a uma parcela transferida de 47 por cento do IR e de 57 do IPI. Em 1980, esse total era de 20 por cento.⁹⁶

9. O FEDERALISMO BRASILEIRO DA CF/88: O FEDERALISMO FISCAL-FINANCEIRO

A Constituição de 1988 fez restabelecer o equilíbrio federativo incompatível com o regime militar que sucedeu⁹⁷, refundando⁹⁸ o federalismo cooperativo no Brasil⁹⁹. A República brasileira passou a albergar

89 AMARAL FILHO, Jair do. *Federalismo e Rescentralização Fiscal-Financeira no Brasil*, p. 8-12. Disponível em: <http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf>. Acesso em 1 nov. 2013.

90 ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 65-66.

91 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 59. A expressão “federalismo de integração” foi esboçada pelo então Ministro da Justiça do governo Médici, Alfredo Buzaid, “que considerava o desenvolvimento e a segurança nacional como fundamentos do novo federalismo”. Para Buzaid, “o ‘federalismo de integração’ iria além do federalismo cooperativo, atribuindo à União os poderes necessários para dirigir a política nacional, evitar conflitos com as unidades federadas e promover o desenvolvimento econômico com o máximo de ‘segurança coletiva’” BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 50-51.

92 Apresentou percentuais diminuídos sobre os quais seriam repartidas as receitas tributárias da União, auferidas a partir da arrecadação do IR e do IPI. Em 1976, 6% (seis por cento) do produto seria repassado para o FPE, em 1977, 7% (sete por cento), em 1978, 8% (oito por cento), para, então, ser concretizado o percentual disposto no inciso I do artigo 25 da Constituição vigente, de 9% (nove por cento).

93 Novamente alterou a redação do artigo 25 da então vigente Carta Federal, agora ampliando para 11% a cota de participação dos Estados e Distrito Federal no produto arrecadado pela União com os impostos descritos nos incisos IV e V do artigo 21. Além disso, designou que lei federal regulasse a aplicação dos Fundos, sem, por isso, dispensar a fixação de critérios (nova redação do § 2º do Art. 25 da Constituição vigente).

94 Determinou verter 14% ao FPE.

95 Mantido o percentual de 14% previsto na Emenda de 1983.

96 SERRA, José; AFONSO, José Roberto Rodrigues. “O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões”. p. 5. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>>. Acesso em 2 ago. 2013.

97 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 66.

98 “A Federação não apenas se restaurou com a Lei Fundamental de 1988. Antes, ela se recriou nessa Constituição” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 237.

99 “O Federalismo Cooperativo se justifica pelo fato de que, em um Estado intervencionista e voltado para a implementação de políticas públicas, como o estruturado pela Constituição de 1988, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional. Isto ocorre principalmente com os setores econômico e social, que exigem uma unidade de planejamento e direção. Antes, portanto, de o Estado Social estar em contradição com o Estado federal, o Estado Social influi de maneira decisiva no desenvolvimento do

uma Federação que é formada pela aliança indissolúvel da União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal¹⁰⁰, todos autônomos¹⁰¹, nos termos desta Constituição”, o que pressupõe serem todos os entes federativos dotados de autogoverno¹⁰², autoadministração¹⁰³ e autolegislação¹⁰⁴.

No artigo 1º da Constituição de 1988¹⁰⁵, o princípio federativo é apresentado como um princípio fundamental da Lei Maior¹⁰⁶, estruturante do Estado¹⁰⁷ ou, nos dizeres de J. J. Gomes Canotilho, um “princípio político constitucionalmente conformador”¹⁰⁸. Esse modelo federal, enunciado já no artigo 1º da Constituição, conta com importante mecanismo de proteção, estatuído no artigo 60, § 4º, inciso I, que veda toda e qualquer emenda sequer tendente a abolir a forma federativa de Estado¹⁰⁹.

Na dogmática federal fundada pela atual Constituição, a União¹¹⁰ é a pessoa jurídica de direito público interno que, dotada de capacidade política, ora representa a si própria, ora toda a federação — por exemplo para firmar relações jurídicas com pessoas de direito internacional, mesmo que intermediando interesses de outros entes federados. Ela (a União) é titular de direitos reais e pode ser de direitos pessoais. A lista dos seus bens consta no artigo 20 da Constituição¹¹¹.

federalismo atual, sendo o federalismo cooperativo considerado como o federalismo adequado ao Estado Social” BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57.

100 A simples leitura pode dar a entender que é a República que é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, mas não é isso. Como assinala José Afonso da Silva, “Em lugar de selecionar uma dimensão de sentido, o contexto normativo registra a linguagem simbólica que vem do contexto histórico (Decreto 1/1889), em que se oculta a riqueza da palavra ‘Federação’, menoscabada num simples qualificante da República” SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 34.

101 Para Ives Gandra, seria desnecessária a expressão “todos autônomos”, uma vez que o preâmbulo e o artigo 1º da Constituição já explicitaram a opção política de constituir Estado Federal. Além disso, segundo ela, a autonomia é da essência da Federação BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, Tomo 1, p. 8.

102 “[...] capacidade de tomar decisões políticas próprias, de definir seu próprio destino” MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 65.

103 “[...] capacidade de realizar, pelos seus próprios meios, suas decisões políticas e de pôr em prática suas próprias leis. Compreende não apenas a possibilidade de compor um corpo administrativo, mas também a concreta disponibilidade de recursos financeiros para realização dos fins pretendidos” MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 66.

104 “[...] capacidade de elaborar suas próprias leis”, que abarca a auto-organização: “[...] capacidade de elaborar sua própria Constituição, de organizar a si próprio” MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 65, 68. Em mesmo sentido: BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 207.

105 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. [...]”

106 A propósito, da primeira parte deste artigo 1º, extraem-se os princípios fundamentais relativos à existência e formas de Estado e de seu governo: o princípio federativo (em sentido estrito), o princípio da indissolubilidade da Federação e o princípio republicano SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32.

107 MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 38.

108 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986. p. 121. Ou seja, eleita, pelo constituinte originário, como a forma do Estado que se está a constituir, deve-se proceder à institucionalização da Federação, definindo o “seu feitiço peculiar no sistema” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 171.

109 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; [...]”. Daqui é que se extrai que o constituinte originário aderiu ao princípio da intangibilidade federal, ao qual Cristiano Franco Martins classifica como “princípio de manutenção”, ou seja, de preservação da federação MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 103 e ss. e 143). A propósito, ao ver deste autor, se caso o princípio federativo não fosse explícito em providenciar sua proteção por meio de cláusula pétrea, tarjando-o de limite material do poder de reforma, mesmo assim, implicitamente o princípio da intangibilidade federal funcionaria como um limite material ao poder de reforma constitucional MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 104.

110 “União” é diferente de “República”. Aquela tem personalidade jurídica interna e é autônoma; esta tem personalidade jurídica internacional e é soberana.

111 “Art. 20. São bens da União: [...] § 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recur-

Os Estados-membros têm sua autonomia garantida pelos artigos 25 a 28, 98 e 125 da Constituição Federal¹¹². Os Municípios e Distrito Federal, igualmente foram aquinhoados com autonomia, prevista respectivamente nos artigos 29 a 31 e 32 do texto constitucional de 1988.

Aliás, além dessa, há outras hipóteses de cabimento de intervenção para preservação do equilíbrio federativo. A intervenção pela União nos Estados e, a partir da Constituição Federal de 1988, também no Distrito Federal, estão arroladas nos demais incisos do mesmo artigo 34¹¹³, enquanto aquelas de cabimento da intervenção dos Estados em seus Municípios ou da União em Municípios localizados em Território Federal estão dispostas no artigo 35 do texto constitucional sob análise¹¹⁴.

“A regra da intervenção é excepcionadora do princípio federativo que implica a regra da não intervenção”¹¹⁵. A intervenção é a medida de autoridade tomada com o objetivo de manutenção da ordem, indissolubilidade da União e respeito a princípios constitucionais consagrados, nas hipóteses restritas do

so hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. [...]”

112 “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. § 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: [...]. Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze. [...] § 3º - Compete às Assembléias Legislativas dispor sobre seu regimento interno, polícia e serviços administrativos de sua secretaria, e prover os respectivos cargos. § 4º - A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual. Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77. [...] § 2º Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembléia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. [...] Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau; II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. [...] Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. § 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. [...] Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. [...]”

113 “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; [...]”

114 “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.”

115 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, Tomo 1, p. 322.

texto constitucional¹¹⁶. Mesmo assim, é “antítese da autonomia”¹¹⁷, pois, enquanto vigente, a entidade interventora, excepcionalmente, conserva a capacidade de gerir os negócios do ente que sofre a intermediação¹¹⁸.

Dessa sorte, atendidos os pressupostos formais da intervenção, ou seja, o modo de sua efetivação, seus limites e requisitos¹¹⁹ — o que inclui ouvir a opinião do Conselho da República (art. 90, inciso I) e do Conselho de Defesa Nacional (art. 89, § 1º, inciso II) —, é compreendida como medida indispensável¹²⁰ à defesa do Estado¹²¹, à defesa do princípio federativo¹²², à defesa das finanças estaduais¹²³ ou à defesa da ordem constitucional¹²⁴.

O Supremo Tribunal Federal é apresentado como o guardião da Constituição pelo artigo 102, *caput*, da Constituição Federal. Muitas de suas competências relacionam-se à preservação do princípio federativo, ao passo que deve dirimir conflitos de competências, provenientes da repartição de atribuições entre a União e os Estados-Membros¹²⁵, verificar a compatibilidade dos ordenamentos jurídicos estaduais com as normas da Constituição Federal, em especial no pertinente aos limites impostos àqueles¹²⁶, e aferir a necessidade de intervenção federal, quando pertinente¹²⁷.

A Federação, que ao STF incumbe proteger, passa a ser expressamente concebida como uma unidade composta de três ordens políticas¹²⁸, tridimensional¹²⁹, o que é mais uma novidade da Constituição de

116 “Quando um estado-membro não cumpre os deveres que a Constituição federal lhe impõe [...] torna-se necessário, na medida em que o dever violado esteja estabelecido como dever jurídico, um ato coercitivo com o qual o ordenamento violado reage ao fato ilícito” KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 50. É sempre um movimento “de cima para baixo”, do Estado central em seus estados-membros ou dos Estados em seus Municípios ou a União em seus territórios federais. “A possibilidade de um ilícito imputável ao Estado central ou ao poder federal não é absolutamente cogitada, sendo assim a intervenção federal concebida apenas como ato coercitivo que o Estado central ou o poder federal dirigem contra o estado-membro ou o estado singular” KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 52.

117 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 483; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 324.

118 “*Punctum dolens* do Estado federal”, nos dizeres de José Afonso da Silva. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 483; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 324.

119 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 326.

120 Francisco Bilac Pinto Filho aponta que este instituto, para o qual a Constituição destinou três artigos, hoje é “atavio sem serventia”. Isso porque os Estados, “mais do que em qualquer outra época, sofrem intervenções brancas por causas pecuniárias, por não terem ingerência na macroeconomia ditada pela União Federal. [...] muitas hipóteses que ensejam Intervenção da União Federal, são relevadas e os objetivos ou são atingidos desvirtuadamente ou são esquecidos pelas autoridades” PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. *A Intervenção Federal e o Federalismo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 326.

121 Art. 34, inc. I e II.

122 Art. 34, inc. II a IV.

123 Art. 34, inc. V.

124 Art. 34, inc. VI e VII.

125 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; [...]”

126 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

127 “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: [...] III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.”

128 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60.

129 Ives Gandra Martins apresenta como justificativa para o fato de os Municípios nunca antes terem sido considerados entes da federação o motivo de eles (os Municípios), diferentemente dos Estados-membros, não se despojarem de soberania para atuarem com autonomia BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, Tomo 1, p. 5. A Constituição de 1967, por exemplo, outorgava aos Municípios autonomia, mas não os reconhecia como entes da Federação: “Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo o País, dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléia

1988¹³⁰. Por essa razão o modelo de repartição de competências¹³¹ entre os entes federativos faz jus a essa peculiaridade brasileira, delineando a feição nacional do Federalismo pátrio¹³², sendo do tipo exclusivas e privativas¹³³, concorrentes da União, Estados-membros e Distrito Federal e comuns a todas as entidades federadas. Residualmente a competência legislativa é dos Estados-membros¹³⁴.

Relativamente à repartição de competências tributárias, a Constituição de 1988 fundou subsistema próprio¹³⁵ em capítulo específico¹³⁶, em que enumera as competências tributárias das entidades federativas para a instituição de impostos¹³⁷, reservando para a União o exercício da competência tributária residual¹³⁸ e extraordinária¹³⁹.

Em meio a esse capítulo, estão os artigos 157 a 162, que, relacionados à repartição das receitas tributárias, cuidam de “como se distribuem entre as pessoas da Federação as receitas obtidas com o exercício da competência tributária”¹⁴⁰.

[...] nessa matéria se tem um dos pontos de sustentação verdadeira ou de pretensão ilusória da verdade do princípio federativo, pois *não existe autonomia política sem independência financeira e essa não se obtém sem que haja a previsão e a garantia constitucional de recursos próprios e suficientes para a atuação política autônoma de cada uma das pessoas federadas.*¹⁴¹ (Grifo nosso)

Legislativa; II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade, de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei estadual; b) à organização dos serviços públicos locais. § 1º - Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação: [...]”

130 Com essa característica inovadora, o federalismo pátrio não se cingiu ao federalismo de coordenação entre a União e os Estados-membros, mas fez instituir um “federalismo de 2º grau” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 60 entre os Estados-membros e os Municípios.

131 Essas competências são do tipo normativas (arts. 22 e 24), materiais (arts. 21 e 23) e tributárias (arts. 145-162).

132 É o modelo de repartição de competências adotado pela Federação que define o modelo de Federação que um dado Estado decidiu constituir ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 176. “[...] ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 311. Nesse mesmo sentido: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, Tomo 1, p. 105; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 260; e BERCOVICI, Gilberto. “O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias de pesquisa”. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 90, edição especial, p. 7, abr/maio, 2008. “No nível político-institucional, a centralização de poder próprio do regime autoritário já chegou ao fim, a partir da tentativa embrionária, representada pela constituição de 1988, de repartição de poderes, descentralização de decisões e, naturalmente, recuperação da estrutura e dos ideais federativos” RABAT, Márcio Nuno. *A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil*. In: Consultoria Legislativa, estudo de agosto/2012, p. 11.

133 Os artigos 21 (competências exclusivas) e 22 (competências privativas) contemplam tanto competências nacionais quanto competências federais da União.

134 “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”

135 “Sistema tributário nacional”.

136 Capítulo I do Título VI (arts. 145 a 162). A repartição de receitas tributárias, muito embora esteja inserida no capítulo do “Sistema Tributário” na Constituição de 1988, é matéria de direito financeiro, uma vez que atine às relações entre os Poderes tributantes e não à relação entre tributantes e contribuintes ou responsáveis (Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 366; BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 6, Tomo. 2, p. 1-2; RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998. p. 266.

137 As taxas e contribuições de melhoria têm natureza vinculada, portanto são da competência do ente que oferecer serviço ou empreender obra que dê ensejo a sua cobrança MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64-72.

138 “Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; [...]”

139 “Art. 154. A União poderá instituir: [...] II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.” O imposto extraordinário de guerra – IEG foi criado na égide da Constituição de 1946, pela EC n. 18/46, logo após o término da II Guerra Mundial.

140 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 254. Lembrando que a repartição de receita tributária não afeta a competência tributária, uma vez que esta é indelegável CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 302.

141 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo

O sistema de rateio dos recursos da União com os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios e dos recursos dos Estados-membros com seus Municípios é misto¹⁴², quer dizer, pode-se dar de três formas¹⁴³.

A primeira, atinente à participação direta dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios na receita tributária da União e dos Estados, respectivamente, auferida com os impostos que José Afonso da Silva denomina de “impostos de decretação da União e percepção dos Estados e Distrito Federal” (art. 157, I) e “impostos supervenientes” (art. 157, II c/c art. 154, I), além dos “impostos de decretação da União e percepção dos Municípios” (art. 158, I) e dos “impostos de receita partilhada segundo a capacidade da entidade beneficiada” (art. 158, II¹⁴⁴, III e IV¹⁴⁵)¹⁴⁶. São aqueles que, segundo a dicção constitucional, *pertencem* aos Estados e ao Distrito Federal ou aos Municípios, pois União e Estados arrecadam em nome dos entes para quem transferem¹⁴⁷ — a relação é a de *pertencimento*¹⁴⁸.

A segunda diz respeito à participação de Estados e Distrito Federal no produto de impostos de receita partilhada (art. 159, II e III). Tendo em vista que o compartilhamento, neste caso, ocorre por derivação, Kiyoshi Harada defende que a União *devolve* parte do que arrecadado — tratar-se-ia de *devolução*¹⁴⁹.

Por derradeiro, a terceira forma cuida da participação de todos os entes da federação nos fundos constitucionais¹⁵⁰, também chamada “participação indireta”¹⁵¹ (art. 159, I). Do produto da arrecadação dos dois principais impostos de competência da União¹⁵², quais sejam os Impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza — IR e sobre produtos industrializados — IPI, 48% (quarenta e oito por cento) é repartido¹⁵³ entre os cinco fundos¹⁵⁴, destinado à promoção do equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios¹⁵⁵ — a União arrecada e, posteriormente, *entrega*¹⁵⁶.

Assim, os Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o dos Municípios, revigorados, com a Constituição de 1988, passaram a conviver com os Fundos Constitucionais de Desenvolvimento — FCD¹⁵⁷, desenvolvidos para dar suporte aos programas de financiamento do setor produtivo das Regiões

Horizonte: Del Rey, 1996. p. 254.

142 CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 303.

143 Participação direta dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios na receita tributária da União e dos Estados, respectivamente, participação de Estados e Distrito Federal no produto de impostos de receita partilhada e participação de todos os entes nos fundos constitucionais HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 71-72.

144 No caso dos Municípios que aceitam fiscalizar e cobrar o imposto sobre a propriedade territorial rural – ITR por eles mesmos, pertence aos próprios Municípios a totalidade (e não só 50%) do imposto. Cf. art. 153, § 4º, III, da Constituição de 1988.

145 Neste caso, as parcelas de cada Município são creditadas conforme os critérios do parágrafo único do art. 158.

146 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 678-679.

147 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 6, Tomo 2, p. 44.

148 HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 71.

149 HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72.

150 Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, Fundo de Participação dos Municípios – FPM e Fundos Constitucionais de Desenvolvimento – FCD, que abrange o Fundo Constitucional do Centro-Oeste – FCO, o Fundo Constitucional do Nordeste – FNE e o Fundo Constitucional do Norte – FNO.

151 CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1, p. 303.

152 Impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza – IR e sobre produtos industrializados – IPI.

153 Para Ives Gandra, o verbo do *caput* do art. 159 usado no futuro do indicativo (“A União entregará”) exprime que “as entregas sejam feitas de imediato” BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 6, Tomo 2, p. 45.

154 De acordo com os percentuais que descreve.

155 Segundo critérios definidos por meio de lei complementar (art. 161, II). Esse intento (de promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios), aliás, coaduna com o teor do artigo 3º, que estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, construir – o verbo “construir” neste contexto dá a entender que, no momento em que se promulgada o texto constitucional, a sociedade não era livre, justa ou solidária SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 46) – uma sociedade solidária (inciso I) e reduzir as desigualdades regionais (inciso III). Cf.: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...]”.

156 HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 72.

157 Regionais, eles se subdividem em Fundo Constitucional do Centro Oeste – FCO, Fundo Constitucional do Nordeste – FNE

Norte, Nordeste e Centro-Oeste (artigo 159, I)¹⁵⁸.

E, com vistas a assegurar o repasse dos recursos desses fundos aos seus destinatários, o artigo 160, *caput*, veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos que devem ser repassados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, salvo a previsão expressa constante de seu parágrafo único¹⁵⁹, que estabelece:

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;

II - ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

A preocupação em financiar os entes federados¹⁶⁰, em alcançar o reequilíbrio federativo, de modo a evitar crise de sobrecarga e ingovernabilidade¹⁶¹, é central no federalismo inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

10. CONCLUSÃO

Da incursão histórico-constitucional, vê-se que, de tempos em tempos, alterna-se a feição do sistema federal brasileiro, oscilando entre contração e descontração¹⁶², centralização e descentralização¹⁶³, o que tem repercussão direta no modelo de partilha de recursos entre os entes federativos e, especificamente, no FPE.

Além disso, embora oscile entre centralização e descentralização, tem pendido muito mais à centralização, levando ao agigantamento da União, a quem compete a maior parte da arrecadação tributária e a repartição das quotas-partes aos Estados-partes da Federação.

e Fundo Constitucional do Norte – FNO.

158 “Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza [IR] e sobre produtos industrializados [IPI] quarenta e oito por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal [FPE]; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios [FPM]; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios [FPM], que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano”.

159 O parágrafo único e incisos I e II ganharam essa redação a partir da Emenda Constitucional n. 29/2000.

160 Conquanto seja o objeto do federalismo fiscal a repartição dos recursos fiscais entre os entes federados “de modo que todos disponham de uma capacidade de financiamento compatível com as respectivas responsabilidades”, segundo Fernando Rezende, no Brasil não há modelo de federalismo fiscal. “Em decorrência, as garantias financeiras instituídas para dar cobertura a direitos sociais consagrados na Constituição perdem eficácia, reduzindo em muito o potencial de alcançar os seus objetivos” REZENDE, Fernando. “Federalismo Fiscal: em busca de um novo modelo”. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner. *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010. p. 86.

161 RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998. p. 269. Mesmo não delimitando com tanta riqueza de detalhes as tarefas que incumbiam a cada um desses entes SERRA, José; AFONSO, José Roberto Rodrigues. “O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões”, p. 15. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2013. Para Bercovici, a repartição de rendas (descentralização de receitas) pela Constituição Federal de 1988 não foi acompanhada de “nenhum plano ou programa de atuação definido entre União e entes federados”. Os encargos teriam sido divididos entre o governo central e os Estados e Municípios a partir do fenômeno da “descentralização por ausência” BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 65-67.

162 SERRA, José; AFONSO, José Roberto Rodrigues. “O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões”. p. 4. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2013.

163 Ou seja, os “Estados reais estão sempre em meio a processos históricos dinâmicos” RABAT, Márcio Nuno. A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil. In: Consultoria Legislativa, estudo de agosto/2012, p. 5. Aliás, vê-se mais: que a descentralização “nem sempre coincidiu, no Brasil, com democracia e liberdade” RABAT, Márcio Nuno. *A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil*. In: Consultoria Legislativa, estudo de agosto/2012, p. 11.

Tem-se que o federalismo brasileiro atual, tal qual aquele estabelecido pela Constituição de 1946, foi estabelecido com base no orçamento federal. Dessarte, autonomia política pressupõe autonomia financeira. A análise do federalismo não prescinde a análise econômica do federalismo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- AMARAL FILHO, Jair do. *Federalismo e rescentralização fiscal-financeira no Brasil*. p. 9-10. Disponível em: <http://www.ric.ufc.br/biblioteca/jair_a.pdf>. Acesso em 1 nov. 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 6, t.2
- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. “O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias de pesquisa”. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 90, p. 1-8, abr./maio, 2008. Edição especial.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, em 24 fev. 1891.
- BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, 16 jul. 1934.
- BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, 10 nov. 1937.
- BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, DF, 18 set. 1946.
- BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 jan. 1967.
- BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.
- CARNEIRO, Cláudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CUNHA, Euclides da. *Os Sertões: campanha de Canudos*. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- FERRERI, Janice Helena. "A Federação". In: BASTOS, Celso (Org). *Por uma Nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 15-38.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- LOPREATO, Francisco Luiz C. "Um novo caminho do federalismo no Brasil?" In: *Economia e Sociedade*. Campinas, n. 9, dez/1997, p. 95-114.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MARTINS, Cristiano Franco. *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. *A Intervenção Federal e o Federalismo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RABAT, Márcio Nuno. "A Federação: centralização e descentralização do poder político no Brasil". In: *Consultoria Legislativa*, estudo de agosto/2012.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998.
- REZENDE, Fernando. "Federalismo Fiscal: em busca de um novo modelo". In: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner. *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010. p. 71-88.
- ROCHA, Alexandre A. "Rateio do FPE: análise e simulações". Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado, 2010. (Textos para Discussão, 71)
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.
- SERRA, José; AFONSO, José Roberto Rodrigues. "O Federalismo Fiscal à Brasileira: algumas reflexões". Disponível em: <<http://info.worldbank.org/etools/docs/library/229987/Serra%20e%20Afonso.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América: leis e costumes*. São Paulo: M. Fontes, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Uma avaliação do índice de
inclusão financeira nos estados
do nordeste brasileiro**

**An assessment of the financial
inclusion index in the states of
northeastern Brazil**

Diego Araujo Reis

Oswaldo Sousa Ventura

Uma avaliação do índice de inclusão financeira nos estados do nordeste brasileiro*

An assessment of the financial inclusion index in the states of northeastern Brazil

Diego Araujo Reis**

Oswaldo Sousa Ventura***

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o grau de inclusão financeira dos estados do nordeste brasileiro, em 2000, 2005 e 2010, a partir do índice de inclusão financeira (IIF) calculado pelo Banco Central do Brasil (BCB), no relatório de inclusão financeira (RIF II). Dos dados apresentados, verificou-se que todos os estados experimentaram incrementos no grau de inclusão financeira para o momento em exame. Também foi realizada análise de correlação entre o IIF e indicadores de desenvolvimento da FIRJAN em suas três dimensões (Emprego & Renda, Educação e Saúde), utiliza-se *proxy* de indicadores de bem-estar. O resultado encontrado para esse último ponto revelou que há forte correlação entre esses índices, levantando a hipótese de que a inclusão financeira experimentada pelos estados nordestinos pode ter contribuído para desenvolvimento econômico da região e, consequentemente, de sua população.

Palavras-chave: Inclusão financeira. Banco Central do Brasil. Nordeste.

ABSTRACT

This study aims to analyze the degree of financial inclusion of the states in northeastern Brazil, in 2000, 2005 and 2010, the index for financial inclusion (IIF) calculated by the Central Bank of Brazil (BCB), the financial inclusion report (RIF II). From the data presented, it was verified that all states experienced increases in the degree of financial inclusion for the moment under consideration. From the correlation analysis between the IIF and development indicators FIRJAN in its three dimensions (Employment & Income, Education and Health), used here as a proxy indicator of well-being. The results found for the latter point was that there is a strong correlation between these indices, raising the hypothesis that financial inclusion experienced by the northeastern states may have contributed to the economic development of the region and therefore of its population.

Keywords: Financial inclusion. Central Bank of Brazil. Northeast.

* Recebido em 14/10/2014
Aprovado em 30/01/2015

** Mestre em Desenvolvimento Regional e Gestão de Empreendimentos Locais pelo Núcleo de Pós-graduação em Economia da Universidade Federal de Sergipe (NUPEC/UFS). Professor (substituto) de Contabilidade Social pelo Departamento de Economia da UFS. Consultor de Inovação e Técnico de Pesquisa. E-mail: diegoaraujoreis@hotmail.com

*** Mestre em Desenvolvimento Regional e Gestão de Empreendimentos Locais pelo Núcleo de Pós-graduação em Economia da Universidade Federal de Sergipe (NUPEC/UFS). Economista da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) em Sergipe. E-mail: osvaldo.ventura@uol.com.br

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Banco Central do Brasil (BCB) vem desenvolvendo uma série de políticas de inclusão financeira, com o intuito de promover o acesso ao Sistema Financeiro Nacional para milhares de brasileiros. Essas políticas estão alicerçadas em pesquisas acadêmicas, estudos elaborados pela própria instituição e por outros organismos. Para melhor compreender o tema, o BCB desenvolveu em 2011 um Índice de Inclusão Financeira (IIF) para o Brasil, como forma de realizar o acompanhamento da evolução do processo de inclusão financeira nas unidades da federação. O IIF, assim como outros dados e informações, servem para consubstanciar a tomada de decisão no que tange à implementação de políticas inclusivas nessa seara.

A concepção de que a inclusão financeira é catalisador do desenvolvimento sustenta e movimenta as ações do BCB. Essa instituição é o principal agente de articulação, coordenação e organização das ações de estímulo para inclusão financeira da população. Suas ações vêm envolvendo tanto o setor público como o setor privado na busca de alternativas para inclusão financeira, como por exemplo, os mecanismos para a bancarização da população, o modelo de correspondentes e o aperfeiçoamento do marco regulatório do cooperativismo de crédito. Esses mecanismos, dentre outros, buscam oferecer serviços financeiros à parcela da população que se encontra excluída do Sistema Financeiro Nacional.

Mesmo com os esforços empreendidos nos últimos anos, há ainda 16 milhões de brasileiros que não têm conta bancária e não usam o sistema financeiro para o pagamento de contas, conforme Figueiredo¹. Ao mesmo tempo, esses potenciais usuários provavelmente necessitarão de educação financeira para usar corretamente as ferramentas bancárias disponíveis. Por essa razão, justifica-se a interferência do BCB, em desenvolver uma política efetiva de inclusão financeira no Brasil. Entretanto, a criação de políticas que busquem incluir a população precisa estar embasada em estudos e pesquisas, como forma de reduzir erros e elevar a eficiência sistêmica.

Assim, o adequado conhecimento e entendimento dos problemas que limitam o processo de inclusão financeira é passo fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas que visam mitigar os problemas apresentados nessa área. Nesse sentido, os Relatórios de Inclusão Financeira (RIF), desenvolvidos pelo BCB em 2010 e 2011, visam suprir parte dessa lacuna, uma vez que seu conteúdo é composto por informações relevantes sobre o tema no país, tais como parâmetros, indicadores e resultados que podem ser comparados e avaliados.

A investigação realizada no presente artigo, por sua vez, estabelece atenção especial aos resultados do Índice de Inclusão Financeira (IIF) construído e disponibilizado pelo BCB no RIF de 2011. O referido índice é composto a partir de indicadores agregados em três dimensões, a saber: acesso — disponibilidade geográfica, acesso — disponibilidade demográfica e Uso. E ele permite o acompanhamento da evolução da inclusão financeira nos últimos anos em termos de acesso e uso de serviços financeiros em diferentes unidades geográficas do país.

Pelo fato de nos últimos anos os estados do nordeste brasileiros virem apresentando taxas de crescimento econômico superiores às outras unidades da federação, delimitou-se o escopo do presente trabalho à análise da inclusão financeira nessa região. Portanto, o objetivo desta investigação consiste em analisar a inclusão financeira dos estados nordestinos a partir do Índice de Inclusão Financeira (IIF), disponível para os anos de 2000, 2005 e 2010. Outra finalidade deste trabalho é examinar a correlação entre o resultado do IIF e o Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal (IFDM), para assim se comparar desenvolvimento financeiro com o desenvolvimento econômico da região.

O trabalho está organizado em 4 sessões, além desta breve introdução. A sessão 2 apresenta sucintamente a revisão da literatura sobre as relações entre desenvolvimento financeiro e o crescimento econômico. Expõe-se o debate das experiências de mensuração da inclusão financeira no mundo e no Brasil, bem como uma análise do processo de inclusão financeira no Brasil, com destaque para os correspondentes, as cooperativas de crédito

1 FIGUEIREDO, Odail. Inclusão financeira: conquistas. *Revista Rumos*, Brasília, n. 52, p. 52-55, maio/jun. 2012.

e o papel das microfinanças nesse processo. A sessão 3 trata da metodologia do presente estudo. Na sessão 4, expõem-se e analisam-se os resultados do IIF para os estados nordestinos, assim como é avaliada as correlações entre o IIF e IFDM. Por fim, na sessão 5 apresentam-se as considerações finais acerca do presente estudo.

2. DEBATE SOBRE O TEMA

2.1. Desenvolvimento financeiro e crescimento econômico

Para o BCB², a inclusão financeira é vista como propulsora do desenvolvimento econômico. Este argumento está respaldado nos estudos de Levine³, que ao realizar testes de causalidade, encontrou evidências estatísticas de que o desenvolvimento financeiro estimula o crescimento econômico. A ideia é que a incorporação de mais indivíduos usufruindo ativamente do sistema financeiro estimulará, grosso modo, o crescimento econômico.

Matos⁴ observa que a hipótese de que o desenvolvimento financeiro estimula o crescimento econômico tem encontrado suporte a partir evidências empíricas, extraídas, em geral, de dados em *cross-section* de países, nos estudos de Levine⁵, Darrat⁶, Khan e Senhadji⁷, Lee⁸ e Lee⁹.

Schumpeter¹⁰, no início do século XX, já reconhecia a complementariedade entre o sistema financeiro e a atividade econômica. Ele observou que os serviços financeiros são essenciais, pois permite aos usuários um acesso mais amplo ao crédito, expandindo, assim, as oportunidades econômicas, além de auxiliar a inovação tecnológica e o desenvolvimento econômico.

No entanto, há na literatura inúmeras controvérsias no que diz respeito à hipótese de que o desenvolvimento do sistema financeiro contribui para estimular o crescimento econômico. De acordo com Matos¹¹, são identificadas na literatura três visões, as quais oscilam entre as hipóteses de determinação conjunta, de Greenwood e Jovanovic¹²; a de negação da existência, de Modigliani e Miller¹³; e a defesa da relação inversa de que o crescimento econômico estimula o desenvolvimento do sistema financeiro, de Arestis e Demetria-

2 BANCO CENTRAL DO BRASIL, BCB. *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

3 LEVINE, R. Financial development and economic growth: views and agenda. *Journal of Economic Literature*, Nashville, n. 35, p. 688-726, quarterly, 1997.

4 MATOS, O. C. Inter-relações entre desenvolvimento financeiro, exportações e crescimento econômico: análise da experiência brasileira. *Notas Técnicas do Banco Central do Brasil*, Brasília, n. 40, out. 2003.

5 LEVINE, R. Financial development and economic growth: views and agenda. *Journal of Economic Literature*, Nashville, n. 35, p. 688-726, quarterly, 1997.

6 DARRAT, A. F. Are financial deepening and economic growth causality related?: another look at the evidence. *International Economic Journal*, Seoul, v. 13, n. 3, p. 19-35, autumn 1999.

7 KHAN, M. S.; SENHADJI, A. S. Threshold effects in the relationship between inflation and growth. *IMF Working Paper WP/00/110*, Washington, June 2000.

8 LEE, J. Financial development by learning. *Journal of Development Economics*, Republic of Korea, n. 50, p. 147-64, quarterly, 1996.

9 LEE, B. Financial development and economic growth: the role of information accumulation. *Economic Papers*, Australia, v. 4, n. 1, p. 1-39, quarterly, 2001.

10 SCHUMPETER, J. A. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

11 MATOS, O. C. Inter-relações entre desenvolvimento financeiro, exportações e crescimento econômico: análise da experiência brasileira. *Notas Técnicas do Banco Central do Brasil*, Brasília, n. 40, out. 2003.

12 GREENWOOD, J.; JOVANOVIC, B. Financial development, growth, and the distribution of income. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 98, n. 5, part 1, p. 1076-1107, quarterly, 1990.

13 MODIGLIANI, F.; MILLER, M. H. The cost of capital, corporation finance and the theory of investment. *American Economic Review*, Pittsburgh, n. 48, p. 261-97, monthly, 1958.

des¹⁴, e Demetriades e Hussein¹⁵

O argumento, que se pode ler, por exemplo, na exposição dos Relatórios de Inclusão Financeira (RIF), é que a adequada expansão da inclusão financeira viabiliza o acesso à economia formal, colaborando para maior crescimento econômico, que, por sua vez, promove o acesso de mais indivíduos à economia e ao Sistema Financeiro Nacional, mobilizando poupança e investimento para o crescimento do setor produtivo¹⁶.

Intuitivamente a elucidação supramencionada é logicamente válida. A inclusão financeira, em especial o acesso e uso a serviços tais como, crédito, produtos de poupança, pagamentos e de transferências em geral, permitem fortalecer os atores sociais contra eventuais choques econômicos particulares, uma vez que sua capacidade de ampliar ou estabilizar renda pode ser potencializado pelos serviços financeiros.

2.2. Experiências de mensuração da inclusão financeira no mundo

No cenário internacional, a inclusão financeira é assunto de relevância, uma vez que há o reconhecimento de sua importância como instrumento de desenvolvimento econômico e social. Segundo o BCB¹⁷, em 2009 ocorreu o encontro de Cúpula do G20, em que os líderes de estado comprometeram-se a elevar o nível de inclusão financeira no mundo, já que as livres forças de mercado não são capazes de resolver o problema da exclusão financeira.

A Cúpula do G20 criou o Financial Inclusion Experts Group (FIEG). Em seus trabalhos, o FIEG diagnosticou que 90% da população financeiramente excluída residem em países em desenvolvimento e de menor renda, o que demanda maior fortalecimento do papel dos Estados nacionais de países em desenvolvimento no processo de inclusão financeira global¹⁸.

As interferências do Estado no mercado financeiro devem ser precedidas de estudos que permitam a mensuração para o mapeamento e acompanhamento do processo de inclusão financeira. Isso para que sejam identificadas as regiões e grupos prioritários das políticas de inclusão financeira.

A mensuração da inclusão financeira é imprescindível para os países que visam superar o atual estágio de exclusão financeira. A atividade de mensurar visa verificar o grau de inclusão de todos os membros de uma economia (famílias, empresas, etc.) aos serviços financeiros, em especial os serviços bancários: abertura de conta corrente e poupança, realização de pagamentos e de recebimentos, a tomada de empréstimos (acesso ao crédito), dentre outros importantes serviços.

A mensuração do nível de inclusão financeira, porém, é relativamente nova e, na sequência, busca-se apresentar o que a literatura vem tratando sobre o assunto. Nesse quesito convém destacar a contribuição de Sarma¹⁹, que propôs um Índice de Inclusão Financeira multidimensional desenvolvido de acordo com índices de desenvolvimento humano, a exemplo do IDH. Esse índice capta informações sobre várias dimensões da inclusão financeira (penetração, disponibilidade e uso) e é um índice com um único dígito, situado entre 0 e 1, em que 0 indica a exclusão financeira completa e 1 indica a absoluta inclusão financeira.

14 ARETIS, P.; DEMETRIADES, P. Finance and growth: is Schumpeter right? *Análise Econômica*, Porto Alegre, v. 6, n. 30, p. 5-21, semestral, 1998.

15 DEMETRIADES, P. O.; HUSSEIN, K. A. Does financial development cause economic growth?: time series evidence from 16 countries. *Journal of Development Economics*, Republic of Korea, n. 51, p. 387-411, quarterly, 1996.

16 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

17 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. 2010. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Nor/reincfin/relatorio_inclusao_financeira.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.

18 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. 2010. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Nor/reincfin/relatorio_inclusao_financeira.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.

19 SARMA, M. Index of financial inclusion: a measure of financial sector inclusiveness. *Working Paper*, Índia, n. 215, p. i-20, June 2008.

Para a dimensão penetração bancária, o Sarma²⁰ utilizou o indicador banco contas de depósito do Banco Mundial que inclui contas de depósito, poupança e depósitos a prazo, contas para empresas, indivíduos e outros. Já para a dimensão disponibilidade, foram tomados os dados em ramos de depósito em dinheiro dos bancos comerciais e outras instituições financeiras da mesma fonte. E finalmente para a dimensão de uso, foram utilizados os dados sobre créditos internos ao setor privado e residente e os dados sobre depósitos totais do International Financial Statistics (IFS, 2006) do FMI.

Um problema técnico encontrado por Sarma²¹ foi a disponibilidade de dados, pois, para uma investigação nas três dimensões estudadas por ele, as informações estavam disponíveis para apenas 55 países. Já ao restringir a dimensão para duas, ele encontrou dados comparáveis para uma amostra de 100 países. Na Tabela 1, são apresentados alguns resultados encontrados pelo autor.

Tabela 1 – Índice de Inclusão Financeira (IIF): 3 dimensões (2004)

País	Penetração	Acesso	Uso	IIF	Ranking
Espanha	0,651	1,000	0,706	0,737	1º
Áustria	1,000	0,568	0,619	0,667	2º
Bélgica	1,000	0,567	0,543	0,637	3º
Dinamarca	0,902	0,410	0,700	0,614	4º
Brasil	0,232	0,174	0,237	0,214	22º
Índia	0,164	0,075	0,269	0,166	29º
Uganda	0,019	0,000	0,025	0,015	54º
Madagascar	0,000	0,001	0,037	0,013	55º

Fonte: Sarma²²

O importante a se destacar é que os países apresentaram nível de inclusão bastante variado. Países como Espanha, Áustria, Bélgica e Dinamarca — nações mais desenvolvidas — possuem nível de inclusão financeira considerado alto. Por outro lado, países menos desenvolvidos como Brasil, Índia, Uganda e Madagascar apresentaram nível de inclusão financeira baixo.

CNBV²³ realizou a primeira análise estatística com o objetivo de desenvolver indicadores de inclusão financeira no México. Esses indicadores foram apresentados em três categorias: os macroeconômicos, os de acesso e os de utilização. Para os primeiros, foram utilizados os empréstimos como percentual do PIB, e o quociente depósitos totais/PIB. Para os segundos, agências, caixas eletrônicos e terminais de pontos de venda por tipo geográfico e demográfico. Já para os de uso foram eleitos os relativos a crédito e ao cartão de crédito. Esses últimos foram demográficos nos níveis nacional, estadual e municipal.

O estudo realizado por CNVB²⁴ proporcionou comparações da situação dos indicadores financeiros mexicano vis-à-vis aos de outros países desenvolvidos (como Austrália, Canadá, Reino Unido) e em desenvolvimento (Brasil, Rússia, Índia, China, África, etc.). Além disso, permitiu a construção do mapa da inclusão financeira do México nas suas dimensões internas: estado e município. Isso trouxe informações importantes para os formuladores de políticas daquele país, como por exemplo, de que a infraestrutura financeira está concentrada na sua região Centro-Oeste.

20 SARMA, M. Index of financial inclusion: a measure of financial sector inclusiveness. *Working Paper*, India, n. 215, p. i-20, June 2008.

21 SARMA, M. Index of financial inclusion: a measure of financial sector inclusiveness. *Working Paper*, India, n. 215, p. i-20, June 2008.

22 SARMA, M. Index of financial inclusion: a measure of financial sector inclusiveness. *Working Paper*, India, n. 215, p. i-20, June 2008.

23 COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (NBV). *Reporte de Inclusión Financiera* 1. México, D.F., 2009.

24 COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (NBV). *Reporte de Inclusión Financiera* 1. México, D.F., 2009.

Comparando com o estudo de Sarma²⁵, porém, a investigação do CNVB²⁶ não busca a construção de um indicador único de inclusão financeira que permita comparar de forma geral a situação da inclusão financeira do México com a de outros países. Essa comparação é realizada indicador a indicador, o que torna o trabalho árduo e menos eficiente.

Chakravarty e Pal²⁷ realizaram uma abordagem axiomática para medir a inclusão financeira na Índia em comparação com outros países selecionados. Na proposição de cálculo desses autores, baseado em análise de dados *Cross-country* e em nível subnacional, foi desenvolvido um quadro para agregar dados sobre inclusão financeira em diferentes dimensões. Com esse quadro os autores calcularam as contribuições percentuais de cada uma dessas dimensões, proporcionando um subsídio importante para os formuladores de políticas: a identificação das dimensões que são mais ou menos susceptíveis à inclusão global.

Com o quadro agregado desenvolvido por Chakravarty e Pal²⁸, pôde-se verificar que para os países considerados de baixa renda há divergências no percentual de contribuição das dimensões de inclusão financeira estudadas, inclusive quando se compara essas nações. Para Madagascar, por exemplo, o indicador geográfico de penetração bancária é simplesmente zero. Já para Uganda, ele contribuiu com 15,4% do valor do indicador de inclusão financeira.

Ao se comparar os países de renda média alta, na América Latina, tais como, Brasil, Argentina e Chile, percebe-se que para este último os indicadores demográficos de penetração bancária e de ATM responderam juntos por apenas 15,9% da inclusão financeira no país, enquanto que no Brasil e na Argentina eles contribuíram com, respectivamente, 26,29% e 25,30%. O interessante é que, na Bolívia, um país de renda média baixa do mesmo continente, esses indicadores demográficos foram responsáveis por 39,64% do índice de inclusão financeira daquele país, valor considerado superior ao de nações de renda elevada como Bélgica (22,03%) e Dinamarca (28,29%).

Um ponto importante a se destacar refere-se ao trabalho Chakravarty e Pal²⁹ que constitui-se em avanço nas pesquisas de mensuração da inclusão financeira ao medir as contribuições de cada dimensão no cálculo do índice de inclusão financeira, tarefa que Sarma³⁰ não realizou. Portanto, aqueles autores além de constatar as divergências de nível de inclusão financeira entre os países, como o fizeram Sarma³¹ e CNBV³², eles evidenciaram quais dimensões tiveram participação significativa no IIF de cada um deles.

No Brasil, BCB³³ calculou o Índice de Inclusão Financeira para os estados da federação, com relação aos anos de 2000, 2005 e 2010, utilizando-se da metodologia de cálculo do IIF adotada por Sarma e Pais (2010), com modificações no que diz respeito ao uso de variáveis e de suas dimensões. O Quadro 1 sintetiza as dimensões do IIF e os indicadores considerados em cada uma delas.

25 SARMA, M. Index of financial inclusion: a measure of financial sector inclusiveness. *Working Paper*, Índia, n. 215, p. i-20, June 2008.

26 COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (NBV). *Reporte de Inclusión Financiera 1*. México, D.F., 2009.

27 CHAKRAVARTY, S. R.; PAL, R. *Measuring financial inclusion: an axiomatic approach*. Mumbai: Indira Gandhi Institute of Development Research, 2010. Disponível em: <<http://www.igidr.ac.in/pdf/publication/WP-2010-003.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2012.

28 CHAKRAVARTY, S. R.; PAL, R. *Measuring financial inclusion: an axiomatic approach*. Mumbai: Indira Gandhi Institute of Development Research, 2010. Disponível em: <<http://www.igidr.ac.in/pdf/publication/WP-2010-003.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2012.

29 CHAKRAVARTY, S. R.; PAL, R. *Measuring financial inclusion: an axiomatic approach*. Mumbai: Indira Gandhi Institute of Development Research, 2010. Disponível em: <<http://www.igidr.ac.in/pdf/publication/WP-2010-003.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2012.

30 SARMA, M. Index of financial inclusion: a measure of financial sector inclusiveness. *Working Paper*, Índia, n. 215, p. i-20, June 2008.

31 SARMA, M. Index of financial inclusion: a measure of financial sector inclusiveness. *Working Paper*, Índia, n. 215, p. i-20, June 2008.

32 COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (NBV). *Reporte de Inclusión Financiera 1*. México, D.F., 2009.

33 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

Quadro 1 – Indicadores de Acesso e Uso

Dimensão	Indicador
Acesso – Disponibilidade Geográfica	Agências por 1.000km ² ; PAB, PAA e PAE por 1.000km ² ; Cooperativas por 1.000km ² ; PAC por 1.000km ² ; Correspondentes por 1.000km ² .
Acesso – Disponibilidade Demográfica	Agências por 10.000 adultos; PAB por 10.000 adultos; PAA por 10.000 adultos; PAE por 10.000 adultos; Cooperativas por 10.000 adultos; PAC por 10.000 adultos; Correspondentes por 10.000 adultos.
Uso	Razão Crédito/PIB; Crédito (R\$ milhões) por 1.000 adultos; Razão Depósitos/PIB; Depósitos (R\$ milhões) por 1.000 adultos.

Fonte: BCB³⁴

Os resultados encontrados pelo BCB³⁵ indicam que há uma forte diferença no grau de inclusão financeira dos estados brasileiros, sendo que os das regiões sul, sudeste e centro-oeste apresentaram grau de inclusão financeira superior aos da região norte e nordeste. O estudo também evidenciou que o IIF foi crescente nos três períodos em análise, comprovando que o país elevou o seu nível de inclusão financeira na última década. Essa mesma dinâmica foi evidenciada para cada estado da federação.

O estudo do BCB³⁶ trouxe uma contribuição importante no comparativo com os textos já analisados: mensurar a inclusão financeira ao longo de três períodos de tempo. Com isso pode evidenciar que o grau de inclusão financeira no Brasil e em todas as suas unidades da federação cresceu. Sua pesquisa, porém, não permitiu verificar qual foi a contribuição percentual de cada uma das dimensões da inclusão financeira, como o fez Chakravarty e Pal³⁷, conforme já discutido alguns parágrafos acima.

2.3. A inclusão financeira no Brasil

O ponto de partida para a formulação da concepção de inclusão financeira no Brasil foi possível a partir das discussões acerca do microcrédito e, posteriormente, das microfinanças. Esse debate foi ganhando contornos mais bem definidos, a ponto de ser tratado como inclusão financeira, ao qual foi denominado pelo BCB.

A inclusão financeira é conceituada pelo BCB³⁸ como — “o processo de efetivo acesso e uso pela população de serviços financeiros adequados às suas necessidades, contribuindo com sua qualidade de vida”. Essa definição foi aperfeiçoada desde a sua primeira versão e ela aponta para a necessidade do sistema financeiro em atender indistintamente a população com serviços apropriados, visto que há carências tanto na oferta como na qualidade de serviços para o público de menor renda e para os pequenos negócios produtivos no Brasil.

É importante destacar que, embora o tema tenha ganhado maior fôlego nos últimos anos, os passos iniciais para o debate sobre a inclusão financeira ocorreu no governo de Fernando Henrique Cardoso, em meados da década de 1990. Nesse momento, o BCB já começava o processo de avaliação e estudos visando o aumento da oferta de serviços financeiros para populações de baixa renda, considerado elemento de fundamental importância para o combate à desigualdade social no país.

No início do milênio, o BCB aprimora os canais de acesso ao sistema financeiro e a sua regulamenta-

34 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

35 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

36 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

37 CHAKRAVARTY, S. R.; PAL, R. *Measuring financial inclusion: an axiomatic approach*. Mumbai: Indira Gandhi Institute of Development Research, 2010. Disponível em: <<http://www.igidr.ac.in/pdf/publication/WP-2010-03.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2012.

38 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

ção, sobretudo estimula a expansão dos correspondentes no país — empresas contratadas por instituições financeiras para prestar determinada gama de serviços em nome e sob responsabilidade da instituição contratante. O resultado dessa iniciativa é que todos os municípios brasileiros passaram a ter algum canal de prestação de serviço financeiro, quer seja por intermédio de dependências de instituições financeiras, quer seja por correspondentes. O avanço normativo permitiu que os correspondentes fossem contratados para atuarem em qualquer praça, acentuando as vantagens desse tipo de canal para ampliar o acesso e uso de serviços financeiros pela população.

Em 2009, o BCB organizou um conjunto de estudos acerca da Inclusão Financeira, cujo propósito foi reunir diferentes perspectivas de atores na realização de diagnóstico do setor de microfinanças no Brasil. O documento identifica os pontos fortes e fragilidades das microfinanças, a fim consubstanciar a tomada de decisão no que tange aos projetos e parceiras para promoção da inclusão financeira do brasileiro.

Foi realizado o I Fórum Banco Central sobre Inclusão Financeira, que teve como propósito a consolidação de diagnóstico sobre microfinanças no Brasil e promoção de parcerias. Em 2010 foi construído o Relatório de Inclusão Financeira nº 1 do BCB, que reúne informações sobre acesso e uso de serviços financeiros, a partir de dados de instituições reguladas. Em seguida, ocorreu o II Fórum Banco Central sobre Inclusão Financeira, que propiciou a construção de agenda para estudo e aprimoramento do marco regulatório. Em 2011, o BCB publicou o Relatório de Inclusão Financeira nº 2, cujo conteúdo apresenta um aprimoramento em relação ao RIF nº 1. O documento, mais minucioso, exibe um estudo por segmento e integração de dados de acesso e de uso. Ao final do ano de 2011 a instituição realizou o III Fórum BC sobre Inclusão Financeira, cujo propósito foi buscar a estruturação e lançamento da Parceria Nacional para Inclusão Financeira.

De acordo com BCB³⁹, entre 2000 e 2010, o Brasil passou de 19.000 para 150.000 correspondentes que cobrem cada um dos municípios. Os serviços prestados por esses pontos referem-se a pagamento de contas, depósitos, saques e transferências de dinheiro. E tem sido um canal largamente utilizado em favor do pagamento dos programas de transferência de renda do governo federal, a exemplo do Programa Bolsa Família (PBF).

A vantagem dos correspondentes é que, dada as dimensões continentais do Brasil, muitas delas de difícil acesso, com pequena população e, na maioria dos casos, de baixa renda, permitem superar os diversos empecilhos para a expansão dos pontos de atendimento, tais como instalação em locais em que a escala de negócios é reduzida⁴⁰. Em síntese, os custos de operação dos correspondentes são inferiores aos das tradicionais agências bancárias.

Com a devida utilização dos conceitos microeconômicos, é possível inferir que, na medida em que se estabelece a necessidade de expansão da rede bancária (agências) para localidades de baixa renda e baixa densidade populacional, a menor densidade de uso dos serviços financeiros, quando comparadas a regiões urbanas, representa uma relação receita/custo marginal inferior, sendo mais rentável para os oligopólios bancários ampliar a rede em localidades de maior concentração populacional, como as regiões metropolitanas. Portanto, as especificidades econômicas e estruturais dos correspondentes em relação às agências bancárias (tradicionais) permitem sua construção em locais de pequena população e baixa renda.

Outro importante canal de acesso ao sistema financeiro tem se difundindo, são as cooperativas de crédito, especialmente no que tange ao crédito rural e associações produtivas, que a partir da década de 1990, foram fortalecidas do ponto de vista de uma regulação mais clara e objetiva. As cooperativas de crédito cumprem a função de promover a aplicação de recursos privados e públicos, assumindo os riscos corres-

39 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Plano de ação para fortalecimento do ambiente institucional. Brasília: BCB, 2012.

40 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Perspectivas e desafios para inclusão financeira no Brasil: visão de diferentes atores. In: FELTRIN, Luiz (Coord.); VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira (Coord.); DODL, Alessandra Von Borowski (Coord.). *Projeto inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2009.

pondentes em favor da comunidade onde se inserem⁴¹

Com base nos dados disponibilizados pelo BCB⁴², entre 2000 e 2010, o número de pontos de acesso de cooperativas de crédito aumentou de 2,6 para 6,4 mil e o número de cooperados, de 1,5 para 5,1 milhões. As cooperativas de crédito estão presentes em 40% dos municípios brasileiros e em 25% dos municípios sem agência bancária. Conforme a Tabela 2, nota-se que de 2006 para 2010 os diversos formatos de pontos de atendimento aumentaram substancialmente, sobretudo os PAAs, ATMs, POSs.

Tabela 2 – Número de pontos de atendimento por canal de acesso (2006 e 2010)

Canal de Acesso	2006	2010	Crescimento %
Agências bancárias	18.087	19.813	9,54
Pontos de correspondente	101.038	151.623	50,07
Cooperativas singulares e PACs	3.819	4.577	19,85
Posto de Atendimento Bancário (PAB)	6.599	6.678	1,20
Posto Avançado de Atendimento (PAA)	406	1.978	387,19
Posto de Atendimento Bancário Eletrônico (PAE)	29.865	35.498	18,86
<i>Automated Teller Machine (ATM)</i>	97.780	174.920	78,89
<i>Point of Sale (POS)</i>	1.845.064	3.398.890	84,22

Fonte: BCB⁴³

O conjunto de esforços e os resultados até então identificados constituem avanços expressivos no processo de inclusão financeira da população. Ademais, as dificuldades de parte da população e das Micro e Pequenas Empresas (MPEs) são latentes no que se refere ao acesso permanente de serviços financeiros. Isso constitui entrave para elevar o bem-estar, alavancar as atividades econômicas e propiciar maiores oportunidades de geração de emprego e renda para a população. Para as MPEs, os entraves para o efetivo acesso ao sistema financeiro nacional estão relacionados aos riscos, à precariedade de suas informações contábeis e aos pequenos volumes de recursos envolvidos.

2.4. O papel das microfinanças para a inclusão financeira

Na literatura econômica, observa-se que as microfinanças são um dos principais mecanismos para a inclusão financeira e para o desenvolvimento econômico e social. As microfinanças ganharam repercussão mundial por meio da visão estratégica de Muhammad Yunus, que através do Grameen Bank conquistou interesses públicos e privados na promoção dessa modalidade de negócio, alcançando mais de 160 milhões de clientes pelo mundo.

Hulme⁴⁴ explica que os créditos concedidos pelo Grameen Bank são destinados para diversos fins, quais sejam: negócio, bens de consumo, saúde, educação e até pagamento de dote. Do ponto de vista do investimento, os créditos não eram destinados exclusivamente para os micronegócios. Ao invés disso, eles faziam parte de portfólios financeiros complexos das famílias de baixa renda.

O microcrédito tornou-se uma ferramenta usada na luta contra a pobreza, a partir do entendimento de que por meio do encorajamento, da geração de autonomia e estímulo do espírito empreendedor entre os

41 ZIGER, V. Cooperativismo de crédito solidário: inclusão social e desenvolvimento local. In: FELTRIM, L. E.; VENTURA, E. C. F.; DODL, A. V. B. (Coord.). *Perspectivas e desafios para inclusão financeira no Brasil*: visão de diferentes atores. Brasília: Banco Central do Brasil, 2009.

42 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Plano de ação para fortalecimento do ambiente institucional. Brasília: BCB, 2012.

43 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

44 HULME, David. *The story of the grameen bank: from subsidised microcredit to market-based microfinance*. Manchester: Brooks World Poverty Institute: 2008. (BWPI. Working paper, 60).

mais pobres é possível promover sua emancipação e superar a pobreza⁴⁵. As microfinanças, portanto, são ferramentas de enfrentamento da pobreza, que contribuem para a promoção do desenvolvimento humano, na medida em que fornecem os meios para a superação da pobreza e, por outro lado ampliam novos consumidores de crédito, elevando a demanda para o consumo de bens e serviços.

O processo de inclusão financeira, especialmente a expansão do crédito, permite a aquisição de bens de consumo, o que tem grande importância por permitir acréscimos na demanda, e ao tempo aumenta o consumo, eleva o emprego, melhorando os indicadores econômicos e sociais.

A recente inclusão de camadas de baixa renda no mercado de bens e no sistema financeiro brasileiro ampliou a demanda por bens de consumo e correspondeu de algum modo, durante a crise 2009, num importante mecanismo anticíclico de sustentação da demanda e do crescimento⁴⁶.

Experiências como a da Bolívia, que, embora seja um país pobre, com grande extensão geográfica e reduzida densidade populacional, alcançou resultados positivos do ponto de vista econômico e social, e levou sua nação a possuir um dos mercados de microfinanças mais desenvolvido do mundo⁴⁷. Esse resultado, entre outros fatores, se deve as ações voltadas para o fomento e disseminação das microfinanças, o que passa essencialmente por uma política mais ampla de inclusão financeira.

Na mesma direção, Coutinho, Ambrozio, Sant'Anna e Montoro⁴⁸, atentos às transformações que vêm ocorrendo no sistema financeiro, destacam que, as microfinanças desempenham papel essencial para que se dê, de fato, a inclusão financeira. Na perspectiva desses autores, as microfinanças envolve disponibilidade de distintos serviços financeiros, sobretudo a disponibilidade de crédito em pequena escala, haja vista que a oferta de microcrédito assume papel significativo na superação das restrições de crédito da população de baixa renda. A ideia é que o acesso a essa modalidade de crédito possibilita as pessoas com elevada restrição orçamentária a realizar lucros com projetos de sucesso, ampliando sua renda e se emancipando socialmente.

No Brasil, ainda em menor grau, as microfinanças vêm ganhando destaque. Somado aos demais canais de acesso, as microfinanças potencializam as alternativas de ampliação do sistema financeiro. As microfinanças se orientam para o desenvolvimento de produtos e serviços financeiros adequados e acessíveis à população excluída do tradicional sistema financeiro⁴⁹. A modalidade microcrédito está entre os diversos produtos microfinanceiros, que além de servir para os grupos sociais menos favorecidos, constitui num importante instrumento de financiamento das MPÊs.

Segundo Santos, Nogueira e Moreno⁵⁰, uma operação de microcrédito não é viável através da metodologia de crédito bancário tradicional. Nitsch e Santos⁵¹ explicam que, os critérios de análise de risco, contrata-

45 O impacto das microfinanças, segundo o Banco Mundial, pode ser percebido na redução da pobreza e fome, na educação básica universal, promoção equidade de gênero e empoderamento de mulheres, redução da mortalidade infantil e melhora significativa na saúde materno infantil. SEBRAE. Inclusão financeira: empreendedores individuais estão nos radares de bancos, instituições microfinanceiras e cooperativas de créditos. *Conhecer Sebrae pequenos negócios & finanças*, Brasília, n. 12, p. 1-52, maio 2010.

46 BRUSKY, B.; FORTUNA, J. P. *Entendendo a demanda para as microfinanças no Brasil: um estudo qualitativo em duas cidades*. 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/microfin/01livreto.pdf> Acesso em: 01 set. 2013.

47 PRADO, F. Experiência boliviana. In: SEMINÁRIO BNDES MICROFINANÇAS: ENSAIOS E EXPERIÊNCIAS, 2000, Rio de Janeiro. *Anais ...* Rio de Janeiro: BNDES, 2000.

48 COUTINHO, L. G.; AMBROZIO, A. M. H. P.; SANT'ANNA, A. A.; MONTORO, G. C. F. Inclusão financeira no Brasil: o papel do BNDES. In: FELTRIM, Luiz Edson; VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira; DODL, Alessandra von Borowski. *Perspectivas e desafios para inclusão financeira no Brasil: visão de diferentes atores*. Projeto inclusão financeira. Brasília: BCB, 2009.

49 SANTOS, C. A.; NOGUEIRA, D. G.; MORENO, E. Microfinanças, microcrédito e a oferta de serviços financeiros para os microempreendimentos. In: SANTOS, Carlos Aberto dos (Coord.). *Sistema financeiro e as micro e pequenas empresas: diagnósticos e perspectivas*. 2. ed. Brasília: SEBRAE, 2004.

50 SANTOS, C. A.; NOGUEIRA, D. G.; MORENO, E. Microfinanças, microcrédito e a oferta de serviços financeiros para os microempreendimentos. In: SANTOS, Carlos Aberto dos (Coord.). *Sistema financeiro e as micro e pequenas empresas: diagnósticos e perspectivas*. 2. ed. Brasília: SEBRAE, 2004.

51 NITSCH, M.; SANTOS, C. A. Da repressão financeira ao microcrédito: notas sobre princípios e alternativas institucionais para a expansão da fronteira financeira. *Revista de economia Política*, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 172-183, trimestral, 2001.

ção, concessão, monitoramento, pagamento e recuperação do microcrédito não podem ser os mesmos das operações de crédito voltadas para assalariados e empresas de porte.

Na literatura sobre microcrédito não foi identificado um consenso acerca de sua definição. Ademais, no Brasil, por meio da interpretação da Lei nº 10.735/2003 pode-se construir uma noção do significado do microcrédito. Partindo da percepção que há baixa disponibilidade de recursos para operações de crédito para a população de baixa renda e microempreendedores, a lei obriga os bancos múltiplos com carteira comercial e os bancos comerciais a aplicarem uma parcela dos depósitos à vista em operações para a população de baixa renda e microempreendedores. Entende-se, portanto, que a modalidade de microcrédito está direcionada, essencialmente, para a população de baixa renda e para as MPEs.

Embora não seja objetivo do presente trabalho avaliar as políticas de microcrédito no Brasil, cabe destacar as principais políticas de fomento ao crédito para a população de baixa renda, tais como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO) para as MPEs, Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), entre outros. O PRONAF mobiliza recursos para o custeio da lavoura e investimentos no setor produtivo rural. O PNMPO, instituído pelo Ministério do Trabalho e Emprego, tem o objetivo de incentivar a geração de trabalho e renda entre os microempreendedores populares. O PMCMV incentiva e financia a produção e a aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda mensal de até dez salários mínimos, que residam em qualquer dos municípios brasileiros.

3. METODOLOGIA

A metodologia do presente trabalho está orientada a partir de um esquema explicativo, que contempla dois níveis de análise: a exposição do IIF para os estados do Nordeste em três recortes (2000, 2005 e 2010); e a quantificação da correlação entre o IIF e o IFDM dos estados do Nordeste.

Os valores do IIF foram coletados no Relatório de Inclusão Financeira elaborado pelo BCB⁵². Já os valores do Índice FIRJAN de Desenvolvimento Municipal (IFDM) foram catalogados no site do FIRJAN, que também disponibiliza o resultado por estado.

O Sistema FIRJAN acompanha o desenvolvimento de todos os 5.564 municípios brasileiros em três áreas: Emprego & Renda, Educação e Saúde. Ele é feito, exclusivamente, com base em estatísticas públicas oficiais, disponibilizadas pelos ministérios do Trabalho, Educação e Saúde. O índice varia de 0 a 1, sendo que, quanto mais próximo de 1, maior será o nível de desenvolvimento.

No que se refere à quantificação da correlação, é montada uma base de dados do IIF para cada estado do Nordeste nos anos de 2000, 2005 e 2010. Para o IFDM utilizam-se os anos de 2000, 2005 e 2009, sendo este último tido como uma aproximação de 2010, tendo em vista que este ano ainda não foi divulgado. Essa correlação é calculada por meio do programa operacional Microsoft Office Excel. Os resultados são organizados em uma Tabela de forma que garanta a visualização das correlações tanto entre o IIF e IFDM agregado como entre o IIF e o IFDM (Emprego & Renda), IFDM (Educação) e IFDM (Saúde).

4. ANÁLISE DE RESULTADOS

Com vistas a avaliar o grau de inclusão financeira nos estados do Nordeste brasileiro, utilizam-se os resultados obtidos pelo IIF do BCB. Embora o IIF seja um indicador sintético, ele é capaz de mostrar tendências

52 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

gerais, permitindo verificar o nível de inclusão dos estados nordestinos em uma escala numérica.

Na tabela 3, apresenta-se o IIF dos estados do Nordeste para os anos de 2000, 2005 e 2010, assim como o seu respectivo *ranking*. A primeira evidência que se extrai da leitura da Tabela é que, no período em análise, o IIF cresceu para todos os estados nordestinos, exceto o do Piauí, que teve um decréscimo do IIF em 2005 com relação a 2000, porém, em 2010, o seu índice duplicou. Em média, o Nordeste saltou de 5,02 em 2000 para 13,37 em 2010.

Tabela 3 – Índice de Inclusão Financeira dos Estados do Nordeste Brasileiro

Estados	2000		2005		2010	
	Valor	Posição	Valor	Posição	Valor	Posição
Sergipe	7,4	1	11	1	16,0	1
Pernambuco	3,5	8	8,7	2	15,6	2
Rio Grande do Norte	5,6	3	8,4	4	14,8	3
Paraíba	4,5	6	7,8	6	14,7	4
Alagoas	5,4	4	8,6	3	14,4	5
Bahia	5,3	5	7,7	7	13,9	6
Ceará	4,4	7	8,0	5	12,3	7
Piauí	6,6	2	5,0	8	10,1	8
Maranhão	2,5	9	4,2	9	8,5	9

Fonte: BCB⁵³

Destaca-se que, infelizmente, o BCB não disponibiliza dados acerca dos indicadores que compõe o IIF por estado. De qualquer modo, é possível levantar a hipótese de que parte do aumento do IIF nos estados nordestinos se deve às medidas de acesso, sobretudo ao número de correspondentes.

Em termos de disponibilidade (geográfica e demográfica), os correspondentes cresceram substancialmente no Brasil. Considerando que o resultado dos desvios apresentou grande dispersão em relação às unidades da federação e que há forte concentração dos pontos de correspondentes nos estados do Sudeste e Sul⁵⁴. Supõe-se que os acréscimos do número de correspondentes nos estados do Nordeste na última década têm sustentado a maior expansão do IIF. Entretanto, a região, em si, agrega em maior número, parte dos estados mais deficitários em termos do IIF, formando, portanto, os sujeitos alvo das políticas de inclusão financeira.

Conforme a apresentação das posições dos estados nordestinos no *ranking* regional, calculado a partir do valor obtido no IIF, o grande destaque é para o estado de Sergipe que se manteve na primeira posição nos três períodos exibidos. Já o estado do Maranhão, por sua vez, manteve-se na última posição.

Outro ponto a se destacar é que a razão entre o maior e o menor valor do índice é declinante ao longo do período. Em 2000, essa razão foi de 2,96; em 2005, de 2,62; e em 2010, de 1,88. Assim, pode-se inferir que as diferenças de inclusão financeira entre os estados nordestinos estão se reduzindo, ainda que de forma lenta.

Em termos absolutos, porém, a diferença é crescente, 4,9; 6,8 e 7,5, respectivamente, 2000, 2005 e 2010. O estado de Pernambuco foi o que apresentou maior crescimento absoluto, o que lhe garantiu saltar da penúltima posição em 2000 para a segunda posição em 2010. O estado da Paraíba também exibiu uma melhora no seu IIF. Já o estado do Piauí foi o que apresentou menor crescimento absoluto, ao passo que perdeu a posição de segundo colocado em 2000 para a oitava posição em 2010.

Um ponto importante para se destacar neste momento é que a inclusão financeira, apontada pelo IIF, ocorreu de forma desigual entre os estados nordestinos, demonstrando com isso as desigualdades intrínse-

53 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

54 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.

cas da própria região. Esse argumento é comprovado por meio do resultado do desvio-padrão, pois nota-se que este se eleva consideravelmente ao longo dos períodos em análise: 1,50; 2,03 e 2,56.

Na sequência é analisada a correlação linear entre o IIF e o IFDM dos estados nordestinos. O intuito dessa análise surge da curiosidade de quantificar a força de suas relações e de se verificar empiricamente se as duas variáveis variam positivamente para cada estado.

A Tabela 4 exibe o resultado dessa correlação para cada estado da região Nordeste, classificada em ordem decrescente de correlação com o IFDM. A primeira observação é de que há uma forte correlação positiva entre o IIF e os indicadores de bem-estar do IFDM para todos os estados nordestinos. Com exceção da Bahia e do Piauí, cujas correlações foram respectivamente de 0,856 e 0,762, os demais estados tiveram a correlação superior a 0,9.

Tabela 4 –Correlação do IFF com os Indicadores de Bem-Estar

Estado	IFDM	IFDM-E&R	IFDM-E	IFDM-S
Ceará	1,000	1,000	0,973	0,980
Maranhão	0,995	0,706	0,907	0,999
Pernambuco	0,993	0,983	0,986	1,000
Paraíba	0,958	0,944	0,931	0,974
Alagoas	0,954	(0,061)	0,990	0,983
Rio Grande do Norte	0,901	0,356	0,938	0,996
Sergipe	0,901	0,797	0,930	0,966
Bahia	0,856	0,573	0,938	0,996
Piauí	0,762	0,879	0,642	0,822

Fonte: Elaboração Própria

Ao se observar a correlação do IFF com os três componentes do IFDM (Emprego & Renda, Educação e Saúde), verifica-se que existe uma forte correlação positiva entre os mesmos, com algumas poucas exceções, são elas: IFDM-E&R para os estados da Alagoas (-0,061) e Rio Grande do Norte (0,356). Essas ressalvas são explicadas pela queda apresentada nos indicadores FIRJAN para Emprego & Renda para estes estados em 2009.

A hipótese que se pode elaborar da correlação positiva, entre o IIF e os indicadores de bem-estar, consiste no fato de que maior inclusão financeira pode causar maior desenvolvimento da economia do nordeste brasileiro, induzindo melhores níveis de bem-estar na região, medidos pelos indicadores FIRJAN. Por tratar-se de uma correlação, pode-se inferir, ainda, que melhoras nos níveis de bem-estar da sociedade nordestina induzirá a maior grau de inclusão financeira de sua população.

5. CONCLUSÃO

A literatura indica evidências científicas da importância do setor financeiro para o desenvolvimento econômico de um país, uma vez que os serviços financeiros proporcionam melhoria do bem-estar de sua população. Por outro lado, é necessário fazer com que os benefícios de um sistema financeiro sejam experimentados por todos os indivíduos, já que isso quase sempre não ocorre devido às desigualdades socioeconômicas que cada sociedade apresenta.

Para mitigar essa situação de desigualdade, é necessária à implantação de políticas públicas específicas para esse fim. E para isso torna-se necessário ter um retrato o mais próximo possível da realidade para a ideal interferência dos organismos públicos. No que diz respeito à inclusão dos indivíduos ao sistema financeiro, é preciso se ter uma radiografia do mapa da inclusão financeira.

A literatura consultada para a presente pesquisa revela um pouco dessa radiografia com relação ao tema: a inclusão financeira. O que se viu foi que, mesmo ao se utilizar metodologias diferenciadas de mensuração dessa forma de inclusão, o que se constatou foi que os países apresentam grau de inclusão financeira diferenciada, seja entre regiões com níveis de renda diferenciados, seja com nações com o mesmo nível de renda. Inclusive nos espaços subnacionais essa divergência é percebida, como foi visto no caso do México e do Brasil.

Com relação à região do nordeste brasileiro, foco do presente estudo, o que se constatou foi que essa parte do Brasil experimentou forte crescimento do nível de inclusão financeira na última década, embora a região apresente-se em uma situação desfavorável no comparativo com as regiões sul, sudeste e centro-oeste.

Verificou-se, também, que há diferenças no grau de inclusão financeira entre os estados dessa região o que demandará dos formuladores de políticas a adoção de medidas inclusivas diferenciadas.

Constatou-se, ainda, que, no cálculo de correlação entre os IIF e os índices da FIRJAN, há uma forte correlação positiva entre os mesmos. Isso leva à hipótese de que a inclusão financeira experimentada pelos estados nordestinos pode ter contribuído para desenvolvimento econômico da região e conseqüentemente de sua população. O contrário também pode ser proposto, que o desenvolvimento econômico da região nordeste pode ter elevado o nível de inclusão da região.

Por último convém destacar que a ausência de dados específicos dos componentes do IIF para os estados nordestinos constituiu-se num empecilho para a adequada avaliação da inclusão financeira nessas unidades federativas, restringindo a análise dos percentuais de contribuição de cada dimensão da inclusão financeira. Abrindo, portanto, uma janela para investigações futuras.

REFERÊNCIAS

- ARESTIS, P.; DEMETRIADES, P. Finance and growth: is Schumpeter right? *Análise Econômica*, Porto Alegre, v. 6, n. 30, p. 5-21, semestral, 1998.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Perspectivas e desafios para inclusão financeira no Brasil: visão de diferentes atores. In: FELTRIN, Luiz (Coord.); VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira (Coord.); DODL, Alessandra Von Borowski (Coord.). *Projeto inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2009.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Plano de ação para fortalecimento do ambiente institucional*. Brasília: BCB, 2012.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. 2010. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Nor/reincfin/relatorio_inclusao_financeira.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2012.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). *Relatório de inclusão financeira*. Brasília: BCB, 2011.
- BRUSKY, B.; FORTUNA, J. P. *Entendendo a demanda para as microfinanças no Brasil: um estudo qualitativo em duas cidades*. 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/microfin/01livreto.pdf> Acesso em: 01 set. 2013.
- CHAKRAVARTY, S. R.; PAL, R. *Measuring financial inclusion: an axiomatic approach*. Mumbai: Indira Gandhi Institute of Development Research, 2010. Disponível em: <<http://www.igidr.ac.in/pdf/publication/WP-2010-003.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2012.
- COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (NBV). *Reporte de Inclusión Financiera 1*. México, D.F., 2009.

- COUTINHO, L. G.; AMBROZIO, A. M. H. P.; SANT'ANNA, A. A.; MONTORO, G. C. F. Inclusão financeira no Brasil: o papel do BNDES. In: FELTRIM, Luiz Edson; VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira; DODL, Alessandra von Borowski. *Perspectivas e desafios para inclusão financeira no Brasil: visão de diferentes atores*. Projeto inclusão financeira. Brasília: BCB, 2009.
- DARRAT, A. F. Are financial deepening and economic growth causality related?: another look at the evidence. *International Economic Journal*, Seoul, v. 13, n. 3, p. 19-35, autumn 1999.
- DEMETRIADES, P. O.; HUSSEIN, K. A. Does financial development cause economic growth?: time series evidence from 16 countries. *Journal of Development Economics*, Republic of Korea, n. 51, p. 387-411, quarterly, 1996.
- FIGUEIREDO, Odail. Inclusão financeira: conquistas. *Revista Rumos*, Brasília, n. 52, p. 52-55, maio/jun. 2012.
- GREENWOOD, J.; JOVANOVIC, B. Financial development, growth, and the distribution of income. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 98, n. 5, part 1, p. 1076-1107, quarterly, 1990.
- HANNIG, A.; JANSEN, S. Financial inclusion and financial stability: current policy issues. *ADBI Working Paper*, Tokyo, n. 259, Dec. 2010. Disponível em: <<http://www.adbi.org/working-paper/2010/12/21/4272.financial.inclusion.stability.policy.issues/>>. Acesso em: 01 jul. 2012.
- HULME, David. *The story of the grameen bank: from subsidised microcredit to market-based microfinance*. Manchester: Brooks World Poverty Institute: 2008. (BWPI. Working paper, 60).
- KHAN, M. S.; SENHADJI, A. S. Threshold effects in the relationship between inflation and growth. *IMF Working Paper WPI/00/110*, Washington, June 2000.
- LEE, B. Financial development and economic growth: the role of information accumulation. *Economic Papers*, Australia, v. 4, n. 1, p. 1-39, quarterly, 2001.
- LEE, J. Financial development by learning. *Journal of Development Economics*, Republic of Korea, n. 50, p. 147-64, quarterly, 1996.
- LEVINE, R. Financial development and economic growth: views and agenda. *Journal of Economic Literature*, Nashville, n. 35, p. 688-726, quarterly, 1997.
- MATOS, O. C. Inter-relações entre desenvolvimento financeiro, exportações e crescimento econômico: análise da experiência brasileira. *Notas Técnicas do Banco Central do Brasil*, Brasília, n. 40, out. 2003.
- MODIGLIANI, F.; MILLER, M. H. The cost of capital, corporation finance and the theory of investment. *American Economic Review*, Pittsburgh, n. 48, p. 261-97, monthly, 1958.
- NITSCH, M.; SANTOS, C. A. Da repressão financeira ao microcrédito: notas sobre princípios e alternativas institucionais para a expansão da fronteira financeira. *Revista de economia Política*, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 172-183, trimestral, 2001.
- PEARCE, D. *Financial Inclusion in the Middle East and North Africa: analysis and roadmap recommendations*. Middle East and North Africa Region: The World Bank, 2011. (Policy Research Working Paper, 5610).
- PRADO, F. Experiência boliviana. In: SEMINÁRIO BNDES MICROFINANÇAS: ENSAIOS E EXPERIÊNCIAS, 2000, Rio de Janeiro. *Anais ...* Rio de Janeiro: BNDES, 2000.
- SANTOS, C. A.; NOGUEIRA, D. G.; MORENO, E. Microfinanças, microcrédito e a oferta de serviços financeiros para os microempreendimentos. In: SANTOS, Carlos Aberto dos (Coord.). *Sistema financeiro e as micro e pequenas empresas: diagnósticos e perspectivas*. 2. ed. Brasília: SEBRAE, 2004.
- SARMA, M. Index of financial inclusion: a measure of financial sector inclusiveness. *Working Paper*, India, n. 215, p. i-20, June 2008.

SCHUMPETER, J. A. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SEBRAE. Inclusão financeira: empreendedores individuais estão nos radares de bancos, instituições micro-financeiras e cooperativas de créditos. *Conhecer Sebrae pequenos negócios & finanças*, Brasília, n. 12, p. 1-52, maio 2010.

ZIGER, V. Cooperativismo de crédito solidário: inclusão social e desenvolvimento local. In: FELTRIM, L. E.; VENTURA, E. C. F.; DODL, A. V. B. (Coord.). *Perspectivas e desafios para inclusão financeira no Brasil: visão de diferentes atores*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2009.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Fatores determinantes do Índice de Desenvolvimento Humano dos Municípios do Estado de São Paulo

Factors affecting the Index Human Development of Municipalities of the State of São Paulo

Leandro Campi Prearo

Maria Clara Maraccini

Maria do Carmo Romeiro

Fatores determinantes do Índice de Desenvolvimento Humano dos Municípios do Estado de São Paulo*

Factors affecting the Index Human Development of Municipalities of the State of São Paulo

Leandro Campi Prearo**

Maria Clara Maraccini***

Maria do Carmo Romeiro****

RESUMO

Os quesitos qualidade de vida e bem-estar social estão em evidência nas discussões sobre desenvolvimento econômico. Nesse sentido, este estudo pretendeu avaliar o impacto dos gastos públicos municipais no Índice de Desenvolvimento Humano dos Municípios (IDHM) do Estado de São Paulo. Foram selecionadas rubricas de despesas públicas municipais para os anos de 2002 – 2010. A técnica estatística, para evidenciar tal impacto, foi a Análise Discriminante Múltipla, sendo a variável dependente o IDHM de 2010, categorizado em três grupos. As despesas com Saneamento, Assistência Social, Cultura, Educação e Urbanismo apresentaram-se estatisticamente significantes nessa relação, com destaque para Saneamento Básico como a mais importante.

Palavras-Chave: Gasto público. Desenvolvimento humano. IDHM. Gestão municipal.

ABSTRACT

Questions the quality of life and social well-being are evident in discussions about economic development. Thus, this study sought to evaluate the impact of municipal public spending in the Human Development Index of Municipalities (IDHM) of the State of São Paulo. Items of municipal expenditure were selected for the years 2002 to 2010. A statistical technique to highlight the impact was the Multiple Discriminant Analysis, and the dependent variable IDHM 2010, categorized into three groups. Expenditure on Sanitation, Social Welfare, Education, Culture and Urbanism were statistically significant in this respect, especially Sanitation as the most important.

Keywords: Public Spending. Human development. IDHM. Municipal management.

* Recebido em 07/08/2014
Aprovado em 27/12/2014

** Doutor em Administração pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Administração da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Gestor do Instituto de Pesquisas da USCS. E-mail: leandro.prearo@uscs.edu.br

*** Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul. E-mail: clarinha_maraccini@hotmail.com

**** Pró-reitora de Pós-Graduação e Pesquisa da USCS. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Administração da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. E-mail: mromeiro@uscs.edu.br

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, os quesitos qualidade de vida e bem-estar social estão em evidência nas discussões sobre desenvolvimento econômico. Conforme o paradoxo de *Easterlin*, uma vez que a riqueza atinge o nível de subsistência, a sua eficácia como um gerador de bem-estar diminui¹. Por isso, diferente dos indicadores econômicos e sociais — como o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, nível de desemprego, níveis de criminalidade — o conceito de desenvolvimento engloba a qualidade de vida da população, considerando-se indicadores como o IDH, Igualdade de Renda, Felicidade, Bem-Estar Subjetivo, Satisfação com a Vida, entre outros fatores que tornam a vida mais ou menos gratificante.

Para a realização de seus cálculos, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) considera fatores como uma vida longa, acesso ao conhecimento e o padrão de vida de uma população, medindo assim, o progresso de uma nação a partir de três dimensões: renda, saúde e educação. De forma resumida, a renda é medida pela Renda Nacional Bruta *per capita*, a saúde pela expectativa de vida, e a educação, pela média de anos de educação de adultos e a expectativa de anos de escolaridade para crianças na idade de iniciar a vida escolar².

Da mesma forma que os governos aplicam medidas sistemáticas em diversos aspectos da economia, alcançando desde a empregabilidade até taxas de poupança para o crescimento, eles também devem recolher uma variedade de medidas que reflitam avaliações subjetivas das vidas dos indivíduos para atingir percepções de desenvolvimento social. Além disso, esse conhecimento ajuda na educação de cidadãos sobre as escolhas que afetam suas vidas. Tal entendimento justifica-se no sentido de propiciar, por exemplo, aos administradores públicos, tomadas de decisão mais eficazes, uma vez que o bem-estar subjetivo pode completar as informações disponíveis e orientar políticas alternativas.

Nessa linha, muitos autores têm tratado de entender quais são os fatores determinantes das variações desses tipos de indicadores (como o IDH) nos municípios ou países, levando em consideração desde os investimentos públicos até a arrecadação das receitas municipais, cota-parte do ICMS, estabilidade macroeconômica e política, população, despesas com segurança nacional e segurança pública, com legislativo e judiciário, entre outros³.

Da contextualização apresentada, emerge o seguinte problema de pesquisa a ser analisado: quais os fatores determinantes para os níveis de desenvolvimento humano alcançados pelos municípios do Estado de São Paulo?

1.1. Objetivo Geral

Evidenciar os fatores determinantes para o crescimento do Índice de Desenvolvimento Humano nos municípios de São Paulo.

1.2. Objetivos específicos

Os objetivos específicos a serem alcançados no estudo são:

1 ANGELO, Lícia de Cerqueira et al. Fatores explicativos do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) para os municípios de Alagoas. *Economia política do desenvolvimento*, Maceió, v. 1, n. 6, p. 31-47, set./dez. 2009.

2 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Atlas do desenvolvimento humano dos municípios*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/Default.aspx?indiceAccordion=1&li=li_AtlasMunicipios>. Acesso em: 01 dez. 2013.

3 ALVES JÚNIOR, José A. *O impacto das receitas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos municípios do Estado do Ceará*. 2004. 72 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de pós-graduação em Economia, Faculdade de Economia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004; ADEYEMI, Sidikat L. et al. Determinants of human development in Sub-Saharan Africa. *African Journal of Economic Policy*, Africa, v. 13, n. 2, p. 15-34, dec. 2006.

1. evidenciar os fatores determinantes dos Indicadores de Desenvolvimento Humanos mais presentes na literatura;
2. verificar o impacto dos fatores evidenciados no IDH dos municípios do Estado São Paulo.

2. INDICADORES DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

2.1. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)

Criado para oferecer um contraponto ao Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) foi desenvolvido pelo economista paquistanês Mahbub ul Haq, com a colaboração e inspiração do economista Amartya Sen. Sua primeira apresentação aconteceu em 1990, no primeiro Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, agência líder da rede global de desenvolvimento da ONU, que trabalha principalmente pelo combate à pobreza e pelo Desenvolvimento Humano.

De acordo com o relatório divulgado pela PNUD, em 2012, a partir de dados do Censo 2010, o Brasil alcançou o 85º lugar entre 187 países no *ranking* global de desenvolvimento humano, apresentando um índice de 0,730, o que indica desaceleração no ritmo de expansão do país que durante a década de 2000, mostrou crescimento anual do IDH de 0,82% mas, entre o período de 2000 a 2010, 0,73%.

Apesar de avanços, corrobora não tão significativos, o IDH brasileiro está abaixo da média da América Latina (0,741) aparecendo atrás de países como Chile (0,819), Argentina (0,811), Uruguai (0,792), Venezuela (0,748) e Peru (0,741).

Comparado com o BRICS, grupo de cooperação formado pelos países Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, o Brasil assumiu o segundo lugar no *ranking* de IDH. O maior índice foi alcançado pela Rússia (0,788).

O IDH é um índice-chave dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas e reúne três dos requisitos mais importantes para a expansão das liberdades das pessoas: a oportunidade de se levar uma vida longa e saudável — saúde —, ter acesso ao conhecimento — educação — e poder desfrutar de um padrão de vida digno — renda⁴.

Na dimensão longevidade, espera-se que o desenvolvimento humano aconteça a partir da redução da morte prematura e do acesso a saúde de qualidade para o alcance do mais alto padrão de saúde física e mental. A unidade de medida observada para cálculo da dimensão é a esperança de vida ao nascer.

Na dimensão educação, o desenvolvimento traz como objetivo principal o acesso ao conhecimento, que é visto como essencial para o bem-estar dos indivíduos por orientar as pessoas de modo que consigam tomar decisões sobre seus futuros. Para o cálculo dessa dimensão, são utilizadas duas variáveis: a média de anos de escolaridade e os anos de escolaridades esperados.

Na dimensão renda, observa-se o padrão de vida de uma sociedade. Por meio dela temos acesso às necessidades básicas e a possibilidade de escolhas genuínas de padrões de vida. Para mensurar a riqueza de uma nação, utiliza-se o indicador Renda Nacional *per capita*, no conceito da paridade do poder de compra.

A síntese das dimensões do índice é exemplificada na Figura 1.

4 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *O que é o IDHM*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDHM.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDHM>. Acesso em: 01 dez. 2013.

Figura 1 – Dimensões do Índice de Desenvolvimento Humano



Fonte: Relatório do Desenvolvimento Humano⁵

O índice varia de 0 (zero) até 1 (um), sendo que 0 representa nenhum desenvolvimento humano e 1, desenvolvimento humano total. Nas publicações de 1991 e 2000, o IDH era classificado em baixo (até 0,499), médio (entre 0,500 e 0,799) e alto (acima de 0,800). Em 2010, houve uma modificação nos parâmetros que abrange essa escala, assim, a nova classificação para as pontuações é apresentada no Quadro 1.

Quadro 1 – Limites máximos e mínimos para a classificação do IDH

Pontuação	Classificação
0,800 – 1,000	Muito Alto
0,700 – 0,799	Alto
0,600 – 0,699	Médio
0,500 – 0,599	Baixo
0,000 – 0,499	Muito Baixo

Fonte: Do autor

A criação dos índices de dimensão é utilizada para transformar indicadores em índices que podem variar de 0 a 1. Para isso, são estipulados valores máximos e mínimos para cada variável sendo que os valores máximos são os mais altos observados no período e os mínimos, considerados como de subsistência: 20 anos para a dimensão longevidade (esperança de vida), 0 anos para a dimensão Educação (englobando as duas variáveis : média de anos de escolaridade e anos de escolaridade esperados) e USD 100 para a dimensão renda (variável rendimento nacional bruto – RNB), considerando-se a conceito de paridade do poder de compra (PPC)⁶.

Apesar de ainda ser pouco utilizado, o conceito da paridade do poder de compra (PPC), também conhecido como dólar internacional (I\$), aborda uma comparação mais realista sobre os preços dos produtos em cada país. Para isso, o Programa de Comparações Internacionais das Nações Unidas (iniciativa estatística mundial que utiliza a moeda como base de comparação entre os países) criou uma cesta única internacional de produtos e serviços e, periodicamente, analisa os preços e a composição de gastos apresentados por cada país e compara ao preço da mesma cesta em dólares americanos nos Estados Unidos, país de referência para a pesquisa. Dessa forma, a PPC pode ser utilizada como fator de conversão da moeda de um determinado país em dólares internacionais, a partir do cálculo: valor da cesta internacional em moeda local do país, dividido pelo valor da cesta internacional em dólares americanos

5 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *O que é o IDHM*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDHM.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDHM>. Acesso em: 01 dez. 2013.

6 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *O que é o IDHM*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDHM.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDHM>. Acesso em: 01 dez. 2013.

Depois de estabelecidos os valores máximos e mínimos para cada indicador, calculam-se os subíndices pela razão:

$$\text{Índice de dimensão} = \frac{\text{valor observado} - \text{valor mínimo}}{\text{valor máximo} - \text{valor mínimo}}$$

Como a dimensão Educação agrega duas variáveis (média dos anos de escolaridade e anos de estudo esperado), a equação apresentada é aplicada em cada variável. Para a obtenção da dimensão educação, considera-se, então, uma única medida, sendo que o valor mínimo é 0 e o máximo é a média geométrica mais elevada das duas variáveis. Feito isso, a equação é reaplicada à média geométrica dos índices, usando 0 como mínimo e a média geométrica mais elevada dos índices resultantes para o período sob análise como máximo⁷.

Ainda, é importante registrar que a variável renda é transformada em uma escala mais próxima das outras variáveis, a partir da utilização do logaritmo natural⁸.

Criados os índices das dimensões, eles são agregados para produzirem o Índice de Desenvolvimento Humano, por meio da média geométrica dos três índices de dimensão obtidos, conforme equação:

$$IDH_i = \sqrt[3]{IDH_{longevidade_i} \times IDH_{educação_i} \times IDH_{renda_i}}$$

Apesar de ser o principal indicador para medir o nível de desenvolvimento de uma nação, o IDH recebeu muitas críticas ao longo desses 30 anos de publicação. Algumas delas, já foram incorporadas ao índice no Relatório de Desenvolvimento Humano publicado pelo PNUD em 2000, mas alguns questionamentos ainda perduram sobre o indicador. O IDH é criticado, por exemplo, por combinar variáveis como a alfabetização de adultos e expectativa de vida, que são estoques, com variáveis como a renda *per capita* anual e taxas brutas de alistamento escolar, que são fluxos. Além disso, observa-se que os dados medem esforços passados e não a situação presente. Sendo assim, os críticos afirmam que não fica clara a comparação dos rankings do PIB com os do IDH, já que o primeiro representa um fluxo e o último uma combinação de estoques e fluxos⁹.

Outra crítica nesta linha de raciocínio é de que índices econômicos e sociais não deveriam ser analisados em conjunto e sim, um após o outro¹⁰. Já Akder¹¹, critica o fato do IDH não manifestar distinção por gênero, região, etnia, renda e ocupação, ele considera valores médios e é insensível à distribuição, conseqüentemente, dá abertura para a existência de disparidades.

Barros *et al* (2003) abordam como limitação do indicador, a falta de racionalidade na seleção dos indicadores que o compõem, visto que nada nas escolhas implícitas na construção do IDH garante que o índice

7 KILSZTAJN, Samuel. Paridade do poder de compra, renda per capita e outros indicadores econômicos. *Revista Pesquisa e Debate*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 93-106, 2000.

8 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *O que é o IDHM*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDHM.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDHM>. Acesso em: 01 dez. 2013.

9 HOPKINS, Michael. Human Development Revisited: a new UNDP report. *World Development*, v.19, n. 10, 1991; PYATT, Graham. *There is nothing wrong with the HDI but*. England: University of Warwick, 1992. IVANOVA, Ianita M. SRINIVASAN, G.; ARCELUS, F. J. A Quantitative measure of the competitive advantage of nations. New Brunswick: University of New Brunswick, 1994. (Working Paper Series, n. 94-008). IVANOVA, Ianita M.; ARCELUS, F. J.; SRINIVASAN, G. *Effects of the human development index's social and economic components of country rankings*. New Brunswick: University of New Brunswick, 1994. EPHERENESIS, Dag. *Policy uses of HDI: goals and strategies*. SIDA: Planeringssekretariatet, 1994.

10 KANBUR, Ravi. *Poverty and development: the human development report and the world development report 1990*. Coventry: University of Warwick, 1990. (Discussion Paper, 103). PYATT, Graham. *There is nothing wrong with the HDI but*. Coventry: University of Warwick, 1992. RYTEN, Jacob. *Should there be a human development index*. Montreux: International Association for Official Statistics, sept. 2000.

11 AKDER, Halis. *A means to closing gaps: disaggregated human development index*, Human Development. New York: UNDP, 1994. (Report Office Occasional Papers, 18).

represente uma considerável aproximação das preferências sociais. Abordam também a crítica de que o índice trata o desenvolvimento humano de forma simplificada, já que compila apenas três dimensões e quatro indicadores. Segundo os autores, as dimensões e os indicadores utilizados poderiam ser ampliados, mas a dificuldade está na confiabilidade e disponibilidade desses indicadores em atender os pressupostos de análise do IDH.

Ainda, segundo Barros¹², a falta de agregabilidade do IDH impede a obtenção de uma média ponderada dos IDH's dos estados que o compõem. Isso acontece, pois vários dos indicadores adotados têm bases populacionais distintas (por exemplo a renda *per capita* do IDH é calculada utilizando toda a população, ao passo que a taxa de analfabetismo refere-se apenas à população de 15 anos e mais). Ademais, não há linearidade na elaboração do índice, mais especificamente na forma logarítmica como o indicador de disponibilidade de recursos utiliza a renda *per capita*. Como a soma dos logaritmos é distinta do logaritmo da soma, o componente de renda do IDH não é aditivamente agregável.

No Brasil, o Índice de Desenvolvimento Humano é mensurado para todos os municípios por meio do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), o qual utiliza informações socioeconômicas sobre os municípios e estados do país e Distrito Federal e ainda que sutilmente difere de seu precedente nos métodos de cálculo.

2.2. O Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM)

O Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) calcula o IDH Municipal dos 5.565 municípios do Brasil e, até hoje, teve três publicações por meio do Atlas de Desenvolvimento Humano que serve como uma plataforma de consulta ao índice. São responsáveis pela criação do indicador, três órgãos nacionais:

- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD): órgão global presente em 177 países e territórios¹³ que desenvolve projetos, objetivando contribuir com um crescimento que melhore a qualidade de vida de todos. É também responsável pela elaboração dos Atlas de Desenvolvimento Humano;
- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA): órgão público federal que por meio de pesquisas, dá suporte às ações governamentais para modelagem de políticas públicas e programas de desenvolvimento;
- Fundação João Pinheiro: órgão público do governo de Minas Gerais, referência em pesquisas e informações socioeconômicas e demográficas.

A relevância de sua criação está no pressuposto de que, ao compararmos municípios brasileiros com um único número, o *ranking* do IDHM estimula formuladores e implementadores de políticas públicas em nível municipal, priorizando melhorias na vida das pessoas. O índice brasileiro compila as mesmas dimensões do IDH Global (longevidade, educação e renda) e ainda adequa a metodologia global para o contexto brasileiro devido à disponibilidade de indicadores nacionais (mais de 180 indicadores socioeconômicos) que ajudam na análise do IDHM e ampliam a compreensão dos fenômenos e dinâmicas voltados ao desenvolvimento municipal¹⁴.

12 BARROS, Ricardo Paes de et al. *O Índice de Desenvolvimento da Família (IDF)*: Rio de Janeiro: IPEA, 2003. (Texto para discussão, 98).

13 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Nosso trabalho*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/NossosProjetos.aspx>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

14 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Atlas do Desenvolvimento Humano*, 2013. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/EntendaAtlas.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Entenda>. Acesso em: 07 dez. 2013.

O IDHM também tem uma escala que varia entre 0 (zero) até 1 (um), sendo que quanto mais próximo de 1, maior é o desenvolvimento humano do município. Seus parâmetros de classificação são os mesmos do IDH, classificado em muito alto, alto, médio, baixo e muito baixo, conforme Quadro 1.

Todas as fontes de informações são retiradas do Censo Demográfico do IBGE e, como dito anteriormente, a metodologia utilizada no cálculo do IDHM, difere em partes do IDH, conforme Quadro 2.

Quadro 2 – Indicadores utilizados: IDH *versus* IDHM

ÍNDICE DE DIMENSÃO	INDICADORES UTILIZADOS	
	IDH	IDH-M
Longevidade	Esperança de vida ao nascer	Esperança de vida ao nascer
Renda	Renda Nacional <i>per capita</i> (PPC)	Renda Municipal <i>per capita</i>
Educação	<ul style="list-style-type: none"> • Média de anos de escolaridade • Anos de escolaridade esperados 	<ul style="list-style-type: none"> • Escolaridade da população adulta • Fluxo escolar da população jovem

Fonte: Do autor

Observa-se, no Quadro 2, a diferença nos indicadores utilizados nas dimensões Renda e Educação. A adoção da renda municipal *per capita* em substituição à renda nacional *per capita* dá maior realidade ao índice uma vez que considera a média mensal dos indivíduos residentes em determinado município, expressa em Reais. Já a dimensão Educação, apesar de ambos os índices considerarem indicadores que têm a mesma finalidade (situação educacional da população adulta e da população em idade escolar), as variáveis analisadas são diferentes, pois a média de anos de estudo de pessoas de 25 anos ou mais — variável utilizada pelo IDH — não é objeto de levantamento do Censo. Por esse motivo, o IDHM utiliza o percentual da população adulta de 18 anos ou mais que concluiu o ensino fundamental. Para medir a situação da população em idade escolar, o IDHM optou por medir, por meio de 4 indicadores, até que ponto as crianças e os jovens estão frequentando e complementando os ciclos escolares, resultando no subíndice fluxo escolar da população jovem. Essa adaptação trouxe maior confiabilidade ao indicador, uma vez que o IDH não considera tais ciclos, apenas mede a retenção das pessoas na escola, e inclui o ensino superior.

Outra diferença em relação aos dois índices é a fonte de dados utilizada para suas construções, motivo pelo qual não existe a possibilidade de comparação entre os mesmos. O IDH global traz dados do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da Organização das Nações Unidas (ONU), Instituto de Estatísticas da UNESCO, Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional, já o IDHM utiliza dados extraídos exclusivamente dos Censos Demográficos do IBGE¹⁵.

Para a dimensão Longevidade, o método utilizado é o mesmo do IDH Longevidade. A variável que compõe o índice é a esperança de vida ao nascer, que tem como objetivo considerar o nível e a estrutura de mortalidade de uma população. O valor máximo estabelecido para análise do subíndice é o maior observado no período. Já o valor mínimo utilizado difere de seu precedente e é, atualmente, de 25 anos de idade. Para o cálculo do índice, aplica-se a seguinte razão:

$$\text{IDH-M Longevidade} = \frac{\text{valor observado} - \text{valor mínimo}}{\text{valor máximo} - \text{valor mínimo}}$$

15 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *O que é o IDHM*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDHM.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDHM>. Acesso em: 07 dez. 2013.

Já na dimensão renda, a variável que compõe o índice é a renda municipal *per capita* (renda média mensal dos indivíduos residentes em determinado município em reais). Os valores máximos e mínimos utilizados para padronização da variável no indicador que varia 0 e 1 são descritos conforme Quadro 3.

Quadro 3 – Valor máximo e mínimo estabelecidos para o IDHM Renda em 2010

Variável	Valor estabelecido	Descrição
Máximo	R\$ 4.033,00	Valor da menor renda <i>per capita</i> entre os 10% mais ricos residentes no país, com a menor renda média do país no período analisado.
Mínimo	R\$ 8,00	Aproximadamente US\$ 100 PPC, limite adotado para o cálculo do IDH Global.

Fonte: Atlas do Desenvolvimento Humano¹⁶

Os valores utilizados para cálculo são obtidos das respostas ao questionário da amostra do Censo Demográfico e chega-se a um único valor por meio da razão entre o somatório de todos os rendimentos dos indivíduos residentes no município e o número total desses indivíduos. Com a variável em mãos, aplica-se a equação:

$$\text{IDH-M Renda} = \frac{\ln(\text{renda per capita municipal}) - \ln(\text{valor mínimo})}{\ln(\text{valor máximo}) - \ln(\text{valor mínimo})}$$

É importante lembrar que, ao aplicar o logaritmo à fórmula, a escala de valores é significativamente menor, tornando as variações mais lineares. Ao utilizar tal procedimento, deve-se considerar que, a medida que a renda *per capita* se eleva, o retorno desse acréscimo de renda, em termos de desenvolvimento humano, diminui.¹⁷

Uma das críticas considerada como limitação desse indicador é o fato de não considerar a desigualdade de renda entre os habitantes do município em função do uso da média de renda, a qual pode ser inapropriada em amostras com grande variação, caso típico do estudo da renda. Sendo assim, pode haver disparidades entre a renda dos habitantes, uma vez que o município atinge uma elevada renda *per capita*, mas com grande parte de sua população vivendo na pobreza.

A dimensão Educação do IDHM é a que mais difere em termos conceituais e metodológicos do IDH e sofreu modificações ao longo desses anos de publicação. O IDHM Educação é composto por dois indicadores: escolaridade da população adulta, que é medida pelo percentual de pessoas com 18 anos ou mais de idade com o ensino fundamental completo e, fluxo escolar da população jovem, medido pela média aritmética do percentual de crianças entre 5 a 6 anos de idade que frequentam a escola, de jovens de 11 a 13 anos que frequentam os anos finais do Ensino Fundamental, de jovens de 15 a 17 anos com Ensino Fundamental completo e de jovens de 18 a 20 anos de idade com o ensino médio completo. Tais indicadores também são obtidos de acordo com as respostas obtidas no questionário da amostra do Censo Demográfico do IBGE¹⁸.

Para o cálculo do IDHM Educação, são utilizados parâmetros, como ilustra o Quadro 4, e, para transformá-los em um índice que varie de 0 a 1, divide-se a taxa por 100.

16 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Atlas do Desenvolvimento Humano dos Municípios*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/Default.aspx?indiceAccordion=1&li=li_AtlasMunicipios>. Acesso em: 01 dez. 2013

17 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. O que é o IDHM. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDHM.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDHM>. Acesso em: 07 dez. 2013.

18 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Atlas do Desenvolvimento Humano*. 2013. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/EntendaAtlas.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Entenda>. Acesso em: 07 dez. 2013.

Quadro 4 – Valor máximo e mínimo estabelecidos para os subíndices do IDHM Educação em 2010

Descrição	Valor mínimo estabelecido	Valor máximo estabelecido
Taxas de frequência	0%	100%
Taxas de conclusão	0%	100%

Fonte: Do autor¹⁹

Após encontrado o valor índice de cada variável, o IDHM Educação é calculado a partir da média geométrica dos dois índices, considerando-se que o índice de escolaridade tem peso 1 e o índice de fluxo tem peso 2, como mostra a figura 2.

Figura 2 – Equações utilizadas para cálculo do IDHM Educação

$$\text{Índice de escolaridade da população adulta} = \frac{\sum \text{taxas de frequência}}{100}$$
$$\text{Índice de fluxo escolar da população jovem} = \frac{(\text{subíndice1} + \text{subíndice2} + \text{subíndice3} + \text{subíndice4})}{4}$$
$$\text{IDH-M Educação} = \sqrt[3]{\text{índice de escolaridade} \times \text{índice de fluxo} \times \text{índice de fluxo}}$$

Fonte: Do autor

Como dito anteriormente, o indicador Educação sofreu alterações em sua metodologia. Isso aconteceu em 2013, tornando-o mais rigoroso ao exigir maior grau de escolaridade para que o município atinja um maior IDHM. Em duas de suas publicações (1998 e 2003), as variáveis consideradas para cálculo do indicador eram taxa de alfabetização de pessoas acima de 15 anos de idade e taxa bruta de frequência escolar. Na mais recente atualização publicada em 2013, o IDHM Educação é formado pelos subíndices: escolaridade da população adulta, que é medida pelo percentual de pessoas com 18 anos ou mais de idade com o Ensino Fundamental completo e fluxo escolar da população jovem, medido pela média aritmética do percentual de crianças entre 5 a 6 anos de idade que frequentam a escola, de jovens de 11 a 13 anos que frequentam os anos finais do ensino fundamental, de jovens de 15 a 17 anos com ensino fundamental completo e de jovens de 18 a 20 anos de idade com o ensino médio completo. Síntese das mudanças é apresentada no Quadro 5.

19 O índice de escolaridade da população adulta é calculado a partir da razão do somatório das taxas de frequência por 100. Já o índice de fluxo escolar da população jovem é encontrado por meio da soma dos subíndices obtidos, dividida pelo número de subíndices. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Atlas do Desenvolvimento Humano*. 2013. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/EntendaAtlas.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Entenda>. Acesso em: 07 dez. 2013.

Quadro 5 – Mudanças metodológicas no IDHM Educação

EDUCAÇÃO		
	População Adulta	População Jovem
IDHM 2013	18+ com fundamental completo (peso 1)	% 5-6 na escola % 11-13 nos anos finais do fundamental % 15-17 com fundamental completo % 18-20 com médio completo (peso 2)
IDHM 2003	Taxa de alfabetização 15+ (peso 2)	Taxa bruta de frequência à escola (peso 1)

Fonte: Do autor

Assim como o IDHM Longevidade, o indicador Educação também se depara com algumas limitações. Pode-se observar que a medida da educação população jovem não capta toda a passagem do jovem pelo sistema educacional, considerando-se apenas momentos e parte da população escolar. Além disso, estabelece também, uma faixa etária ampliada da ideal para essa população, por razões estatísticas. Já a medida da educação da população adulta considera apenas pessoas que completaram o Ensino Fundamental, deixando de lado aqueles que, apesar de não completarem o ciclo, tiveram passagens nele.

Após calculados todos os índices de dimensão, chegamos ao IDHM por meio da média geométrica dos 3 índices encontrados:

$$IDHM_i = \sqrt[3]{IDHM_{longevidade_i} \times IDHM_{educação_i} \times IDHM_{renda_i}}$$

3. DETERMINANTES DO DESENVOLVIMENTO HUMANO

Para avaliar os possíveis determinantes dos Índices de Desenvolvimento Humano, foram levantadas 11 publicações, sendo 6 em periódicos nacionais e 5 em periódicos internacionais dos últimos 16 anos (1997 – 2013) — todos classificados no sistemas Qualis/CAPES, que estudaram quantitativamente as relações entre um conjunto de variáveis e os indicadores de desenvolvimento humano.

A partir da análise do referencial teórico, verificou-se a frequência com que cada variável independente (determinantes) apareceu nos estudos. Os resultados são apresentados na Tabela 1.

Tabela 1 – Presença das variáveis independentes no referencial teórico (em porcentagem)

VARIÁVEL INDEPENDENTE	PRESEÇA NO REFERENCIAL
Despesas públicas	36%
PIB <i>per capita</i>	36%
Receitas públicas	36%
Informações sobre população	27%
Necessidades básicas	18%
Variáveis <i>dummies</i>	18%
Dados macroeconômicos	9%
Renda	9%

Fonte: Do autor

Conforme ilustrado na Tabela 1, as variáveis que apresentaram maior frequência nos estudos são as despesas públicas, o PIB *per capita* e as receitas públicas.

Nesse sentido, essas variáveis foram consideradas para um maior aprofundamento de sua utilização em tais estudos:

- PIB *per capita*: dentro das 11 publicações analisadas, 4 delas apresentaram como variável independente o PIB *per capita*;
- Swaha e Tondo²⁰ testaram a correlação do PIB como variável independente com o IDH (variável dependente) em seu estudo “Equilíbrio entre Desenvolvimento Humano e Crescimento Econômico: um estudo da ASEAN 5” e constataram que não há nenhuma significância entre as variáveis. Já Kurt e Savrul²¹ realizaram um estudo que analisava 10 países da União Europeia em um período de 10 anos a fim de verificar o efeito do Bloco no Desenvolvimento Humano. Utilizaram uma variável *dummy* e o PIB *per capita* como variáveis independentes e o IDH 2004 como dependente. Por meio da regressão, constataram que existe significância entre todas as variáveis, ou seja, o PIB *per capita* explica parte do IDH 2004. Receitas públicas: as receitas públicas também apareceram em 36% do referencial teórico como variável independente.

Alves²², estudou “O impacto das receitas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos municípios do Estado do Ceará”, analisou 184 municípios cearenses dentro de um período de 5 anos. Como variável independente, Alves levou em consideração a arrecadação total das receitas municipais que abrange as receitas municipais próprias, transferências e operações de crédito de 1995 a 1999 e como dependente, o IDH 2000. Nesse estudo, concluiu-se que a variável é significativa e, portanto, tem participação do IDH 2000 do Estado do Ceará.

Silva *et al*²³ em seu estudo “A influência do desempenho tributário e gestão fiscal no Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal (IFDM) dos municípios de Minas Gerais” analisaram 796 municípios mineiros no período de um ano. Os métodos utilizados foram a análise de *cluster* e regressão logística que testaram as variáveis independentes: Fundo de Participação dos Municípios (FPM), Cota-Parte do ICMS, IPTU, ITBI, ISS, taxas que estão englobadas no conceito de tributo comum, receita orçamentária, Índice Firjan de Gestão Fiscal e Índice Firjan de Desenvolvimento Social, sendo todos os valores *per capita* junto à duas variáveis dependentes: IFDM 2010 e IFGF 2010. O resultado do estudo apresentou significância em todas as variáveis, mostrando que todas têm relação com os índices mencionados como dependentes. Em outro estudo realizado por Farina, Gouvêa e Varela²⁴ foi analisada “A diferenciação dos Grupos 2 e 5 de municípios paulistas, segundo o IPRS, a partir das transferências constitucionais e das receitas tributárias: uma aplicação de análise discriminante”. O Índice Paulista de Responsabilidade Social classifica os municípios em Grupos de 1 a 5, de acordo com seus indicadores de riqueza, longevidade e escolaridade. Os autores estudaram os grupos 2 e 5 do IPRS com abrangência na capital e municípios do interior de São Paulo. Por meio da análise discriminante, foram relacionadas as variáveis independentes: FPM *per capita*, cota-parte do ICMS *per capita*

20 SHOME, Swaha; TONDON, Sakira. Balancing human development with economic growth: a study of ASEAN 5. *Annals of the University of Petroșani*, Petroșani, v. 10, n. 2, p. 335-348, 2010.

21 KURT, Serdar; SAVRUL, Mesut. The effect of the European Union on human development. *International Research Journal of Finance and Economics*, United Kingdom, v. 65, p. 35-42, 2011.

22 ALVES JÚNIOR, José A. *O impacto das receitas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos municípios do Estado do Ceará*. 2004. 72 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de pós-graduação em Economia, Faculdade de Economia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. 2004.

23 SILVA, Lara Lúcia da, et al. A influência do desempenho tributário e gestão fiscal no Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal (IFDM) dos municípios de Minas Gerais. *Revista de Ciências Humanas*, Viçosa, v. 13, n. 1, p. 199- 219, jan./jun. 2013.

24 FARINA, Milton Carlos; GOUVÊA, Maria Aparecida; VARELA, Patrícia Siqueira. A diferenciação dos Grupos 2 e 5 de municípios paulistas, segundo o IPRS, a partir das transferências constitucionais e das receitas tributárias: uma aplicação de análise discriminante. *Revista Contemporânea de Economia e Gestão*, Fortaleza, v. 5, n. 1, p. 17-28, jan./jul. 2007.

e receita tributária *per capita* com os Grupos 2 e 5 do IPRS (variáveis dependentes). Verificou-se no estudo que há significância apenas entre a variável independente receita *per capita*, ou seja, ela mantém relação com os Grupos em questão.

- Despesas públicas: essa variável apareceu em 4 das 11 publicações presentes no referencial teórico e mostrou significância em todas as análises selecionadas.

Roque *et al*²⁵ estudaram a relação das despesas públicas com o IDHM. A análise abrangeu 287 municípios baianos no período de 10 anos e concluiu por meio da regressão linear múltipla que as variáveis: Despesas com planejamento, despesas com indústria e comércio, despesas com educação e cultura, despesas com habitação e urbanismo e despesas judiciais são significantes e portanto, mantém relação com o IDHM da Bahia.

Rezende *et al*²⁶, por meio da análise de *cluster* e regressão logística, verificaram em seu estudo que as variáveis despesa corrente total de 1991 – 2000 e despesa de capital total de 1991 – 2000 apresentaram relação com a variável dependente IDH 1991, porém não foi possível diagnosticar quais têm mais significância com os investimentos públicos.

Razmi *et al*²⁷ estudaram o Irã em um período de 19 anos, a fim de verificar se há relação das despesas com saúde pública do país e seu IDH. Na publicação “Investigação do efeito das despesas de saúde do Governo sobre o IDH no Irã”, concluiu-se que existe relação entre as variáveis, ou seja, as despesas com saúde pública no Irã interferem no IDH do país.

Ramirez²⁸, realizaram uma análise que dividia as variáveis independentes em duas cadeias: “A” que considera: PIB *per capita* (1960 – 70); despesas sociais (despesa pública com educação e saúde) como porcentagem do PIB; e cadeia “B” que leva em consideração as variáveis: log do PIB *per capita* em 1960; log expectativa de vida (1967); nível de alfabetização de adultos (1970 – 72) e Investimento Interno Bruto como porcentagem do PIB (1960 – 92). Tais variáveis independentes foram testadas com duas variáveis dependentes que são: redução do *déficit* de expectativa de vida (1970 – 92) e PIB *per capita* (1970 – 92) por meio do método dos Mínimos Quadrados Ordinários (Regressão Linear Múltipla).

O estudo analisou um período de 32 anos e uma amostra de 35 dos 76 países que estão em desenvolvimento e constatou que todas as variáveis apresentaram influência na expectativa de vida e no PIB *per capita*.

4. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Uma das formas de se analisar o desempenho dos municípios é avaliar o caráter de seus gastos, que refletem-se na realização de investimentos. Nesse estudo pretende-se avaliar a influência que as despesas municipais têm em cada grupo de classificação do IDHM visto que o objetivo é verificar valores significativos e não baixas variações.

Foram escolhidas como variáveis independentes algumas despesas públicas do Estado de São Paulo, de acordo com a Fundação SEADE, a saber:

25 SANTOS, Manuel Roque Dos; DIAS, José Maria; FERNANDES, Gilênio Borges. Avaliação da Capacidade de Predição de Índice de Desenvolvimento Humano dos Municípios (IDHM) a partir das Demonstrações Contábeis Legais. In: ENCONTRO DA ANPAD, 34., 2010, Rio de Janeiro. *Anais...*Rio de Janeiro: ANPAD, 2010. p. 1-17.

26 REZENDE, Amaury José; SLOMSKI, Valmor; CORRAR, Luiz João. A gestão pública municipal e a eficiência dos gastos públicos: uma investigação empírica entre as políticas públicas e o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos municípios do Estado de São Paulo. *Revista Universo Contábil*, Blumenau, v. 1, n. 1, p. 24-40, jan./abr. 2005.

27 RAZMI, Mohammad Javad; ABBASIAN, Ezatollah; MOHAMMADI, Sahar. Investigating the effect of government health expenditure on HDI in Iran. *Journal of Knowledge Management, Economics and Information Technology*, Iran, v. 5, p. 119-131, oct. 2012.

28 RAMIREZ, Alejandro; RANIS, Gustav; STEWART, Frances. *Economic growth and human development*. New Haven: Yale University, dec. 1997. (Center Discussion Paper, n. 787).

- Despesa com Assistência Social: esta variável contempla as despesas realizadas pelo Poder Público Municipal decorrentes das ações voltadas ao bem-estar social. Fazem parte das Contas de Despesa em Assistência Social: a Assistência ao Idoso, Assistência ao Portador de Deficiência, Assistência à Criança e ao Adolescente e Assistência Comunitária;
- Despesa com Desporto e Lazer: são as despesas realizadas pelo Poder Público Municipal decorrentes das ações voltadas ao desporto e lazer. Fazem parte das Contas da Despesa em Desporto e Lazer: o Desporto de Rendimento, Desporto Comunitário e o Lazer;
- Despesa com Cultura: despesas realizadas pelo Poder Público Municipal decorrentes das ações que visam o desenvolvimento, difusão e preservação de conhecimento adquirido e acumulado pela comunidade. Fazem parte das Contas da Despesa em Cultura: o Patrimônio Histórico, Artístico e Arqueológico e a Difusão Cultural;
- Despesa com Educação: são despesas realizadas pelo Poder Público Municipal, decorrentes das ações voltadas à Educação e fazem parte da Conta da Despesa em Educação: o Ensino Fundamental, Médio, Profissional e Superior, Educação Infantil, Educação de Jovens e Adultos e Educação Especial;
- Despesa com Urbanismo: essa variável contempla as despesas realizadas pelo Poder Público Municipal decorrentes das ações voltadas ao Urbanismo. Fazem parte da Conta da Despesa em Urbanismo: a Infraestrutura Urbana, Serviços Urbanos e Transportes Coletivos Urbanos;
- Despesa com Investimentos: Despesas realizadas pelo Poder Público Municipal no planejamento e execução de obras e complementos a elas necessários. A Conta da Despesa em Urbanismo é composta por: Transferências, Obras e Instalações, Equipamentos e Material Permanente, Sentenças Judiciárias, Despesas de Exercícios Anteriores e Indenizações e Restituições;
- Despesa com Saúde: despesas realizadas pelo Poder Público Municipal decorrentes das ações desenvolvidas no sentido da promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde. Fazem parte dessa conta as variáveis: Atenção Básica, Assistência Hospitalar e Ambulatorial, Suporte Profilático e Terapêutico, Vigilância Sanitária, Vigilância Epidemiológica e Alimentação e Nutrição;
- Despesa com Saneamento: são despesas realizadas pelo Poder Público Municipal, decorrentes das ações que visam o fornecimento de água de boa qualidade às populações, o destino final dos esgotos domésticos e despejos industriais e a melhoria das condições sanitárias das comunidades. Fazem parte da Conta da Despesa em Saneamento as variáveis: Saneamento Básico Rural e Saneamento Básico Urbano²⁹.

Como já citado, o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal classifica o desenvolvimento dos municípios em cinco categorias: Muito Alto, Alto, Médio, Baixo e Muito Baixo. Posto isso, após a seleção dos dados do Estado de São Paulo, verificou-se grande homogeneidade nos índices, os quais concentram-se quase que exclusivamente no conceito “alto”. Partindo-se dessa observação, para a aplicação da técnica estatística multivariada de Análise Discriminante Múltipla, foi proposta uma nova junção dos grupos a partir do uso dos quartis (Tabela 2), visto que pretende-se discriminar apenas as grandes variações.

Para tanto, foi escolhida a análise discriminante como técnica estatística a ser utilizada, uma vez que é apropriada quando tem-se uma variável categórica (nominal ou não métrica) como dependente e variáveis métricas como independentes. É comum na análise discriminante, a variável dependente consistir em dois grupos ou classificações como alto *versus* baixo, ou então, em grupos múltiplos como as classificações em

29 FUNDAÇÃO SEADE. *Seade 35 anos: estatísticas públicas para o desenvolvimento do estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.seade.gov.br/wp-content/uploads/2014/12/Seade-35-anos-PDF.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

baixo, médio e alto. Para esse segundo caso, a técnica é chamada de análise discriminante múltipla (MDA), que será utilizada no presente estudo.

Ainda, para melhor discriminar os fatores que influenciam no IDHM, foram introduzidos no modelo apenas os municípios presentes nos extremos, ou seja, 1º quartil, que considera municípios com desenvolvimento de 0,000 a 0,718 e 4º quartil, que abrange os municípios classificados de 0,761 a 1,000 ponto.

Tabela 2 – Nova junção dos grupos a partir do uso de quartis

CLASSIFICAÇÃO DAS VARIÁVEIS INDEPENDENTES	
1º Quartil	0,000 a 0,718
2º Quartil	0,719 a 0,737
3º Quartil	0,738 a 0,760
4º Quartil	0,761 a 1,000

Fonte: Do autor

Para aplicação da análise discriminante, constrói-se um modelo composto por seis estágios, a saber:

- Estágio 1: definição do problema de pesquisa e seleção dos objetivos a serem alcançados ao aplicar a técnica;
- Estágio 2: seleção das variáveis e definição de qual deve ser a dependente e quais as independentes, o tamanho da amostra e a divisão da mesma para fins de validação;
- Estágio 3: verificação de premissas obrigatórias (ver Tabela 3) que a função discriminante deve atender para a aplicação ser apropriada;
- Estágio 4: decisão do método de estimação e do número de funções a ser retido. Depois selecionam-se as variáveis independentes com maior poder de discriminação e não correlacionadas entre si (método *Stepwise*);
- Estágio 5: consiste na interpretação dos resultados por meio do exame das funções discriminantes para determinar a importância relativa de cada variável independente na discriminação entre os grupos. Para tanto, utilizam-se três métodos que determinam sua importância relativa: (1) pesos discriminantes padronizados, (2) cargas discriminantes (correlações de estrutura) e (3) valores *F* parciais;
- Estágio 6: validação dos resultados discriminantes para garantir que tenham validade interna e externa. É utilizado o método de validação cruzada e o perfil de grupos para garantir que as médias de grupos sejam indicadores válidos do modelo conceitual usado na seleção de variáveis independentes.

A Tabela 3 mostra as premissas para aplicação da técnica utilizada.

Tabela 3 – Premissas para a aplicação da análise discriminante³⁰

Premissas subjacentes	Considerações ⁹
Tamanho da amostra	Idealmente 20, mas no mínimo 5 casos para cada variável preditora 3 ou 5 vezes o número de variáveis independentes
Homoscedasticidade	Box'M > 0,05
Linearidade	
Normalidade multivariada	Condição para que os testes de significância sejam válidos
Ausência de Multicolinearidade	
Ausência de observações atípicas	
Tamanho dos grupos	Cada grupo deve ter no mínimo 20 observações

5. RESULTADOS

Este capítulo está organizado da seguinte forma: o item 5.1 trata dos resultados gerais da amostra, evidenciando as estatísticas descritivas dos investimentos, por meio das quais avalia-se a média, mediana, coeficiente de variação e variação no período de cada variável estudada. O item 5.2 mostra os resultados da análise discriminante múltipla. Tal item contempla as verificações das premissas de aplicação da técnica estatística e os resultados encontrados a partir delas.

5.1. Resultados gerais da amostra

A Tabela 4 ilustra as estatísticas descritivas das despesas estaduais, permitindo algumas análises parciais.

De acordo com os valores médios encontrados, conclui-se que a variável Despesa com Educação é que a recebe maior investimento *per capita* (R\$ 608,96), seguida da Despesa com Saúde (R\$ 477,13) e Despesa com Urbanismo (R\$ 277,94). Tais resultados apontam que, dentre as despesas públicas selecionadas para o estudo, são com estas variáveis que os municípios têm maior preocupação. Os valores medianos indicam qual é a metade dos investimentos realizados para cada variável, ou seja, metade dos municípios investem abaixo da mediana e a outra metade, acima da mediana.

A partir dos coeficientes de variação encontrados, verifica-se que há grande heterogeneidade no estado de São Paulo, ou seja, há muitos municípios investindo muito e muitos municípios investindo pouco. Atenta-se para a variável Despesa com Saneamento, que apresentou maior coeficiente de variação (129,74%), o que permite supor que há elevada disparidade entre os investimentos dos municípios. A variável menos heterogênea do estudo é Despesa com Educação, que apresentou um coeficiente de variação de 42%. A partir do dado, observa-se uma inclinação positiva na curva de investimento dos municípios, podendo-se sugerir que é uma variável mais influente do que as demais e que talvez, indispensável de se investir.

Analisando o período de 2002 a 2010, observou-se que os municípios passaram a investir mais em Cultura, Desporto e Lazer e Saúde. A Despesa com Saneamento foi a que apresentou menor variação de crescimento — apenas 15,45% — o que não mostra grandes intenções de investimento por parte dos municípios.

30 PREARO, Leandro Campi. *Os serviços públicos e o bem-estar subjetivo da população: uma modelagem multigrupos baseada em mínimos quadrados parciais*. 2013. 257 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Economia, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Tabela 4 – Estatísticas descritivas dos investimentos de forma geral

Item	Média	Mediana	Coefficiente de variação	Varição 2002–2010
Assistência Social	102,29	82,21	73,64	30,45
Desporto e Lazer	40,69	29,67	88,94	67,95
Cultura	19,67	14,26	114,84	157,33
Educação	608,96	566,70	42,00	42,35
Urbanismo	277,94	237,00	63,80	33,56
Investimentos	275,36	222,84	72,59	33,76
Saneamento	55,06	11,08	129,74	15,45
Saúde	477,13	422,82	42,64	54,18

Fonte: Do autor

5.2. Resultados da Análise Discriminante Múltipla

A primeira fase na aplicação da Análise Discriminante Múltipla foi a verificação dos atendimentos às premissas da técnica (tamanho da amostra e divisão da amostra, homocedasticidade, normalidade multivariada, multicolinearidade e tamanho dos grupos).

- Tamanho da amostra e divisão da amostra: na técnica aplicada é ideal obter-se uma proporção de 20 observações para cada variável preditora. Sendo assim, o estudo compreende 39 observações para cada variável preditora (312 casos para 8 preditoras), respeitando a premissa do tamanho da amostra. Em relação à divisão da amostra, é estabelecido que no mínimo, o menor grupo deve exceder ao número de variáveis independentes. No presente estudo, o menor grupo (Grupo 2, com 150 observações) excede o número de variáveis independentes (8) em até 18 vezes;
- Homocedasticidade: de acordo com o teste Box's M, ilustrado na Tabela 5, pretende-se aceitar a hipótese de homogeneidade das variâncias. Nesse estudo, houve rejeição da hipótese nula, sugerindo um modelo com heterocedasticidade. Não obstante, ainda que com consciência da problemática, esta não será tratada nesse estudo.

Tabela 5 – Resultados do Teste Box's M

Box's M	223,062
F Approx.	14,631
Df1	15
Df2	439443,302
Sig.	,000

Fonte: Do autor

- Normalidade Multivariada: segundo Prearo³¹, a distribuição normal multivariada tem a forma de sinus tridimensionais simétricos na seguinte situação: o eixo de x apresenta valores de uma determinada variável, o eixo de y apresenta a contagem para cada valor da variável de x e, o eixo de z mostrar os valores de qualquer outra variável em consideração. É uma condição fundamental de aplicação nas técnicas estatísticas de análise multivariada entretanto, Johnson e Wichern³⁰ alertam que, para dados reais, a presença de variáveis com distribuição normal multivariada exata é difícil de se encontrar.

31 PREARO, Leandro Campi. *Os serviços públicos e o bem-estar subjetivo da população: uma modelagem multigrupos baseada em mínimos quadrados parciais*. 2013. 257 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Economia, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Assim, a densidade normal é geralmente uma aproximação eficaz à verdadeira distribuição da população. Nesse estudo, a premissa de normalidade multivariada não foi verificada;

- Multicolinearidade: no presente estudo, fez-se uso do método *Stepwise*, o qual não exige atendimento à premissa de multicolinearidade, já que só são incluídas no modelo as médias de cada variável apresentada. De acordo com Hair *et al*³², para a realização do método *Stepwise* escolhe-se a melhor variável discriminatória e faz-se pares com cada uma das outras variáveis independentes a fim de verificar qual a variável que, em combinação com a primeira, irá melhorar o poder de discriminação da função. No decorrer desse processo, à medida que são incluídas variáveis adicionais, outras podem ser excluídas se apresentarem informações já existentes em combinações das outras variáveis incluídas em estágios posteriores da aplicação.
- O *Stepwise* é apresentado como um método eficaz quando tem-se um número relativamente grande de variáveis independentes para inclusão na função. O objetivo é selecionar as melhores variáveis discriminatórias em cada passo e eliminar as que não são úteis na discriminação.
- Tamanho dos grupos: para atender tal premissa, cada grupo deve ter no mínimo 20 observações. Nesse estudo, os grupos 1 e 2 são formados por 162 e 150 observações, respectivamente.

Atendidas as premissas, a Tabela 6 apresenta os valores médios das despesas em cada grupo do período de 2002 a 2010, bem como teste F para verificação de suas diferenças. Assim, os resultados iniciais sugerem poder discriminante das variáveis Assistência Social, Cultura, Educação e Saneamento. Para as variáveis Desporto e Lazer, Urbanismo, Investimento e Saúde, as diferenças de investimentos entre os Grupos não são aplicáveis, visto que as mesmas não são estatisticamente significantes. Verificando as médias de investimentos de cada Grupo, comparados à média total, chegou-se a algumas conclusões:

- O Grupo 1 — municípios com IDHM de até 0,718 — apresentou investimento acima da média na variável Despesa com Assistência Social (R\$ 111,29 *per capita*). Já o Grupo 2, dos municípios com maior desenvolvimento humano (de 0,761 a 1,000) investiram R\$ 79,16 *per capita*, 28,9% a menos. Supõe-se que municípios menos desenvolvidos têm maior carência em programas de ordem social e por isso, maior necessidade em preocupar-se com esses gastos;
- Para a variável Despesa com Cultura, observa-se exatamente o contrário: municípios classificados com alto grau de desenvolvimento tendem a investir mais (R\$ 25,46 *per capita*, 27,2% acima da média), contra R\$ 14,80 investidos pelo Grupo 1. Os dados permitem sugerir que a variável não é prioridade de investimento dos municípios menos desenvolvidos e que o gasto com cultura pode ser característico de municípios com alto grau de desenvolvimento, que têm maior poder de investimento para assuntos de segunda ordem de prioridade;
- A variável Despesa com Educação, assim como Despesa com Assistência Social, mostra que o Grupo 1 investe um percentual maior que o Grupo 2 e que talvez, tenha maiores gastos em pilares sociais básicos. Municípios com menor desenvolvimento geralmente têm carências básicas, estas que já foram superadas por municípios com alto grau de desenvolvimento e tendem a investir mais em pilares sociais, de importância principal para o desenvolvimento de sua população. O Grupo 1 apresentou investimento de 6,6% acima da média e, 14,5% acima do Grupo 2, que investe R\$ 563,43 *per capita*, 6,9% abaixo da média total;
- Atenta-se à variável Despesa com Saneamento que, assim como a Despesa com Cultura, recebe maiores investimentos do Grupo 2 porém, em uma quantidade muito acima da média. Os municípios mais desenvolvidos, investem R\$ 87,65 *per capita* contra R\$ 57,00 da média total e R\$ 27,62 dos Grupo 1, ou

32 HAIR JÚNIOR, J. F. et al. *Análise multivariada de dados*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

seja 53,8% e 217,3% a mais, respectivamente. O investimento em Saneamento melhora a qualidade de vida da população e de acordo com os dados, é levado muito em conta no Grupo 2. O fato pode ser explicado por meio da hipótese que municípios mais desenvolvidos têm maior verba para tal, visto que é um investimento caro e necessita certo grau de urbanização e desenvolvimento no município.

Tabela 6 – Estatísticas descritivas das variáveis independentes

TIPO DE DESPESA	TOTAL	GRUPO 1	GRUPO 2	SIGNIFICÂNCIA
Assistência Social	95,57	111,29	79,16	0,000
Desporto e Lazer	36,72	35,72	37,75	0,560
Cultura	20,02	14,80	25,46	0,000
Educação	605,13	645,11	563,43	0,006
Urbanismo	268,37	251,85	285,59	0,116
Investimento	265,63	271,28	259,74	0,616
Saúde	470,28	474,52	465,87	0,694
Saneamento	57,00	27,62	87,65	0,000

Fonte: Do autor.

Após concluir que quatro das variáveis têm diferenças estatisticamente significantes, isoladamente, avaliou-se por meio do Teste Lambda de Wilks as oito variáveis simultaneamente para verificar seus graus de diferenciação nos grupos. No teste, espera-se rejeitar a hipótese nula de que as variáveis são iguais entre os grupos, obtendo Lambda menor que um e ainda, quanto menor for seu valor, mais significativa será a variável. Constatou-se assim, na Tabela 7, que a um nível de 1% de significância, rejeita-se a hipótese nula, ou seja, o teste foi significativo para as variáveis Despesa com Assistência Social, Cultura, Educação, Saneamento e Urbanismo.

Tabela 7 – Resultado da estatística Wilks'Lambda

TIPO DE DESPESA	ESTATÍSTICA WILKS'LAMBDA	SIGNIFICÂNCIA
Saneamento	0,858	p<0,01
Assistência Social	0,826	p<0,01
Cultura	0,779	p<0,01
Educação	0,749	p<0,01
Urbanismo	0,713	p<0,01

Fonte: Do autor

A título ilustrativo, a tabela 8 apresenta as funções de Fischer para cada grupo estudado. Segundo Hair *et al*⁵³, novos casos inseridos na amostra (nesse caso, municípios) teriam suas características de despesa inseridas nas equações e o maior dos resultados apontaria para o grupo de classificação daquele município.

Tabela 8 – Resultados da Função de Fisher

TIPO DE DESPESA	GRUPO 1	GRUPO 2
Constante	-4,269	-3,517
Assistência Social	0,011	0,002
Cultura	-0,038	-0,012
Educação	0,012	0,008
Urbanismo	-0,005	-0,001
Saneamento	0,005	0,015
$G1 = - 4,269 + 0,011AS - 0,038CULT + 0,012EDU - 0,005URB + 0,005SAN$		
$G2 = - 3,517 + 0,002AS - 0,012CULT + 0,008EDU - 0,001URB + 0,015SAN$		

Fonte: Do autor

Por meio da classificação dos resultados apresentada na Tabela 9, observa-se que o modelo estimado apresenta 72,9% de acerto para Grupo 1; 69,3% para o Grupo 2 e 71,2% no agregado dos dois grupos.

Tabela 9 – Classificação dos Resultados

MODELO	Participação no grupo previsto		Total
	1,00	2,00	
Contagem original			
1,00	124	46	170
2,00	50	113	163
Casos não agrupados	162	150	312
%			
1,00	72,9	27,1	100,0
2,00	30,7	69,3	100,0
Casos não agrupados	51,9	48,1	100,0

¹ 71,2% dos casos originais agrupados e classificados corretamente

Fonte: Do autor

5.3. Avaliação do ajuste geral

A avaliação do ajuste geral do modelo foi realizada a partir do Critério de Chance Proporcional e da Estatística Q de Press, conforme sugestão de Hair *et al*³⁴.

- Critério de chance proporcional

O critério de chance proporcional representa o percentual de acerto se todas as observações fossem colocadas no grupo que apresenta maior probabilidade de ocorrência. Avalia-se por meio da equação:

$$C_{pro} = p^2 + (1-p)^2$$

$$C_{pro} = 0,511^2 + (0,489)^2$$

$$C_{pro} = 0,5002$$

Ao resultado de C_{pro} deve ser acrescentado 20%, pois a precisão de classificação deve ser no mínimo um quarto maior do que a obtida por chances, então:

$$0,5002 * 1,25 = 60$$

De acordo com o resultado obtido, pode-se afirmar que, no critério de chances, o modelo apresenta 60% de possibilidade de acerto. Já no modelo proveniente desse estudo, alcança-se 71,2% de acerto, o que o torna melhor e mais adequado perante a um teste de tentativa e erro.

- Estatística Q de Press

Esse teste estatístico tem por objetivo medir o poder discriminatório da matriz de classificação quando esta é comparada com um modelo de chances como o C_{pro} , por exemplo. Obtém-se pela fórmula:

$$Q \text{ de Press} = \frac{[N - (n \times K)^2]}{N(K - 1)}$$

$$Q \text{ de Press} = \frac{[312 - (237 \times 2)^2]}{312(2 - 1)}$$

$$Q \text{ de Press} = 719,12$$

A estatística Q de Press mostrou que, a 1% de significância, considerando-se um valor crítico de 395,96, as previsões do modelo desenvolvido são significativamente melhores do que chances.

34 HAIR JÚNIOR, J. F. et al. *Análise multivariada de dados*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

6. CONCLUSÃO

Foi proposto, no presente estudo, evidenciar quais os fatores que mais discriminam o Índice de Desenvolvimento Humano dos municípios do estado de São Paulo. Primeiramente, foram selecionados 11 estudos dos últimos 16 anos (1997 – 2013) para buscar o estado da arte dos estudos dos determinantes do Desenvolvimento Humano. Após esta etapa, objetivou-se desenvolver um modelo de determinantes do Desenvolvimento Humano para os municípios do estado de São Paulo, considerando as despesas públicas como objeto de estudo.

Por meio da técnica estatística de análise discriminante múltipla, constatou-se que as variáveis Despesa com Assistência Social, Despesa com Cultura, Despesa com Educação, Despesa com Saneamento e Despesa com Urbanismo são estatisticamente significantes, ou seja, surtem algum efeito sobre o IDHM.

De acordo com as observações, analisou-se que os municípios com menor desenvolvimento, pertencentes ao Grupo 1 (IDHM até 0,718) tendem a investir mais em pilares sociais básicos como Assistência Social e Educação. Tal fato pode ser explicado pela hipótese de que estes necessitam voltar sua atenção primeiramente à sua população, para assim conseguirem crescer em outros setores.

Verificou-se também que municípios com alto grau de desenvolvimento apresentam maiores gastos em Saneamento e Cultura. Supõe-se assim que tais cidades já apresentam certo nível de urbanização, o que permite o investimento em infraestrutura e no desenvolvimento da população residente. O alto investimento em saneamento, por exemplo, pode ser explicado pelo gasto com manutenção e reformas em seus sistemas de instalação. O investimento nesse setor contempla uma minoria do Estado. Tal fato se evidencia na Tabela 4, na qual observa-se o alto coeficiente de variação da variável (129,74) e concluem-se algumas observações de acordo com dados retirados do Governo.

De acordo com o Instituto Federal Trata Brasil³⁵, o atendimento de coleta de esgotos chega a apenas 48,1% da população brasileira, ou seja, menos da metade da população do país. Baseando-se nesse cenário, conclui-se que a maioria dos municípios não realiza o investimento e, conseqüentemente, apresentam condições precárias nesse setor. De acordo com a última Pesquisa Nacional de Saneamento Básico³⁶, dentre os 645 municípios do Estado, apenas 93 unidades participam do consórcio Inter municipal/Inter federativo na área do setor de saneamento total, 59 unidades na área de abastecimento de água, 57 na área do setor de esgotamento sanitário, 35 municípios na área do setor de manejo de águas pluviais e 57 unidades no manejo resíduos sólidos. Tais números representam menos de 15% do Estado de São Paulo, transmitindo que a maioria da população passa por carências básicas dignas de regiões atrasadas e sem desenvolvimento.

Recentemente o governo do Estado de São Paulo propôs programas de instalação de rede de esgoto para trabalhadores que recebem até três salários mínimos. Pegando esta política pública como exemplo, emerge o questionamento: seria o saneamento, como item básico de condição de vida, derivativo de uma ação programada pelo governo para parte da população, ou seria direito de todos e dever da Instituição?

A variável Despesa com Urbanismo também mostrou-se significativa na discriminação do IDHM e de acordo com o SEADE³⁷, 95,9% do Estado de São Paulo é urbanizado. Tal dado revela que os municípios têm condições de instalações de sistemas de saneamento, mas contradiz-se ao fato de que é a minoria que efetivamente investe, mas a maioria poderia investir.

Espera-se que variáveis que surtem impactos sociais sejam prioritárias nos investimentos (Assistência Social, Educação, Saneamento e Saúde) visto que o desenvolvimento de uma região principia do desenvolvi-

35 INSTITUTO TRATA BRASIL. *Situação do saneamento no Brasil*. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/situacao-do-saneamento-no-brasil>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

36 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=sp&tema=saneamentobasico2008>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

37 FUNDAÇÃO SEADE. *Seade 35 anos: estatísticas públicas para o desenvolvimento do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.seade.gov.br/wp-content/uploads/2014/12/Seade-35-anos-PDF.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

mento de sua população. Em média, as variáveis Despesa com Educação e Despesa com Saúde apresentam os valores mais altos de investimentos. Porém, notou-se que a variável Despesa com Saúde não discrimina o índice de desenvolvimento humano municipal. Se cruzarmos os dados de investimentos em saúde e saneamento, de acordo com a Organização Mundial da Saúde, 2004, a cada R\$ 1,00 investido em saneamento, R\$ 4,00 são economizados na área da saúde, então, arrisca-se afirmar a vantagem desse investimento que traz retorno à qualidade de vida da população e à economia do governo, sendo o saneamento, um item primordial para evitar alguns tipos de doenças.

Observando-se o cenário da Educação, de acordo com o IBGE³⁸, a população residente do Estado de São Paulo totaliza 41.262.199 pessoas. Desse número, 14.974.003 é representado por pessoas de 10 anos ou mais de idade, sem instrução e fundamental incompleto, ou seja, 36,3% da população e, 8.447.883 representam as pessoas de 10 anos ou mais de idade que frequentavam a escola, 20,5% da população residente. Conclui-se, a partir dos dados, que é maior a porcentagem de população sem educação no Estado. Supõe-se, com base na análise proposta neste estudo, que a população que teve acesso à Educação concentra-se nos municípios mais desenvolvidos (Grupo 2) e que, o Grupo 1 tende a investir no setor para reverter e diminuir o total de pessoas sem acesso à instrução.

Assim, ainda que as conclusões deste estudo contemplem apenas a amostra do Estado de São Paulo, elas evidenciam a necessidade de maior estudo e estratégia por parte dos administradores públicos nas tomadas de decisões para direcionar as políticas de acordo com a situação do município em seu cenário específico. Arrisca-se ainda, que municípios menos desenvolvidos devem investir no bem-estar de sua população (principiando pelo setor de saneamento, enfatizado neste estudo) e apostar em projetos que tragam benefícios ampliados afinal, como já citado, a despesa estratégica em determinado setor, pode surtir efeito em outros, aumentando as chances de acerto e satisfação.

REFERÊNCIAS

- ADEYEMI, Sidikat L. et al. Determinants of human development in Sub-Saharan Africa. *African Journal of Economic Policy*, Africa, v. 13, n. 2, p. 15-34, dec. 2006.
- AKDER, Halis. *A means to closing gaps: disaggregated human development index* Human Development. New York: UNDP, 1994. (Report Office Occasional Papers, 18).
- ALVES JÚNIOR, José A. *O impacto das receitas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos municípios do Estado do Ceará*. 2004. 72 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de pós-graduação em Economia, Faculdade de Economia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004.
- ANGELO, Lícia de Cerqueira et al. Fatores explicativos do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) para os municípios de Alagoas. *Economia política do desenvolvimento*, Maceió, v. 1, n. 6, p. 31-47, set./dez. 2009.
- BARROS, Ricardo Paes de et al. *O Índice de Desenvolvimento da Família (IDF)*: Rio de Janeiro: IPEA, 2003. (Texto para discussão, 98).
- EPHERENESIS, Dag. *Policy uses of HDI: goals and strategies*. SIDA: Planeringssekretariatet, 1994.
- FARINA, Milton Carlos; GOUVÊA, Maria Aparecida; VARELA, Patrícia Siqueira. A diferenciação dos Grupos 2 e 5 de municípios paulistas, segundo o IPRS, a partir das transferências constitucionais e das receitas tributárias: uma aplicação de análise discriminante. *Revista Contemporânea de Economia e Gestão*, Fortaleza, v. 5, n. 1, p. 17-28, jan./jul. 2007.

38 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=sp&tema=saneamentobasico2008>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

- FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Disponível em: <www.fjp.mg.gov.br>. Acesso em: 01 dez. 2013.
- FUNDAÇÃO SEADE. *Seade 35 anos: estatísticas públicas para o desenvolvimento do estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.seade.gov.br/wp-content/uploads/2014/12/Seade-35-anos-PDF.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2013.
- HAIR JÚNIOR, J.F. et al. *Análise multivariada de dados*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.
- HOPKINS, Michael. Human Development Revisited: a new UNDP report. *World Development*, v.19, n. 10, 1991.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=sp&tema=saneamentobasic2008>>. Acesso em: 15 abr. 2014.
- INSTITUTO TRATA BRASIL. *Situação do saneamento no Brasil*. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/situacao-do-saneamento-no-brasil>>. Acesso em: 15 abr. 2014.
- IVANOVA, Ianita M. SRINIVASAN, G.; ARCELUS, F. J. A Quantitative measure of the competitive advantage of nations. New Brunswick: University of New Brunswick, 1994. (Working paper series, n. 94-008).
- IVANOVA, Ianita M.; ARCELUS, F. J.; SRINIVASAN, G. *Effects of the Human Development Index's Social and Economic Components of Country Rankings*. New Brunswick: University of New Brunswick, 1994.
- KANBUR, Ravi. *Poverty and development: the human development report and the world development report 1990*. Coventry: University of Warwick, 1990. (Discussion Paper, 103).
- KILSZTAJN, Samuel. Paridade do poder de compra, renda per capita e outros indicadores econômicos. *Revista Pesquisa e Debate*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 93-106, 2000.
- KURT, Serdar; SAVRUL, Mesut. The effect of the European Union on human development. *International Research Journal of Finance and Economics*, United Kingdom, v. 65, p. 35-42, 2011.
- NASCIMENTO, Cleyber et al. IDHM de 2010 do Ceará. Boletim IPECE, Fortaleza, n. 62, ago. 2013. Disponível em: <http://www.ipece.ce.gov.br/publicacoes/ipece-informe/Ipece_Informe_62_13_agosto_2013.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014
- PREARO, Leandro Campi. *O uso de técnicas multivariadas em dissertações e teses sobre o comportamento do consumidor: um estudo exploratório*. 2008. 100 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Economia. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008
- PREARO, Leandro Campi. *Os serviços públicos e o bem-estar subjetivo da população: uma modelagem multigrupos baseada em mínimos quadrados parciais*. 2013. 257 f. Tese. (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Economia, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Atlas do desenvolvimento humano dos municípios*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/Default.aspx?indiceAccordion=1&li=li_AtlasMunicipios>. Acesso em: 01 dez. 2013.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Atlas do Desenvolvimento Humano, 2013*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/EntendaAtlas.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Entenda>. Acesso em: 07 dez. 2013.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Nosso trabalho*. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/NossosProjetos.aspx>>. Acesso em: 01 dez. 2013.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *O que é o IDHM*. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/IDHM.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDHM>. Acesso em: 07 dez. 2013.

- PYATTI, Graham. *There is nothing wrong with the HDI but*. England: University of Warwick, 1992.
- RAMIREZ, Alejandro; RANIS, Gustav; STEWART, Frances. *economic growth and human development*. New Haven: Yale University, dec. 1997. (*Center Discussion Paper*, n. 787).
- RAZMI, Mohammad Javad; ABBASIAN, Ezatollah; MOHAMMADI, Sahar. Investigating the effect of government health expenditure on HDI in Iran. *Journal of Knowledge Management, Economics and Information Technology*, Iran, v. 5, p. 119-131, oct. 2012.
- REZENDE, Amaury José; SLOMSKI, Valmor; CORRAR, Luiz João. A gestão pública municipal e a eficiência dos gastos públicos: uma investigação empírica entre as políticas públicas e o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos municípios do Estado de São Paulo. *Revista Universo Contábil*, Blumenau, v. 1, n. 1, p 24-40, jan./abr. 2005.
- RYTEN, Jacob. *Should there be a human development index*. Montreux: Internacional Association for Official Statistics, sept. 2000.
- SANTOS, Manuel Roque Dos; DIAS, José Maria; FERNANDES, Gilênio Borges. Avaliação da Capacidade de Predição de Índice de Desenvolvimento Humano dos Municípios (IDHM) a partir das Demonstrações Contábeis Legais. In: ENCONTRO DA ANPAD, 34., 2010, Rio de Janeiro. *Anais...*Rio de Janeiro: ANPAD, 2010.p. 1-17.
- SHOME, Swaha; TONDON, Sakira. Balancing human development with economic growth: a study of ASEAN 5. *Annals of the University of Petroșani*, Petroșani, v. 10, n. 2, p. 335-348, 2010.
- SILVA, Lara Lúcia da, et al. A influência do desempenho tributário e gestão fiscal no Índice Firjan de Desenvolvimento (IFDM) dos municípios de Minas Gerais. *Revista de Ciências Humanas*, Viçosa, v. 13, n. 1, p. 199- 219, jan./jun. 2013.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

As políticas públicas de acesso e difusão da cultura no Brasil e o caso do Programa Nacional de Apoio à Cultura

Public policy of culture access and diffusion in Brazil and the case of the National Culture Support Program

Telma Rocha Lisowski

As políticas públicas de acesso e difusão da cultura no Brasil e o caso do Programa Nacional de Apoio à Cultura*

Public policy of culture access and diffusion in Brazil and the case of the National Culture Support Program

Telma Rocha Lisowski**

RESUMO

O presente trabalho estudará o Programa Nacional de Apoio à Cultura – PRONAC, instituído pela Lei nº 8.313/91, um dos principais instrumentos de financiamento de manifestações artístico-culturais e promoção dos direitos culturais no Brasil. Essa política pública foi elaborada durante a presidência de Fernando Collor de Mello, uma gestão marcada por tendências neoliberais de favorecimento da iniciativa privada. Não por acaso, o principal mecanismo do PRONAC é o Mecenato Cultural, por meio do qual particulares contribuem com doações ou patrocínios para o financiamento de projetos culturais, obtendo posteriormente deduções do imposto de renda devido. A partir de uma identificação dos problemas enfrentados pelo programa, ao final, serão abordados os desenvolvimentos posteriores da questão no país, que apontam os caminhos para uma possível solução.

Palavras-chave: Programa Nacional de Apoio à Cultura; Direitos Culturais; Mecenato Cultural; Fundo Nacional da Cultura

ABSTRACT

This paper will examine the National Culture Support Program – NCSP, established by Law nº 8.313/91, one of the main financing instruments of artistic and cultural events and promotion of cultural rights in Brazil. This policy was drafted during the presidency of Fernando Collor de Mello, which was marked by neoliberal trends that favored private initiative. Accordingly, the main mechanism of the NCSP is the Cultural Patronage, through which individuals can contribute with donations or sponsorships to finance cultural projects, and later obtain deductions from income tax. After an identification of the problems faced by the program, the paper will discuss the later developments of the matter in the country, pointing the way for a possible solution.

Keywords: National Culture Support Program; Cultural Rights; Cultural Patronage; National Culture Fund.

* Recebido em 27/10/2014
Aprovado em 11/01/2015

** Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Advogada. E-mail: trlisowski@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a abordar a temática dos direitos culturais na Constituição Federal de 1988, sob o ponto de vista das políticas públicas levadas a efeito pelo Estado brasileiro com o objetivo de efetivá-los e promovê-los. Um dos programas de maior relevância hoje existentes, mesmo passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da Carta, foi criado quando o Brasil ainda reaprendia a ser uma democracia e tentava apagar as marcas deletérias deixadas pelo governo militar: trata-se do Programa Nacional de Apoio à Cultura – PRONAC, instituído pela Lei nº 8.313 de 23 de dezembro de 1991. Esse programa, como adiante se especificará, estabeleceu três mecanismos destinados ao financiamento de projetos artístico-culturais, buscando com isso incentivar essas manifestações e promover o acesso igualitário aos bens de cultura.

A partir de uma descrição do contexto histórico e político que envolveu a formulação do PRONAC, bem como do funcionamento dos mecanismos de financiamento, o trabalho procurará verificar se o programa atingiu os objetivos pretendidos, levando em consideração sempre os critérios estabelecidos pela Constituição Federal e tendo em vista a crítica, difundida na literatura especializada, de que ele já estaria ultrapassado. Nesse sentido, também se tentará estabelecer qual o papel dos mecanismos instituídos pelo PRONAC nos desenvolvimentos posteriores da questão cultural no Brasil, evitando menosprezar sua importância, mas apontando os aspectos que ainda carecem de melhora.

2. PRESSUPOSTOS: DEFINIÇÃO DE “CULTURA” E “DIREITOS CULTURAIS”

Para iniciar a análise do tema proposto, faz-se necessário estabelecer alguns conceitos que servirão de pressuposto para o restante da exposição, a partir de uma tentativa de redução da complexidade. O Direito, como se sabe, é uma linguagem que trabalha com o enquadramento de fenômenos em conceitos pré-definidos, procurando a partir destes apreender aqueles da melhor maneira possível. Cada operação de conceituação realiza um corte na complexidade do fenômeno, que, por sua natureza, não pode ser apreendido em sua inteireza. A perda em complexidade, porém, é compensada com um ganho em utilidade, de modo que os conceitos mais simples podem ser melhor instrumentalizados para a consecução de algum objetivo específico.

Um conceito recorrente do termo “cultura” é aquele que o contrapõe ao conceito de “natureza”, indicando que toda atuação do homem tendente a intervir na natureza, ou modificá-la de qualquer forma, é uma manifestação da cultura. Esta, assim, seria tudo aquilo que o ser humano produz, enquanto ser dotado de linguagem e capaz de se expressar por meio de símbolos. Esse seria, para alguns autores, o conceito ou dimensão antropológica da cultura¹.

Esse conceito antropológico é, ele mesmo, polissêmico. Partindo-se do pressuposto de que cultura é tudo aquilo que o ser humano produz, Bauman² discorre sobre a existência de três (sub)conceitos, que podem ser percebidos nos discursos cotidianos e acadêmicos: o hierárquico, o diferencial e o genérico. O conceito hierárquico decorre de uma noção de que existem “níveis” de cultura que podem ser atingidos na tentativa de alcançar um modelo ideal de ser humano, aquele a que todos deveriam aspirar. Assim, fala-se de “pessoas cultas” e “pessoas incultas”, aproximando muito a cultura de uma espécie de conhecimento adquirido por meio de um esforço intelectual, hierarquizando aqueles que o detêm e aqueles que não o detêm (ou o detêm em menor escala).

O conceito diferencial é o utilizado para distinguir umas das outras comunidades geográfica e temporalmente distribuídas. Em razão da distância no espaço e no tempo, e principalmente quando há algum grau de

1 BOTELHO, Isaura. Dimensões da cultura e políticas públicas. *São Paulo em perspectiva*, v. 15, n. 2 p. 73-83, 2001.

2 BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

isolamento, cada comunidade se desenvolve de forma distinta e relativamente independente, criando, com isso, seus costumes, regras, símbolos, instituições, tradições, enfim, sua cultura particular. Por essa razão, fala-se em conceito diferencial, pois a cultura seria o que diferencia “nós” dos “outros”, ou aquilo que é próprio daquilo que é alienígena.

Por sua vez, o conceito genérico de cultura seria o que mais se aproxima do que anteriormente foi denominado simplesmente de “conceito antropológico”, o que seria algo como um conceito antropológico em sentido estrito. A cultura, nesse sentido genérico, não é o que diferencia os homens dos outros homens, mas o que diferencia todos os homens dos outros animais. Ela nasce com a própria capacidade de produzir sentidos intersubjetivos para símbolos e expressões vocais, o que é pressuposto da existência de conceitos mais sofisticados de cultura. Bauman fala, nesse contexto, da “unidade essencial da espécie humana”³, que é elemento constitutivo do conceito genérico, e explica de maneira didática a relação entre as três noções:

Se a noção hierárquica de cultura coloca em evidência a oposição entre formas de cultura “requintadas” e “grosseiras”, assim como a ponte educacional entre elas; se a noção diferencial de cultura é ao mesmo tempo um produto e um sustentáculo da preocupação com as oposições incontáveis e infinitamente multiplicáveis entre os modos de vida dos vários grupos humanos — a noção genérica é construída em torno da dicotomia mundo humano-mundo natural; ou melhor, da antiga e respeitável questão da filosofia social europeia — a distinção entre “*actus hominis*” (o que acontece ao homem) e “*actus humani*” (o que o homem faz). O conceito genérico tem a ver com os atributos que unem a espécie humana ao distingui-la de tudo o mais.⁴

Para o que nos interessa no presente trabalho, esse último conceito parece ser o mais adequado, pois ele se baseia em uma dignidade fundamental do gênero humano, algo que identifica a todas as pessoas como detentoras de uma capacidade essencial de atuar no mundo e sobre o mundo. O conceito genérico é o que melhor se coaduna com uma noção de democracia que está implicada no discurso sobre direitos, uma vez que admite a existência de diversas formas de expressão, sem, contudo, hierarquizá-las ou atribuir-lhes as qualidades de certo ou errado.

A partir daí, pode-se construir um conceito, ainda que provisório, de “direitos culturais”, necessário para que se possa tratar da efetivação de políticas públicas nessa seara. Se a cultura é o resultado da atuação do homem sobre o mundo, como decorrência de sua capacidade essencial de linguagem e produção de sentidos intersubjetivos, os direitos culturais são aqueles destinados a (i) proteger essas manifestações em sua imensa diversidade, (ii) garantir os meios para que elas possam ser difundidas e aprimoradas, sem discriminação de suas fontes ou origens, e (iii) promover o amplo acesso de uns às manifestações culturais produzidas por outros, como corolário da igualdade fundamental do homem em dignidade e da necessidade de promoção, também igualitária, do desenvolvimento humano.

Estabelecidos esses pressupostos, é possível avançar para uma compreensão mais específica de direitos culturais, agora tendo por base as disposições constitucionais a seu respeito, já nos aproximando do tema central deste trabalho.

3. DIREITOS CULTURAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SUA PROMOÇÃO

É pacífico na literatura especializada o reconhecimento de que os direitos culturais formam uma categoria relativamente autônoma de direitos humanos fundamentais, digna de proteção e incentivo por parte dos poderes públicos estatais, bem como da comunidade internacional. Nem poderia ser diferente, posto que

3 BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 130.

4 BAUMAN, Zygmunt. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 130-131.

hoje não se tratam de meras elucubrações doutrinárias, mas de direitos expressamente reconhecidos pelos mais diversos ordenamentos jurídicos, positivados em documentos normativos nacionais e internacionais e tutelados por Estados e organizações supraestatais.

Data de 1966 o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, do qual o Brasil é signatário⁵, que estabeleceu o compromisso dos Estados com a adoção das medidas necessárias para assegurar a manutenção, o desenvolvimento e a difusão da ciência e da cultura (art. 15). Posteriormente, o Brasil, na linha do compromisso assumido internacionalmente, incluiu na Constituição Federal de 1988 a obrigação do Estado com a promoção e a difusão da cultura, fazendo constar no art. 215 da Carta Magna que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Embora as Constituições anteriores tenham feito menção à questão cultural⁶, foi a Constituição atualmente vigente que mais amplamente tratou do assunto, estabelecendo diretrizes concretas para a atuação do poder público na promoção dos direitos culturais e fixando competências institucionais para essa atuação. Demonstrando a abrangência dos direitos culturais na Constituição Federal de 1988, CUNHA FILHO⁷ ressalta que esses direitos são “aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana”.

Nesse ponto, é necessário dar um passo atrás para se estabelecer um pressuposto relativo à atuação do Estado no âmbito dos direitos culturais. Há uma compreensão desses direitos que, se adotada, impede que se avance na elaboração de políticas públicas para sua promoção. De fato, os direitos culturais podem ser compreendidos como relativos unicamente às liberdades de manifestação artística e cultural, sendo nesse caso análogos à liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de imprensa e liberdade religiosa. Se assim fosse, o Estado, muito antes de ser chamado a promover políticas públicas, deveria apenas se abster de interferir nas produções artísticas e culturais, garantindo a amplitude e a intangibilidade da esfera de liberdade privada dos cidadãos.

Esse âmbito dos direitos culturais é, sem dúvida, existente e de grande importância, pois está diretamente relacionado ao livre desenvolvimento da personalidade. A compreensão dos direitos culturais estampada na Constituição Federal de 1988, porém, não se limita a esse aspecto, indo muito mais além, para garantir a proteção ao patrimônio cultural, o incentivo, a promoção e a difusão de manifestações artísticas de todos os gêneros, o que demanda uma atuação mais proativa do ente estatal. Essa compreensão adotada pelo nosso ordenamento é o primeiro passo para que se possa falar em políticas públicas no âmbito da cultura, pois a formulação de um “programa de ação governamental”⁸ em determinado campo só é pertinente quando se reconhece um direito aos cidadãos do qual decorra, em contrapartida, um dever do Estado de agir em prol de sua promoção.

Segundo Brasil, esse tratamento constitucional dá lugar não só à possibilidade, mas também, e particularmente, à necessidade de uma ação governamental no âmbito da cultura. Para a autora, “ao fazer referência

5 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, após aprovação pelo Congresso Nacional, entrou em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

6 A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 estabeleceu, em seu art. 180, que “o amparo à cultura é dever do Estado”, repetindo disposição que já estava prevista no art. 174 da Constituição de 1946. A Constituição de 1934, por sua vez, previra em seu art. 148 que “cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual”.

7 CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 34.

8 BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

expressa ao direito à cultura, a CF/88 implícita e explicitamente estabeleceu a necessidade de ação positiva do Estado, por meio de uma política cultural oficial, sendo seu principal objetivo determinar a efetivação daquele direito previsto constitucionalmente⁹. É dizer, o estabelecimento desse direito no texto constitucional indica uma direção prévia para a ação do Estado, que não poderá simplesmente abster-se de interferir nas manifestações culturais e artísticas desenvolvidas por particulares, como se o direito à cultura não passasse de uma liberdade individual, mas terá que agir proativamente para garantir sua efetivação, sob pena de incorrer em uma omissão inconstitucional.

Bercovici também destaca a necessidade de concretização e efetivação de determinado direito como sendo o próprio fundamento e justificativa para a realização de políticas públicas, em especial quando se torna perceptível que ele não será alcançado unicamente por meio da livre ação dos particulares¹⁰. Esse momento em que uma prestação positiva do Estado é requerida é exatamente o momento em que a política pública deverá surgir.

O autor menciona ainda, ao abordar a evolução do papel cumprido pelos poderes públicos, que o principal objetivo nacional é a redução das desigualdades por meio de desenvolvimento econômico e social, sendo esse o ponto em que a ação do Estado se mostra mais relevante. No âmbito da cultura, a experiência histórica demonstra que apenas a ação dos particulares não é suficiente para garantir o acesso igualitário às manifestações culturais e a promoção da produção artística sem discriminação de origem, especialmente consideradas, no caso brasileiro, as desigualdades regionais que assolam o país. Por essa razão há a necessidade de intervenção do Estado.

O papel principal do poder estatal, assim, está em atuar nas questões que dificilmente seriam assumidas pela iniciativa privada. Se esta visa precipuamente promover manifestações artísticas que possam resultar em lucro, o Estado deve se preocupar em tornar efetivas as palavras da Constituição independentemente da questão puramente econômica, direcionando sua ação ao apoio e incentivo das mais diversas manifestações culturais, tendo em vista sempre o objetivo nacional de reduzir as desigualdades sociais e regionais, estampado no art. 3º, inciso III, da Carta Magna¹¹. O Estado, assim, tem como norte a democratização da produção cultural, do que decorre o dever de levar a cultura a todos os cidadãos, principalmente àqueles que não têm condições econômicas de consumir os produtos culturais que se revertem em valor financeiro.

Essa necessidade de atuação do poder público não significa dizer que os interesses econômicos nutridos pela iniciativa privada não sejam legítimos. Muito pelo contrário, deve-se ter em mente que as produções culturais movimentam uma parcela importante da economia do país, à qual se relaciona uma significativa circulação de bens de consumo e geração de empregos. Ocorre, porém, que grande parte das manifestações culturais, por terem pouco apelo ao grande público, têm pouca capacidade de se converterem em atividades lucrativas, sem que por isso sejam menos merecedoras de promoção e proteção. Destaque-se, exemplificativamente, as manifestações tradicionais e folclóricas, que ajudam a contar a história do povo e a preservar sua identidade. Não há dúvidas acerca da importância da preservação de tais manifestações, assim como não há dúvidas de que, na ausência do incentivo por parte da iniciativa privada, o poder público será chamado a atuar.

O que a atuação do Estado não pode fazer é sufocar a atividade privada, restringi-la arbitrariamente, dirigi-la em excesso ou proibir sua manifestação sob alguma forma. Levando-se em consideração, como dito anteriormente, que os direitos culturais também têm uma faceta associada às liberdades fundamentais, só será legítima a atuação estatal enquanto ela for dedicada a efetivamente promover e dar condições para que os particulares desenvolvam livremente as atividades culturais de seu interesse.

9 BRASIL, Fabíola Bezerra de Castro Alves. Direitos Culturais como objeto de políticas públicas no Brasil. *Sistema de Publicações do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais–GEPDC*, v. 2, n. 2, 2013. p. 9.

10 BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-165. p. 144.

11 Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA CULTURA: O PROGRAMA NACIONAL DE APOIO À CULTURA

Constatado que os direitos culturais, da forma como estabelecidos na Constituição Federal de 1988, demandavam promoção também mediante a atuação proativa do Estado, restava a esse ente a institucionalização de políticas públicas capazes de organizar essa atuação e canalizá-la na direção de objetivos específicos e realizáveis, tendo por parâmetro o disposto nos artigos 215 e seguintes do texto constitucional. Essa não seria uma tarefa simples nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição, pois sequer estava plenamente fortalecido um órgão central destinado a tratar especificamente dessas questões em nível federal. De fato, o Ministério da Cultura, que fora recentemente criado, durante a transição para a democracia sob o governo de José Sarney, foi extinto em 1990 durante o governo de Fernando Collor de Mello e transformado em Secretaria. O orçamento do órgão, que já estava comprometido mesmo quando possuía *status* de ministério, ficou ainda mais reduzido, minando a sua autonomia e capacidade de elaborar e executar programas de relevância na área cultural.

Foi nesse contexto francamente desfavorável que foi promulgada, no ano de 1991, a lei que instituiu o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC), a Lei nº 8.313, conhecida como Lei Rouanet, em homenagem ao Secretário da Cultura à época, o professor Sérgio Paulo Rouanet. Em que pese todos os seus problemas e as diversas propostas de substituição do programa, o PRONAC é um dos mais importantes mecanismos disponibilizados pelo governo federal para o incentivo de projetos culturais em funcionamento na atualidade. Por essa razão há o interesse em estudá-lo, a fim de verificar suas falhas e eventuais formas de solucioná-las.

4.1. Breve Descrição do Programa Nacional de Apoio à Cultura

A Lei nº 8.313 tem por objetivo precípuo a captação e canalização de recursos para o financiamento de projetos no setor cultural, como disposto no caput de seu artigo 1º. Apenas desse artigo já é possível constatar que não se trata o programa de uma política de estruturação global da ação do Estado na promoção dos direitos culturais e na garantia do acesso igualitário aos mesmos, mas de uma política pública voltada especificamente ao financiamento de produções artísticas e culturais. Isso não significa que ela seja neutra em relação a valores ou que não tenha objetivos ulteriores a alcançar, os quais podem ser atingidos mediamente por meio do direcionamento das produções que serão favorecidas com o incentivo financeiro.

De fato, esses objetivos ulteriores são estabelecidos nos incisos do art. 1º da lei em questão, merecendo destaque: a promoção da regionalização da produção cultural e artística brasileira (inciso II), o que se coaduna com o objetivo nacional de redução das desigualdades regionais, disposto no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal¹²; a proteção das expressões culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira (inciso IV), em vista da necessária preservação de manifestações tradicionais e folclóricas, que garantem o pluralismo da cultura nacional e a identidade do povo, como anteriormente mencionado; a priorização do produto cultural originalmente brasileiro (inciso IX) e a preservação de bens materiais e imateriais do patrimônio histórico e cultural do país (inciso VI), em homenagem à disposição do art. 216 da Constituição Federal¹³; o estímulo à produção de bens culturais de valor universal (inciso VIII) e o desenvolvimento do respeito aos valores culturais de outros povos e nações (inciso VII), o que visa situar o país também como integrante da cena internacional.

12 Cf. nota 11, acima.

13 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Para atingir esses objetivos, e tendo como foco a questão do financiamento, a Lei nº 8.313 estabeleceu três mecanismos em seu artigo 2º, que são os pilares do Programa Nacional de Apoio à Cultura: o Fundo Nacional da Cultura (FNC), os Fundos de Investimento Cultural e Artístico (Ficart) e o incentivo a projetos culturais, também conhecido como Mecenato Cultural.

O Fundo Nacional da Cultura é um fundo de natureza contábil, com prazo indeterminado de duração, gerido diretamente pelo Ministério da Cultura e destinado ao financiamento imediato de produções artísticas por parte do poder público. Embora a Lei nº 8.313 afirme que ele seja decorrente da ratificação do Fundo de Promoção Cultural, criado pela Lei nº 7.505/86, as fontes de custeio são muito distintas, pois este era composto essencialmente de doações de contribuintes do imposto de renda e dotações orçamentárias¹⁴, enquanto o FNC tem uma composição muito mais variada, conforme disposto no art. 5º da lei instituidora do PRONAC: recursos do Tesouro Nacional, doações, legados, subvenções, auxílios; saldos não utilizados na execução dos projetos do PRONAC; devolução de recursos de projetos do Mecenato; um por cento da arrecadação dos Fundos de Investimentos Regionais; três por cento da arrecadação bruta dos concursos de prognósticos e loterias federais e similares; reembolso das operações de empréstimos realizadas por meio dos seus recursos; resultado das aplicações em títulos públicos federais; conversão de parte da dívida externa; saldos de exercícios anteriores; e recursos de outras fontes.

Os Fundos de Investimento Cultural e artístico são fundos autorizados pela Lei nº 8.313 que, passados mais de vinte anos de sua promulgação, ainda não foram colocados em prática. Sua ideia é permitir a comunhão de recursos de investidores particulares, por meio de condomínios sem personalidade jurídica, destinados à aplicação em projetos culturais e artísticos de cunho comercial, como a produção de instrumentos musicais, vídeos, filmes, espetáculos de teatro, dança, música e canto, construção, restauração e reparação de salas e outros ambientes destinados a atividades com objetivos culturais, de propriedade de entidades com fins lucrativos, entre outros. Esses fundos permitiriam a participação dos investidores nos eventuais lucros auferidos pelos projetos financiados.

O Mecenato Cultural, por sua vez, é o mecanismo que mais se destaca atualmente, por ser o responsável pela maior parte dos recursos captados pelo PRONAC. Por meio dele, os particulares podem financiar diretamente projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou jurídicas, ou ainda contribuir para o Fundo Nacional da Cultura, mediante aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios. Os valores despendidos com esses incentivos poderão ser descontados do imposto de renda devido até o limite especificado pela legislação fiscal, sendo que, nas hipóteses previstas no §3º do art. 18 da Lei nº 8.313¹⁵, poderá ser abatido até 100% do valor aplicado no projeto. Para as outras atividades artístico-

14 CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 75.

15 Art. 18. Com o objetivo de incentivar as atividades culturais, a União facultará às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural, como por meio de contribuições ao FNC, nos termos do art. 5º, inciso II, desta Lei, desde que os projetos atendam aos critérios estabelecidos no art. 1º desta Lei.

§ 1º Os contribuintes poderão deduzir do imposto de renda devido as quantias efetivamente despendidas nos projetos elencados no §3º, previamente aprovados pelo Ministério da Cultura, nos limites e nas condições estabelecidos na legislação do imposto de renda vigente, na forma de:

- a) doações; e
- b) patrocínios.

§ 3º As doações e os patrocínios na produção cultural, a que se refere o §1º, atenderão exclusivamente aos seguintes segmentos:

- a) artes cênicas;
- b) livros de valor artístico, literário ou humanístico;
- c) música erudita ou instrumental;
- d) exposições de artes visuais;
- e) doações de acervos para bibliotecas públicas, museus, arquivos públicos e cinematecas, bem como treinamento de pessoal e aquisição de equipamentos para a manutenção desses acervos;
- f) produção de obras cinematográficas e videofonográficas de curta e média metragem e preservação e difusão do acervo audiovisual; e

-culturais, não previstas no art. 18, §3º, os valores aplicados poderão ser descontados até a razão de 40%, em se tratando o particular de pessoa jurídica, e até 80%, em se tratando de pessoa física.

Para que os projetos culturais recebam recursos do PRONAC, seja sob a forma do incentivo, seja por meio de uso de recursos do Fundo Nacional da Cultura, eles devem enquadrar-se em uma das cinco grandes linhas desenvolvidas pelo plano, as quais são estabelecidas pelo artigo terceiro da lei: incentivo à formação artística e cultural, fomento à produção cultural e artística, preservação e difusão do patrimônio artístico, cultural e histórico, estímulo ao conhecimento dos bens e valores culturais, apoio a outras atividades culturais e artísticas.

Descritos os aspectos principais dos mecanismos estabelecidos pelo PRONAC, as próximas linhas serão destinadas a uma análise das circunstâncias históricas e políticas que o levaram a ter essa formulação, bem como dos principais problemas constatados ao longo dos quase vinte e três anos de vigência do programa.

4.2. O Contexto Histórico e Político

Um importante elemento a ser estudado quando se pretende analisar as características e o funcionamento de determinada política pública é o contexto político em que a mesma foi formulada. Depois que determinado problema é colocado na agenda como sendo uma questão que demanda uma atuação planejada do Estado, com vistas à obtenção de resultados específicos, é necessário optar entre diversos meios e mecanismos institucionais que possivelmente levarão à consecução desses resultados almejados, embora possam ter reflexos distintos. É nessa opção que vêm à tona os valores e ideologias assumidos pelo grupo político que está no poder naquele momento, pois, se os objetivos ulteriores são muitas vezes compartilhados por polos distintos do espectro político, especialmente quando são objetivos constitucionalizados, as divergências aparecem marcadamente nas opiniões a respeito da melhor forma de alcançá-los.

Em relação à questão dos direitos culturais no Brasil, especificamente quanto ao programa abordado neste trabalho, percebe-se facilmente o peso das posições políticas dominantes no país quando de sua formulação. A necessidade de atuação do poder público para promoção do acesso igualitário e incentivo às manifestações culturais e artísticas já estava na agenda desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas muitos podiam ser os caminhos adotados para se atingir esse propósito. Não por acaso, logo no início da redemocratização, foi escolhido um meio que favoreceu o financiamento privado dessas manifestações, com o Estado cumprindo essencialmente o papel de mediador.

Após um período de certo dirigismo identificável no governo militar, em que as entidades estatais se responsabilizavam por grande parte do suporte à produção cultural, o governo do presidente Fernando Collor de Mello, eleito em 1989, iniciou um ciclo neoliberal em que foi atribuído maior papel à iniciativa privada, sendo a questão cultural focada precipuamente a partir de seus aspectos econômicos. Havia, de fato, um trauma a ser superado relativamente à forma como os direitos culturais foram tratados durante o regime militar, quando houve, de um lado, forte censura de produções que eram consideradas desfavoráveis ao governo ou à sua ideologia, e de outro, incentivo institucionalizado de produções que poderiam de alguma forma contribuir à legitimação do regime. A situação é muito bem descrita por BRASIL:

Embora objetivassem os governos militares exercer a censura sobre toda e qualquer manifestação do pensamento, curiosamente, foi nessa época que despontaram as ações governamentais mais concretas na área da cultura, até então vistas. A necessidade que o regime possuía de legitimar a força fez com que os militares utilizassem a cultura para desviar a atenção da sociedade — principalmente dos que tinham alguma noção do que acontecia — das atrocidades cometidas face aos que se insurgiam contra o regime político. Tinha por fim ainda a promoção do próprio Estado e para isso criou espaços institucionalizados,

g) preservação do patrimônio cultural material e imaterial.

h) construção e manutenção de salas de cinema e teatro, que poderão funcionar também como centros culturais comunitários, em Municípios com menos de 100.000 (cem mil) habitantes.

como o Conselho Federal de Cultura (CFC) e o Instituto Nacional do Cinema.¹⁶

Assim, manifestando uma oposição fundamental à ideologia dirigista, a intenção que esteve por trás da elaboração do PRONAC foi permitir aos particulares ampla liberdade para o desenvolvimento de seus projetos na seara cultural, sem que houvesse uma institucionalização prévia daqueles que seriam mais ou menos desejados. A principal função do Estado, nesse contexto, seria captar recursos para o financiamento de projetos sem discriminação dos valores políticos defendidos, desde que se enquadrassem nos objetivos constitucionais. Essa captação, seguindo a ideia de valorização da iniciativa privada, seria principalmente de recursos de agentes privados interessados em financiar ações na área da cultura, fazendo movimentar uma fração significativa da economia do país.

Por essas razões é que a Lei nº 8.313 atribuiu grande peso ao sistema do Mecenato acima descrito, por meio do qual os projetos previamente aprovados pelo governo são financiados com recursos provenientes de particulares, pessoas físicas ou jurídicas, que em contrapartida recebem benefícios e isenções fiscais, além do favorecimento por meio do marketing associado à condição de patrocinador. Posteriormente, o governo de Fernando Henrique Cardoso promoveu algumas alterações pontuais na Lei Rouanet, incapazes de gerar modificação estrutural no programa, que continuou tendo no Mecenato seu principal pilar.

Esse favorecimento da promoção da iniciativa privada no Brasil, identificável no final dos anos 80 e início dos anos 90, somado a uma redução das ações sociais levadas a cabo diretamente pelo Estado, não estava fora do contexto mundial da época. Segundo Botelho, “esta busca pelo patrocínio privado reflete o movimento mundial iniciado nos anos 80 e motivado pela crise econômica e pelas soluções procuradas dentro do chamado quadro neoliberal, no qual os governos começaram a cortar seus financiamentos para as áreas sociais e, mais particularmente, para a cultura”¹⁷. Entre nós, esse corte do financiamento público de ações no âmbito da cultura era particularmente dramático no momento da elaboração do PRONAC, em que, como anteriormente referido, não havia orçamento sequer para a sustentação do Ministério da Cultura, que havia sido transformado em secretaria.

4.3. Críticas ao Programa Nacional de Apoio à Cultura

A principal crítica dirigida ao PRONAC consiste no fato de que, após mais de duas décadas em que ele pôde ser colocado em prática, ainda há um baixo nível de institucionalização de dois de seus mecanismos: o Fundo Nacional da Cultura (FNC) e os Fundos de Investimento Cultural e Artístico (Ficart). Esses últimos, na verdade, sequer foram implementados, não passando atualmente de uma previsão legal. Já o FNC, embora esteja em funcionamento e disponha de uma estrutura e regulamentação relativamente completa, não chegou a atingir o potencial que lhe seria possível, representando antes uma parcela tímida de participação no financiamento de projetos culturais, quando comparado com o papel atualmente exercido pelo Mecenato.

Uma explicação possível para o desinteresse na utilização e maior desenvolvimento desses mecanismos é a ausência de vontade política para a concentração de esforços e recursos na área cultural, que não constitui um tema capaz de garantir grande retorno em termos eleitorais para os políticos que a ele se dedicam. Elaborar e/ou fortalecer políticas públicas destinadas à promoção dos direitos culturais não está diretamente relacionado a um posterior bom desempenho nas urnas, pois pela sua própria natureza esses direitos não constituem bens capazes de ser negociados em uma lógica clientelista. Usando a terminologia trazida por BORGES¹⁸, que recupera a distinção clássica entre bens públicos e privados, os direitos culturais poderiam ser considerados bens públicos (não rivais e não excludentes), pois o acesso a manifestações culturais por

16 BRASIL, Fabíola Bezerra de Castro Alves. Direitos Culturais como objeto de políticas públicas no Brasil. *Sistema de Publicações do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais–GEPDC*, v. 2, n. 2, 2013. p. 9. p. 8.

17 BOTELHO, Isaura. Dimensões da cultura e políticas públicas. *São Paulo em perspectiva*, v. 15, n. 2, p. 73-83, 2001. p. 77.

18 BORGES, André. Federalismo, dinâmica eleitoral e políticas públicas no Brasil: uma tipologia e algumas hipóteses. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 12, n. 24, p. 120-157, maio/ago. 2010. p. 120-157.

algumas pessoas não significa a exclusão de outras, assim como o incentivo de determinados projetos não exclui o incentivo a outros.

Em sendo bens públicos, a sua distribuição atinge um universo difuso de beneficiários, o que impede que se localize as pessoas ou grupos diretamente favorecidos, os quais, se existentes, poderiam ser mais facilmente identificados como os eleitores sujeitos a manifestar sua aprovação daquela política pública por meio do voto. Como descrito pelo autor referido,

na hipótese de utilização estratégica de políticas distributivas não está presente a ideia de uma conexão direta entre o recebimento de um dado benefício pelo eleitor e uma recompensa dada ao governo na forma de um voto de apoio, especialmente naqueles casos em que a política pública se aproxima da definição de bem público.¹⁹

Não bastasse a quase insignificância prática desses mecanismos, decorrente de sua baixa institucionalização e da fraca vontade política na sua implementação, o Mecenato também é alvo de críticas importantes. Almeida e Cunha Filho²⁰ argumentam que, na prática, o Mecenato é uma falsa política de *laissez faire*, pois quem financia os projetos selecionados é o próprio Estado, já que, mediante os incentivos fiscais proporcionados aos particulares, o poder público deixa de recolher parcela dos tributos devidos, que poderiam ser direcionados a outras ações sociais. Além disso, há um controle estatal sobre os projetos que serão aptos ao financiamento, conforme previsão do art. 19²¹ da lei instituidora do PRONAC, sendo equivocada a compreensão de que o Estado não passaria de um mediador.

Para Calabre²², a previsão de um mecanismo de abatimento de impostos que pode chegar a 100% dos valores destinados por agentes privados ao financiamento de projetos culturais acabou por subverter a ideia original da Lei Rouanet, que seria a de realizar parcerias entre os setores público e privado. Em razão das renúncias fiscais, os particulares seriam duplamente beneficiados, pois as despesas com o incentivo seriam repassadas (em alguns casos, integralmente) ao poder público, havendo ainda a promoção do agente privado financiador por meio do marketing. Isso afetaria, ainda, os critérios de escolha dos projetos a serem financiados dentre aqueles previamente aprovados pelo governo, pesando muito mais a sua capacidade de atração de público e o seu potencial retorno econômico do que o significado daquele projeto para o alcance dos objetivos constitucionalmente estabelecidos.

Na mesma linha, BRANT afirma que “a lógica que move o sistema de incentivo é perversa, pois permite que empresas recebam apoio do governo para transformar ações culturais em marketing empresarial, contrariando um importante movimento universal em repúdio ao controle da cultura pelas grandes marcas”²³. A perversidade estaria na necessidade de que artistas e representantes de movimentos culturais trabalhem a partir de uma lógica própria às atividades empresariais e comerciais, pois, se o projeto não for economicamente interessante, poucas são as chances de sucesso na captação de recursos privados. São amplamente desfavorecidos, assim, projetos que não tenham essas características comerciais, mas que sejam tão ou mais relevantes para o desenvolvimento e preservação da cultura nacional.

Sintomático desse favorecimento da lógica comercialista é que o mecanismo do Mecenato não tem sido capaz de promover a igualdade entre as regiões do país, mas tem, pelo contrário, propiciado a concentração

19 BORGES, André. Federalismo, dinâmica eleitoral e políticas públicas no Brasil: uma tipologia e algumas hipóteses. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 12, n. 24, p. 120-157, maio/ago. 2010 p. 126.

20 ALMEIDA, Daniela Lima de; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A compatibilidade do mecenato federal no Brasil com preceitos constitucionais vigentes: análise dos papéis dos setores público e privado no financiamento cultural. *Sistema de Publicações do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais–GEPDC*, v. 2, n. 2, 2013.

21 Art. 19. Os projetos culturais previstos nesta Lei serão apresentados ao Ministério da Cultura, ou a quem este delegar atribuição, acompanhados do orçamento analítico, para aprovação de seu enquadramento nos objetivos do PRONAC.

22 CALABRE, Lia. Políticas culturais no Brasil: balanço e perspectivas. In: CALABRE, Lia. *Políticas culturais no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2007. p. 87-107.

23 BRANT, Leonardo. *Mercado cultural: panorama crítico e guia prático para gestão e captação de recursos*. 4. ed. São Paulo: Escrituras Editora, 2004. p. 68.

de recursos destinados ao financiamento da cultura nos grandes centros urbanos. Segundo levantamento feito por Almeida e Cunha Filho²⁴, com base em dados oficiais do Ministério da Cultura, somente o Estado de São Paulo recebeu, no ano de 2013, mais recursos do que a soma das regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e Sul. Nota-se que, também na questão cultural, ainda há um grande caminho a ser percorrido em busca do objetivo fundamental de redução das desigualdades regionais, estabelecido pelo art. 3º, inciso III, da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO: NECESSIDADE DE MAIOR INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA CULTURA

Já foi mencionado neste trabalho que o Programa Nacional de Apoio à Cultura não estabeleceu uma política de estruturação global da ação do Estado em prol da efetivação dos direitos culturais. Antes disso, preocupou-se em garantir mecanismos de financiamento de manifestações artísticas e culturais, que se mostraram, porém, insuficientes ao alcance dos resultados pretendidos pela própria Lei nº 8.313. Isso se deve principalmente ao fato de que os direitos culturais não foram pensados, por ocasião da elaboração desse programa, como uma ideia capaz de orientar e orquestrar a ação dos poderes públicos em diferentes níveis federativos e por meio de diferentes órgãos. Não houve uma preocupação com a articulação de competências em torno da realização de uma obra comum, o que significa dizer, em outras palavras, que não houve uma suficiente institucionalização da política pública, essencial para o seu bom funcionamento e permanência no tempo.

Como coloca Hauriou, em sua clássica lição acerca do institucionalismo jurídico, “a instituição é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social”²⁵. É essencial que essa “ideia de obra” esteja claramente colocada para os atores envolvidos na realização de determinado projeto, pois somente ela pode conduzir à abstração de idiosincrasias e de circunstâncias particulares que não se coadunam com o planejamento a longo prazo e com a programação de ações tendentes a ultrapassar barreiras ideológicas. Da análise dos mecanismos previstos pelo PRONAC, não se consegue extrair qual era a ideia-diretriz do Estado brasileiro na seara cultural à época da criação do programa; por essa razão há a constatação da sua deficiência e da necessidade de sua substituição ou complementação.

Não é de hoje a constatação dessa deficiência. Já em 2005, buscando estabelecer diretrizes mais concretas para a condução das ações estatais e articulação dos órgãos públicos em torno da questão cultural, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 48, que previu a criação de um Plano Nacional da Cultura por meio da inclusão do §3º do art. 215 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 215. §3º. A lei estabelecerá o Plano Nacional da Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do país e à integração das ações do poder público que conduzem à:

- I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
- II – produção, promoção e difusão de bens culturais;
- III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
- IV – democratização do acesso aos bens de cultura;
- V – valorização da diversidade étnica e regional.

A lei que, seguindo o mandamento do constituinte derivado, instituiu o Plano Nacional da Cultura –

24 ALMEIDA, Daniela Lima de; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A compatibilidade do mecenato federal no Brasil com preceitos constitucionais vigentes: análise dos papéis dos setores público e privado no financiamento cultural. *Sistema de Publicações do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais–GEPDC*, v. 2, n. 2, 2013.

25 HAURIOU, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009. p. 19.

PNC foi promulgada apenas cinco anos mais tarde, demonstrando mais uma vez que há pouca vontade política na elaboração de programas para a promoção dos direitos culturais. Em que pese essa demora, a Lei nº 12.343/2010 conseguiu ir muito mais além das previsões do PRONAC para estabelecer uma gestão compartilhada da cultura, que deverá envolver sociedade civil e poder público, em todas as suas esferas federativas. De fato, um importante objetivo do plano é “articular e integrar sistemas de gestão cultural” (art. 2º, inciso XVI), o que deverá ser feito por meio do Sistema Nacional da Cultura, que “será o principal articulador federativo do PNC, estabelecendo mecanismos de gestão compartilhada entre os entes federados e a sociedade civil” (art. 3º, §1º).

A propósito da importância do Sistema Nacional da Cultura, já instituído por Emenda Constitucional (EC nº 71/2012) mas ainda carente de regulamentação infraconstitucional, o próprio Ministério da Cultura reconhece a necessidade de organizar sistemicamente suas políticas e recursos para o fim de tornar a questão cultural uma política de Estado e não de governo, portanto possuidora de relativa estabilidade e capaz de resistir a alternâncias de poder. Mesmo antes da promulgação da EC nº 71, já havia propostas avançadas a respeito de como poderia ser estruturado esse sistema, inclusive por parte de grupos de trabalho internos ao MinC, para os quais “a organização sistêmica (...) é uma aposta para assegurar continuidade das políticas públicas da Cultura — definidas como políticas de Estado — que tem por finalidade última/basal garantir a efetivação dos direitos culturais constitucionais dos brasileiros”²⁶.

O desafio que agora se apresenta é a instituição de órgãos de gestão descentralizada da cultura em todos os níveis federativos, como ordenado pelo §2º do art. 216-A da Constituição Federal, bem como a articulação e participação desses órgãos em um sistema único, o que só se concretizará mediante uma correta e consciente utilização dos instrumentos jurídico-normativos disponíveis e que também dependerá da colocação do problema na agenda política de Estados e Municípios governados pelos mais diversos partidos. Quanto aos mecanismos do Programa Nacional de Apoio à Cultura, eles continuarão sendo os grandes responsáveis pelo financiamento de manifestações artísticas e culturais, devendo ser dado maior peso para o Fundo Nacional da Cultura, que será o principal mecanismo de fomento das políticas culturais no âmbito do Plano Nacional da Cultura (art. 5º, Lei nº 12.343). A diferença é que, com a instituição do Plano e do Sistema Nacional da Cultura, esses mecanismos estarão inseridos em um programa de ação muito mais abrangente e dotado de objetivos mais claros, de modo que ganharão em eficiência e utilidade na promoção dos direitos culturais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Lima de; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A compatibilidade do mecenato federal no Brasil com preceitos constitucionais vigentes: análise dos papéis dos setores público e privado no financiamento cultural. *Sistema de Publicações do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais—GEPDC*, v. 2, n. 2, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Ensaios sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-165.

BORGES, André. Federalismo, dinâmica eleitoral e políticas públicas no Brasil: uma tipologia e algumas hipóteses. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 12, n. 24, p. 120-157, maio/ago. 2010.

26 BRASIL. Ministério da Cultura. *Proposta de estruturação, institucionalização e implementação do Sistema Nacional da Cultura*. Brasília: Conselho Nacional de Política Cultural, 2009. p. 4.

BOTELHO, Isaura. Dimensões da cultura e políticas públicas. *São Paulo em perspectiva*, v. 15, n. 2 p. 73-83, 2001.

BRANT, Leonardo. *Mercado cultural: panorama crítico e guia prático para gestão e captação de recursos*. 4. ed. São Paulo: Escrituras, 2004.

BRASIL, Fabíola Bezerra de Castro Alves. Direitos Culturais como objeto de políticas públicas no Brasil. *Sistema de Publicações do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais–GEPDC* v. 2, n. 2, 2013.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Proposta de estruturação, institucionalização e implementação do Sistema Nacional da Cultura*. Brasília: Conselho Nacional de Política Cultural, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CALABRE, Lia. Políticas culturais no Brasil: balanço e perspectivas. In: CALABRE, Lia. *Políticas culturais no Brasil*. Salvador: EDUFBA, 2007. p. 87-107.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

FEDERALISMO cultural e sistema nacional de cultura: contribuição ao debate. Fortaleza: Edições UFC, 2010.

O PROGRAMA nacional de apoio à cultura como embrião do Sistema Nacional da Cultura. *Pensar*, Fortaleza, v. 11, p. 73-82, fev. 2006.

HAURIUO, Maurice. *A teoria da instituição e da fundação*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2009.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Moldando a “reserva do possível” no tempo: a sustentabilidade fiscal como direito difuso fundamental

Time shaping the “proviso of the possible”: Fiscal sustainability as a fundamental group right.

Leonardo Romero Marino

Moldando a “reserva do possível” no tempo: a sustentabilidade fiscal como direito difuso fundamental*

Time shaping the “proviso of the possible”: Fiscal sustainability as a fundamental group right

Leonardo Romero Marino**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar elementos para a compreensão da sustentabilidade fiscal como um direito difuso e fundamental. Embora a restrição orçamentária do ente público seja normalmente considerada um limite fático e formal à concretização dos direitos fundamentais, o artigo identifica uma dimensão adicional: a dívida pública é o instrumento que permite modelar os limites do possível ao longo de mais de um exercício financeiro e antecipar a aplicação de recursos públicos, mas sua condução insustentável acarreta graves consequências à sociedade como um todo. O artigo compreende a sustentabilidade fiscal como direito fundamental a partir do exame das consequências de sua violação, da análise das características que permitem sua identificação como um interesse difuso e constrói o dever de sua proteção a partir de princípios e regras constitucionais. Demonstra-se que o limite temporal à concretização dos direitos prestacionais não é a formalidade da legislação orçamentária, nem o direito patrimonial dos credores, mas sim o direito da própria coletividade e das gerações futuras de não sofrer as consequências de uma atividade financeira insustentável do ente público. A consideração da sustentabilidade fiscal como um direito, em vez de simples valor relevante, contribui para a adequada determinação daquilo que razoavelmente pode-se exigir da sociedade.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Sustentabilidade fiscal. “Reserva do possível”. Direito fundamental. Interesse difuso.

ABSTRACT

The article aims to outlook the understanding of fiscal sustainability as a fundamental right. The budget constraint of the public sector is deemed a factual and formal limit to fundamental socio-economic-cultural rights achievement. Government debt is the tool which allows to shape the “proviso of the possible” over more than one financial year, anticipating the spending of public funds. However, its unsustainable dynamics carries serious consequences for the whole society. The article identifies an additional view and typifies fiscal sustainability as a fundamental right from surveying

* Recebido em 02/07/2014
Aprovado em 21/09/2014

** Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – Uni-CEUB. E-mail: leonardo.romerobr@outlook.com

its violation consequences, analyzing the characteristics of a group interest, and extracting its protection duty from constitutional principles and rules. The study concludes that the time limit to socio-economic-cultural rights achievement, rather than budgetary legislation or creditors' rights, is the present and future generations' group right of not suffering the consequences of an unsustainable public sector financial activity. Taking fiscal sustainability as a right, instead of just a desirable goal, contributes in assessing of what someone can reasonably demand from society.

Keywords: Sustainability. Fiscal sustainability. "Proviso of the Possible". Fundamental rights. Group rights.

1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, a sociedade brasileira vem decidindo pela construção gradual de um Estado de bem-estar social, em um processo reiterado a cada pleito democrático. Entretanto, a impressão de que a Constituição ainda guarda "promessas não cumpridas" é potencializada pela qualidade deficiente dos serviços prestados pelo poder público, principalmente daqueles destinados a garantir o mínimo existencial. Diante da escassez de recursos a serem aplicados e das múltiplas necessidades coletivas, a sociedade deve realizar escolhas e estabelecer as prioridades que serão objeto de políticas públicas, em conformidade com as diretrizes e os critérios traçados na Constituição Federal.

Nesse sentido, vem sendo construído o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais, pelo menos aqueles destinados a garantir o mínimo existencial, não poderiam ser condicionados à discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo na condução do processo orçamentário, tendo em vista sua eficácia ser extraída da própria Lei Maior¹. A teoria dos direitos fundamentais trata a "reserva do possível" como um *limite fático e jurídico* à concretização dos direitos sociais² a ser *observado com ressalvas* pela atividade jurisdicional de controle de políticas públicas. A invocação da cláusula pelo poder público poderia afastar a efetivação de direitos fundamentais pelo próprio Poder Judiciário apenas mediante a comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes, ônus processual do ente administrativo³.

1 A construção encontra marco no julgamento da ADPF 45 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual, embora não tenha considerado o mérito da questão prejudicado, o Min. Relator Celso de Mello considerou que "cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado — e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico —, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 45 MC/DF. Plenário. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSBD. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. DJU, 4 maio 2004.

2 CALIENDO, P. Reserva do Possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, I. W. e TIMM, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 180; FREITAS, L. F. C. de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 173.

3 SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W. e TIMM, L. B. (Org.) *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32; GRINOVER, A. P. O controle jurisdicional das políticas públicas. In: GRINOVER, A. P., WATANABE, K. (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 138; WATANABE, K. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, A. P., WATANABE, K. (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 223; JACOB, C. A. B. A Reserva do possível:

A análise mais completa do conceito revela três dimensões inter-relacionadas: a) a existência factual de recursos financeiros disponíveis para efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica desses recursos materiais e humanos, isto é, a autorização orçamentária para empregá-los; e c) a proporcionalidade da prestação, no tocante à razoabilidade de sua exigibilidade pelo titular⁴. Nesse contexto, a razoabilidade de uma exigência feita por um indivíduo à coletividade é influenciada pela quantidade de recursos efetivamente disponível (a qual termina por ser uma função da capacidade contributiva da população, da renda gerada por sua atividade produtiva) e pelas preferências que essa sociedade exprime no processo orçamentário.

Outra razão para se colocar a limitação de recursos *em perspectiva* é o fato de que, ainda que falte capacidade contributiva no presente, os Estados possuem uma capacidade de crédito bastante elástica, tendo em vista a possibilidade de aumento de receitas no futuro via elevação de tributos⁵. Sob esse prisma, o “possível” não seria objetivamente aferível, pois o Estado poderia *possibilitar* sua atuação não só pela reorganização das prioridades orçamentárias e pela racionalização das despesas, mas também pela contração de novos empréstimos, criação de novos tributos ou majoração de alíquotas e redução da sonegação⁶. Essa elevação esperada na renda pode ser antecipada e utilizada no presente, mediante a contratação de operações de crédito ou a emissão de títulos da dívida pública a serem pagos futuramente. De tal sorte que o limite ao financiamento possível precisa considerar ainda a capacidade de endividamento do Estado, um recurso também limitado pela capacidade contributiva de sua população atual e futura.

Mesmo na elaboração e execução do orçamento pelos poderes Executivo e Legislativo, em um contexto prévio ao controle jurisdicional de políticas públicas por sentenças aditivas, é possível a realização de despesas superiores às receitas efetivamente auferidas durante o exercício financeiro. Nessa situação, para que não haja insuficiência de caixa, a administração pública precisará recorrer a operações de crédito e à elevação da dívida pública⁷. Essa dívida vai implicar exercícios posteriores: não apenas a sua amortização, mas também a cobrança de juros para compensar o concessor pelo rendimento que ele poderia ter conseguido caso não houvesse emprestado o dinheiro ao ente público. Logo, embora a dívida pública seja o instrumento que permita *modelar os limites do possível* ao longo de mais de um exercício financeiro, trata-se de uma ferramenta que necessita ser manuseada de maneira cuidadosa e *sustentável*, de modo a não corroer as bases sobre as quais está assentada.

Sustentabilidade, em sentido amplo, é a proteção ou a manutenção a longo prazo de recursos através do planejamento, da economia e da instituição de obrigações de condutas e de resultados. É, como os demais princípios estruturantes do Estado constitucional, um princípio aberto cujo imperativo pode ser definido como a obrigação de que os seres humanos organizem suas condutas de forma a não viverem à custa da natureza, de outros seres humanos, de outras nações e de outras gerações⁸.

É possível entender o Erário, a perspectiva financeira do patrimônio público, como um desses recursos que devem ser protegidos e mantidos a longo prazo. Recursos públicos não são inesgotáveis: ou o ente público financia suas atividades com receitas correntes (tributárias ou patrimoniais), ou com a emissão de

obrigação de previsão orçamentária e aplicação da verba. In: GRINOVER, A. P., WATANABE, K. (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 253.

4 SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.) *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30; OLSEN, A. C. L. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 335.

5 Cf. BARCELLOS, A. P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 282-283.

6 DIMOULIS, D; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100. Segundo os autores, o intérprete a aplicador do direito não devem se preocupar com a figura da reserva do possível, e sim com a determinação da área de proteção de cada direito. Não se compreende, entretanto, como a própria determinação dessa área de proteção poderia deixar de considerar a quantidade de recursos que a população poderá disponibilizar, através de sua atividade produtiva, ao ente público no presente e no futuro.

7 Montante total das obrigações financeiras do ente federativo, resultado do processo de endividamento, por meio do qual o ente público obteve recursos com o objetivo de atender necessidades coletivas (art. 29, inciso I, da LC 101/2000).

8 A definição de sustentabilidade é encontrada em CANOTILHO, J. C. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, cidade, v. 8, n. 13, p. 7-18, 2010. p. 8.

dívida pública, ou com a impressão de moeda para pagar seus compromissos. Caso não se mostre capaz de observar sua restrição orçamentária e saldar sua dívida mediante a produção de superávits, o setor público será obrigado a repudiá-la de alguma maneira: de forma explícita, mediante um calote total ou parcial, ou de forma implícita, emitindo moeda nacional e utilizando-a no pagamento de seus compromissos⁹, com consequências inflacionárias.

A sustentabilidade fiscal, por sua vez, pode ser definida como a possibilidade de pagamento da dívida pública, sem a necessidade de grandes rupturas nas políticas monetária e fiscal¹⁰. Trata-se de um conceito mais forte do que a simples solvência, que é a simples possibilidade de que o Estado venha saldar sua dívida com resultados superavitários¹¹, sem recorrer a repúdios implícitos ou explícitos. Isso requer apenas que o ente público seja capaz de pagar toda sua dívida em um horizonte temporal indeterminado: ainda que as políticas atuais possam não satisfazer a restrição orçamentária, uma correção de rumos no futuro poderia possibilitar o pagamento do passivo. Dessa forma, por um período, um governo poderia incorrer em déficits severos, contanto que futuramente viesse a gerar superávits expressivos e suficientes para adimplir seus compromissos. Há muitas possibilidades para se alcançar tal objetivo, de sorte que o conceito de solvência é amplo demais para possuir aplicabilidade jurídica e não impõe nenhuma hipótese de comportamento aos agentes públicos.

Mudanças bruscas nas políticas econômicas, por outro lado, prejudicam os interesses da população: ou envolvem grandes elevações da carga tributária, ou desorganizam as políticas públicas com expressivos cortes orçamentários, ou ainda resultam em processo inflacionário concentrador de renda. A perspectiva de grandes correções costuma se mostrar pouco realista, dada a dificuldade de qualquer governo em gerar grandes superávits primários durante um longo período. Afinal, o processo envolve a realização de transferências cada vez maiores de recursos dos cidadãos e das empresas para o governo (e seus credores), resultando em dificuldades socioeconômicas e políticas.

Partindo-se do pressuposto que uma atividade financeira insustentável termina por prejudicar gravemente a sociedade como um todo, o presente trabalho tem como objetivo compreender a atividade fiscal sustentável não como um simples limite fático ou formal à concretização de direitos sociais, mas sim como um direito difuso fundamental.

Entendem-se direitos fundamentais como interesses e necessidades cuja proteção pelo direito seja possível, e cuja violação ou não satisfação signifiquem sofrimento grave (ou morte), ou afetem o núcleo essencial da autonomia da pessoa humana¹². Busca-se, então, averiguar a existência de proteção à sustentabilidade fiscal *a partir do* ordenamento jurídico, investigando-se preliminarmente as consequências de sua violação ao bem comum e à dignidade da pessoa humana.

A hipótese do presente artigo é que há um direito fundamental à sustentabilidade fiscal, isto é, que a estabilidade intertemporal da política fiscal constitui interesse difuso protegido pela ordem constitucional, visando à proteção da coletividade como um todo e de seus componentes, ainda que não exista previsão expressa no texto normativo. Saliente-se que os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos pela legislação brasileira¹³: a partir do momento em que passam a ser amparados pela ordem jurídica, os “in-

9 A expansão da base monetária equivale a um calote implícito, pois acarreta a redução do valor real das obrigações em decorrência da inflação.

10 IMF. Assessing sustainability. Washington: Policy Development and Review Department, 2002. p. 5; COSTA, C. E. L. da, Sustentabilidade da dívida pública. In: SILVA, A. C., CARVALHO, L. O.; MEDEIROS, O. L. de. (Org.) *Dívida Pública: a experiência brasileira*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional; Banco Mundial, 2009. p.81.

11 O conceito de resultado primário é dado pela diferença entre receitas e despesas do governo, excluindo-se da conta receitas e despesas “financeiras” (isto é, as receitas com novas operações de crédito, as despesas com amortizações da dívida, e o recebimento e pagamento de juros). Caso essa diferença seja positiva, tem-se um “superávit primário”; caso seja negativa, tem-se um “déficit primário”. Desse modo, superávit primário é uma indicação de quanto o governo deixou de gastar ao longo de um período de tempo (um mês, um semestre, um ano), montante que poderá utilizar para pagar os encargos sobre a sua dívida.

12 ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. In: CONSTITUCIONALISMO Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 48.

13 Por exemplo, o art. 81, parágrafo único, incisos I a III, do Código de Defesa do Consumidor; os artigos 5º e 21 da Lei da Ação

teresses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo a razão para a busca de uma diferenciação ontológica¹⁴. Um interesse difuso deve ser compreendido como um feixe de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas¹⁵. Dessa forma, a sustentabilidade fiscal poderia ser caracterizada como uma pretensão que, uma vez protegida pela ordem jurídica, passa a ser considerada um direito¹⁶.

Para caracterizar a sustentabilidade fiscal como um direito difuso e fundamental, este artigo inicia por verificar as consequências negativas para a sociedade de sua violação, de modo a identificar o bem jurídico protegido (2), apresenta as características que permitem sua compreensão como interesse difuso (3) e demonstra como o dever de sua proteção é juridicamente extraído a partir de princípios e regras positivadas na Constituição, tendo em vista um fundamento de validade axiológico (4).

2. AS CONSEQUÊNCIAS DA ATIVIDADE FINANCEIRA INSUSTENTÁVEL: A SUSTENTABILIDADE FISCAL COMO INTERESSE.

Para que seja protegida a partir do ordenamento, a sustentabilidade fiscal deve ser compreendida inicialmente como bem jurídico. A aplicação antecipada de recursos públicos ainda não arrecadados da coletividade é legítima quando ocorre de forma razoável e sustentável, para atender determinadas finalidades de interesse público (2.1). Sua condução de forma insustentável, entretanto, acarreta graves consequências à sociedade como um todo (2.2).

2.1. A condução sustentável da dívida pública

A teoria tradicional das finanças públicas sustenta que intervenção estatal atende a três funções básicas: o provimento de bens e utilidades que não são adequadamente fornecidos pelo mercado (função alocativa), a distribuição de renda e a redução das desigualdades (função distributiva), e a diminuição das oscilações tradicionais na atividade econômica, com a diminuição das taxas de desemprego e de inflação (função estabilizadora)¹⁷. Uma concepção mais ativa do papel do governo, adotada pelo Constituinte de 1988 e vinculante do comportamento do Estado brasileiro, envolve considerá-lo também como agente indutor do desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, da CF/1988).

Para desempenhar tais funções, são necessários ativos de custo elevado e de longo prazo de maturação, como as obras de infraestrutura (transportes e estrutura logística, geração e transmissão de energia, comunicações), instituições de ensino e hospitais. Nesse contexto, a sociedade se depara com a decisão de como financiar a construção destes ativos: é possível arrecadar mais tributos já no presente, de modo a manter o orçamento equilibrado, ou acumular dívidas, a serem pagas no futuro, com a adição dos juros.

Podem ainda ocorrer situações nas quais as despesas se elevem apenas momentaneamente, como guerras e calamidades públicas. A reconstrução efetuada após guerras e as catástrofes, e os grandes investimentos envolvendo a construção de ativos de custo elevado e de longo prazo de maturação não beneficiam apenas a geração contemporânea, mas também as que vêm posteriormente.

A alocação das despesas a uma só geração não é isonômica, e ainda viola o princípio da eficiência (art.

Civil Pública, e os art. 8º, inciso II, art. 129, inciso V, e art. 232, da Constituição Federal.

14 WATANABE, K. Da defesa do consumidor em juízo: disposições gerais. In: GRINOVER, A. P. et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 819.

15 MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

16 MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

17 GIAMBIAGI, F.; ALÉM, A. C. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 32.

37, CF/1988). Caso o orçamento sempre tivesse que ser equilibrado, tanto a construção de ativos de custo elevado quanto a realização de despesas extraordinárias teriam que ser acompanhadas de forte elevação nas alíquotas de impostos ou de cortes excessivos nos demais gastos, o que penalizaria diretamente apenas a geração atual. Quanto maior a carga tributária vigente em determinado momento, maiores as distorções que ela provoca na economia, e essas distorções aumentam de forma *mais do que proporcional* à elevação da alíquota¹⁸. A tributação representa um custo maior quando se arca com uma carga tributária pequena no presente e uma carga elevada no futuro, em vez de se suportar uma carga mediana em ambos os períodos¹⁹. Logo, a dívida pública serve para suavizar as alíquotas tributárias ao longo do tempo, de modo que uma geração que enfrente despesas extraordinárias não tenha que arcar, além do tributo em si, com o peso morto de uma alíquota excepcionalmente elevada. Desse modo, as alíquotas dos tributos devem ser calibradas de acordo com a média dos níveis de gastos estatais, não com o gasto de cada período específico, e o orçamento deve estar equilibrado ao longo de um conjunto de períodos, não necessariamente em cada um deles.

O desenvolvimento do crédito público auxilia ainda a condução da política monetária e favorece a consolidação do sistema financeiro: os títulos públicos, negociáveis, são utilizados na atuação do Banco Central para o controle da liquidez monetária (cf. art. 164, § 2º, da CF/1988) e representam um veículo no qual as famílias podem aplicar sua poupança e armazenar seu poder de compra para o futuro.

Dessa forma, o endividamento constitui o instrumento para distribuição intertemporal de políticas públicas, possibilitando que a provisão de bens públicos seja dissociada da arrecadação de recursos, e essas funções tornam indispensável a manutenção da capacidade do ente público de tomar empréstimos. É a sustentabilidade financeira do ente público que lhe possibilita continuar provendo bens e serviços e concretizando direitos sociais ao longo do tempo. A sustentabilidade permite também que o Estado continue desempenhando sua função distributiva, tributando aqueles com mais capacidade contributiva e fornecendo prestações positivas àqueles com menos, de modo a reduzir as desigualdades sociais, mantendo estreita relação com o princípio de proibição do retrocesso social. Por fim, possibilita que o Estado desenvolva a função estabilizadora: caso o orçamento seja sistematicamente deficitário, ele perde sua função anticíclica, da mesma forma que perderia se fosse permanentemente equilibrado.

Como o Estado presume-se imortal, e não sujeito à falência, existe o incentivo de lhe imputar obrigações ilimitadas²⁰. O acúmulo contínuo de dívida pública (em proporção à capacidade de pagamento), entretanto, traz dúvidas sobre sua sustentabilidade. À medida que se torna mais difícil para o governo financiar seus déficits junto aos credores, ele se verá forçado a cortar despesas ou a elevar receitas de forma abrupta, ou estimulado a repudiar essa dívida de forma total ou parcial, implícita ou explicitamente (2.2).

2.2. Os efeitos da condução insustentável das finanças públicas

Quando o governo incorre em déficits orçamentários, os indivíduos se deparam a curto prazo com uma renda disponível mais elevada²¹, e reagem com gastos de consumo mais altos²². Nesse curto prazo, são essas

18 Toda vez que o governo eleva ou institui novos impostos, uma determinada quantidade de transações econômicas deixa de ser realizada entre os agentes, devido às distorções nos incentivos causadas pela instituição ou majoração da exação. Essa redução nas trocas é compensada apenas parcialmente pelo aumento da arrecadação, e essa diminuição no bem-estar social, chamada de “peso morto” do tributo, constitui o “preço” o qual a sociedade está disposta a pagar pela redução nas desigualdades sociais e pelos demais benefícios auferidos do funcionamento do governo, dentre os quais a própria possibilidade de funcionamento dos mercados. Nesse sentido, MARTINS, M. G. *Tributação, propriedade e igualdade fiscal*: sob elementos de direito & economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 230.

19 A proposta de suavização das alíquotas é aplicável ainda que não sejam adotadas as premissas da equivalência ricardiana, apesar de ser originada em BARRO, R. J. On the determination of public debt. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 87, p. 940-971, 1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1833077>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

20 Cf. salienta LOPES, J. R. L. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.) *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 138.

21 REZENDE, F. *Finanças públicas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 287.

22 Para fins desse trabalho, não será abordada a teoria da equivalência ricardiana, tendo em vista as frágeis evidências de que os

decisões de gasto que determinam o nível de atividade econômica. Em períodos de recessão, o governo pode ampliar seus gastos em investimento e em consumo, de modo a expandir a demanda agregada e atuar de forma anticíclica²³.

Com o passar do tempo, porém, os agentes podem alterar a forma e o nível de utilização de todos os insumos. Em longo prazo, a economia se comporta de forma mais próxima à descrita no “modelo clássico”²⁴, e o nível de produto e de renda nacional passa a ser determinado pela disponibilidade dos fatores de produção, não pela demanda agregada. A realização de um projeto ou o início de uma nova atividade pelo setor público, seja ele financiado por impostos ou pela emissão de novas dívidas, significa uma diminuição dos recursos disponíveis ao setor privado, traduzida na elevação da taxa de juros. Caso esses recursos não sejam utilizados para realização de investimentos compensatórios pelo setor público, haverá ao longo do tempo um estoque menor de capital.

O argumento keynesiano segundo o qual os gastos do governo teriam a propriedade de provocarem crescimento econômico se aplica a situações de forte ociosidade do sistema produtivo, quando a economia ameaça entrar em colapso e a incerteza cresce a ponto de paralisar não apenas as decisões de investir, mas também a própria produção²⁵. Para se sair de uma depressão (1929-1933), ou quando se está à beira de uma (2008-2009), é justificável a realização de expressivos déficits orçamentários.

A prescrição de política fiscal deficitária se aplica a tais momentos de crise e ruptura das convenções, mas tem efeitos efêmeros nas recessões normais próprias de cada ciclo econômico. Em contextos diferentes, a expansão continuada dos gastos públicos em proporção à atividade econômica total tem efeitos prejudiciais sobre o crescimento, a médio e longo prazo²⁶, não se aplicando a toda e qualquer situação na qual se deseja elevar o crescimento. Pela influência a longo prazo²⁷ dos gastos públicos na elevação da taxa de juros, um crescimento exagerado do Estado deixa o país com um estoque menor de capital produtivo²⁸. Nessa situação, o trabalho humano será um fator de produção mais abundante em relação ao capital, tornando relativamente menores a produtividade do trabalho e os salários²⁹. Isso contribui para uma maior concentração de renda, para uma menor renda *per capita*, e para uma menor possibilidade de concretização de direitos fundamentais e liberdades humanas, violando o artigo 3º, incisos II e III, da Constituição Federal.

Além dos impactos sobre o desenvolvimento econômico, a atividade financeira insustentável coloca as

agentes econômicos se comportem da forma por ela descrita em relação à política fiscal: agentes com horizonte de planejamento infinito e informação perfeita; mercados completos; e impostos não distorcivos. Nesse sentido: SILVA, A. C., CABRAL, R.; BAGDAHSSARIAN, W. Gerenciamento de riscos da dívida pública federal. In: SILVA, A. C., CARVALHO, L. O.; MEDEIROS, O. L. de. (Org.) *Dívida Pública: a experiência brasileira*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional; Banco Mundial, 2009. p. 185.

23 O aumento na demanda agregada conduz a um aumento no produto e na renda nacionais, a curto prazo. Entretanto, a mudança na política fiscal já pressiona o mercado monetário e ocasiona uma elevação na taxa de juros. Tal aumento nos juros conduz a uma diminuição dos investimentos por parte do setor privado, a qual atenua o impacto positivo dos investimentos públicos e amortece o crescimento da renda e do emprego.

24 REZENDE, F. *Finanças públicas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 290.

25 O que é compreensível quando se considera o contexto em que Keynes desenvolveu sua “Teoria geral do emprego, do juro e da moeda”. A esse respeito, ver AFONSO, J. R. A. *Keynes, crise e política fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111.

26 ROCHA, F. Ajuste fiscal, composição do gasto público e crescimento econômico. In: MENDES, M. (Org.) *Gasto público eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006. p. 99.

27 Adverte-se, ainda, que esse “longo prazo” não envolve o decorrer de várias gerações. Não estamos todos mortos quando ele chega, pois ele significa apenas o período no qual é possível se alterar a maneira pela qual os bens e serviços são produzidos, modificando-se as combinações de capital e de trabalho: os empresários podem adquirir ou se desfazer de máquinas e instalações, os trabalhadores podem ser contratados ou demitidos (com salários maiores ou menores), ou os contratos em vigor expiram e são substituídos por novos acordos com preços distintos.

28 MATTOS, C. C. A. de. Aspectos teóricos da dívida pública: aplicações para o Brasil. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. Conselho de Altos Estudos e Avaliação Tecnológica. *A dívida pública brasileira*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coord. de publicações, 2005. p. 73.

29 É uma conclusão esperada, quando se constata que a taxa de juros é o rendimento obtido pelo capital, um recurso agora relativamente mais escasso. Considerando-se rendimentos decrescentes, quanto menor a disponibilidade relativa de um fator, maior será sua produtividade marginal (isto é, seu rendimento). O emprego de mais capital eleva a produtividade da mão de obra: os trabalhadores se tornam mais produtivos quando a produção dispõe de máquinas melhores e em maior número.

finanças públicas em situação de vulnerabilidade. Segundo concepção heterodoxa, os credores beneficiários do arranjo exerceriam uma constante “chantagem” sobre a vida democrática nacional, pois afirmariam que poderiam “quebrar” o país caso não lhe seja entregue o “butim”³⁰. É esperado, porém, que possíveis credores simplesmente não estejam tão dispostos a emprestar novos recursos a um devedor que se tenha recusado a cumprir o que havia sido inicialmente combinado, independente de seus motivos, quanto estariam em relação a um credor cuja capacidade de pagamento seja confiável. A realização de um repúdio explícito ou implícito reduz o acesso do país aos mercados financeiros, inviabilizando ou dificultando a contratação de novos empréstimos e a utilização do endividamento para suas finalidades precípua: combater recessões de curto prazo, calamidades ou desenvolver projetos de infraestrutura que beneficiem as diversas gerações³¹.

Por outro lado, também é esperado que qualquer possível prestador venha a levar em consideração qual a possibilidade de inadimplência, na decisão de quanto cobrar para realizar este empréstimo. A vulnerabilidade das contas públicas faz com que qualquer possível prestador, ao se deparar com um risco maior, compreensivelmente requeira o pagamento de uma taxa de juros comparativamente mais elevada, iniciando assim um ciclo vicioso: juros mais altos implicam maiores encargos, que comprometem ainda mais o Erário e as políticas públicas. Em situação oposta, a manutenção de bons fundamentos e de boas práticas na gestão das finanças leva a melhores condições de financiamento (menores custos e maiores prazos de pagamento), diminuindo os custos e os riscos suportados pela sociedade.

Quando a saúde financeira do ente público está em risco, a superveniência de dificuldades econômicas eleva as chances de calote, os quais tendem a ocorrer em épocas de graves dificuldades macroeconômicas³². Esses momentos, de crise de confiança e queda nos investimentos, são justamente aqueles nos quais a política fiscal anticíclica seria necessária para estabilizar a economia. A atividade fiscal insustentável traz a necessidade de se estabilizar a dívida através de corte de gastos e aumento da tributação justamente nesses momentos recessivos, fazendo com que a política fiscal assuma um caráter pró-cíclico (ao invés de anticíclico) e contrariando o interesse público.

A sustentabilidade das finanças públicas é um equilíbrio instável, que uma vez rompido requer uma demonstração crível (e onerosa) de mudança na condução da política fiscal para ser recuperado. Principalmente na situação na qual a dívida externa seja um componente relevante do endividamento público, as medidas de ajuste costumam implicar uma redução substancial do consumo e do padrão de vida da população, seja via elevação de tributos, seja o comprometimento de políticas sociais.

Se a adoção dessas medidas de ajuste se mostrar política ou socialmente inviável, instalar-se-á uma crise de confiança, e o governo será levado³³ a repudiar a dívida, total ou parcialmente³⁴. Nesse caso, pelo menos durante um período expressivo, o país enfrentará uma redução (ou perda total, em casos extremos) de acesso ao mercado de capitais, no qual todos terão que arcar com um custo significativamente mais elevado para financiar os gastos públicos. Ademais, o calote na dívida externa prejudica as importações e as exportações do país, pois boa parte do comércio internacional é dependente de crédito de curto prazo³⁵. Já o repúdio explícito à dívida interna, constituída sob leis nacionais, apenas adia e agrava o problema, dado o recurso ao Judiciário por parte dos credores.

30 OCTAVIANI, A. A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juros da dívida pública interna. In: CONTI, J. M.; SCAFF, F. M. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: RT, 2011. p. 1.197.

31 O argumento de que os benefícios do acesso contínuo aos mercados de capitais são capazes de induzir os governos a cultivar uma boa reputação como devedores é inicialmente desenvolvido em EATON, J.; GERSONITZ, M. Debt with Potential Repudiation: Theoretical and Empirical Analysis. *Review of Economic Studies*, v. 48, n. 2, p. 289-309, apr. 1981.

32 ROGOFF, K. S.; REINHART, C. M. *Oito séculos de delírios financeiros: desta vez é diferente*. São Paulo: Campus, 2010. p. 133.

33 Afinal, o custo de manter-se adimplente estará cada vez mais elevado, pois o ajuste econômico requerido se torna cada vez maior.

34 Mesmo um reescalonamento, isto é, uma dilação de prazo pactuada com os credores provavelmente resultará em redução no valor presente da dívida, implicando um repúdio parcial.

35 ROGOFF, K. S.; REINHART, C. M. *Oito séculos de delírios financeiros: desta vez é diferente*. São Paulo: Campus. 2010. p. 57.

Restará, é verdade, a alternativa de se recorrer à monetização: o financiamento por meio da emissão de moeda acaba por corroer seu valor e o valor dos títulos nela expressos, o que é uma forma implícita de calote nos credores. Uma vez que é uma forma de financiamento dos gastos públicos, a inflação acaba funcionando como imposto sobre a detenção de moeda, de caráter regressivo. Quando o nível geral de preços sobe, as pessoas na posse de numerário (ou depósitos que não são remunerados a taxas de mercado) observam uma redução na sua riqueza real. Por seu caráter regressivo, o imposto inflacionário apresenta um caráter concentrador de renda, o que viola os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. A condução sustentável das finanças possui desse modo outro efeito, o de evitar que seja necessário custear os dispêndios estatais com *imposto inflacionário*, cujas conseqüências são lesivas à coletividade como um todo, não apenas aos credores do Estado.

Ainda que os custos sociais da inflação baixa e esperada permaneçam sobre debate, uma inflação elevada e não antecipada redistribui a riqueza entre os indivíduos de forma arbitrária (de credores para devedores) e prejudica fortemente aqueles que possuem rendimentos fixos, como trabalhadores, aposentados e pensionistas³⁶, assumindo um caráter concentrador de renda. Os grupos que são prejudicados pela inflação (normalmente, os menos favorecidos, com menos acesso ao sistema bancário) sentem-se compreensivelmente prejudicados, contribuindo para a instabilidade social e política.

Preços são utilizados como informações sobre a escassez relativa de uma determinada utilidade. A estabilidade de preços torna mais fácil identificar variações nos preços dos bens expressos em termos de outros bens (preços relativos), dado que essas variações deixam de ser ocultadas por flutuações no nível geral de preços. Quando um preço de um artigo específico se eleva, se o nível geral de preços permanece estável, os consumidores sabem que o preço relativo desse bem aumentou e poderão decidir comprar menos desse produto. Porém, se a inflação for elevada e instável, é mais difícil saber qual é esse preço relativo, que poderá mesmo ter baixado. Assim, se os preços são relativamente estáveis, as empresas e os consumidores não correm o risco de interpretarem mal as variações nos preços relativos e podem tomar decisões de consumo e de investimento mais informadas, elevando seu bem-estar e canalizando os recursos para uma utilização mais eficiente³⁷. A inflação elevada e instável, dessa forma, representa um custo para realizar transações e diminui o bem-estar social.

Outro aspecto relacionado à eficiência é que a estabilidade econômica possibilita que as empresas e as pessoas deixem de empregar seus recursos para se protegerem da inflação, como indexar os contratos nominais à evolução dos preços e acumular bens imóveis. A acumulação de imóveis para se proteger da inflação (e não para auferir rendimentos de aluguel) é ineficiente e diminui o bem-estar da sociedade³⁸.

Da mesma forma que as dúvidas sobre a capacidade financeira do Estado, a inflação elevada também aumenta as taxas de juros futuras: quando os credores esperam que os preços permaneçam estáveis no futuro, não exigem uma remuneração adicional (“prêmio de risco”) para compensar a possível desvalorização de seu poder de compra. A redução dos prêmios de risco das taxas de juros, por sua vez, contribui para a eficiência dos mercados de capitais na aplicação de recursos e eleva os incentivos ao investimento.

Não é nem mesmo necessário que o repúdio à dívida mediante monetização venha a se concretizar: a sustentabilidade fiscal é importante para ancorar as expectativas de inflação. Quando se acredita que o governo será incapaz de continuar a financiar seus gastos com a emissão de dívida, aumentam as expectativas de que seus gastos serão financiados mediante o aumento da quantidade de moeda. As expectativas de aumento da inflação no futuro próximo levam a uma inflação mais elevada já no período atual³⁹.

36 Nesse sentido, ver: MANKIWI, G. *Macroeconomia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 74. 406.

37 GERDESMEIER, D. *A estabilidade de preços é importante porque?* Frankfurt: Banco Central Europeu, 2009. p. 29. Disponível em: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/whypricestability_pt.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

38 GERDESMEIER, D. *A estabilidade de preços é importante porque?* Frankfurt: Banco Central Europeu, 2009, p.31. Disponível em: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/whypricestability_pt.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

39 O argumento de influência da política fiscal sobre as expectativas de inflação é originalmente desenvolvido em SARGENT,

Um repúdio à dívida, como qualquer rompimento contratual, precisa ser uma decisão racional na qual devem ser ponderados os benefícios sem se subestimarem os elevados custos atuais e futuros do inadimplemento. O bem jurídico a ser atingido com o pagamento dos encargos da dívida pública *não é* o atendimento das diretrizes fixadas por organismos financeiros internacionais, como o Banco Mundial e o FMI⁴⁰, mas sim a manutenção, por meio dessas diretrizes instrumentais, de uma capacidade creditícia mínima e residual do Estado, tendo em vista a necessidade de atingir suas finalidades constitucionalmente definidas. Ademais, o recurso ao financiamento das instituições financeiras multilaterais é uma última alternativa, ocorrendo normalmente apenas depois de o processo de condução insustentável das finanças públicas tê-las colocado em posição de vulnerabilidade.

Saliente-se, ainda que o repúdio (implícito ou explícito) constitui uma solução efêmera e apenas aparente para o problema do ente público: uma vez que não ocorrem mudanças estruturais, o ente administrativo retoma o processo de insustentabilidade fiscal e acúmulo de dívida assim que possível. Com a diferença de passar a pagar encargos mais elevados, durante o lento processo de recuperação de sua capacidade creditícia.

O Brasil experimentou, nos anos 1980 e 1990, os efeitos da condução insustentável da política fiscal⁴¹. Se os problemas de uma inflação elevada e instável já são graves, a *hiperinflação* é responsável por relegar pessoas à miséria e elevar ainda mais a desigualdade social, com evidente ofensa à dignidade humana e aos direitos fundamentais. A eliminação do imposto inflacionário *sem o necessário ajuste nas contas públicas* contribuiu para o expressivo aumento da dívida pública nos anos 1990, apenas alterando as consequências do problema, parcialmente enfrentado pela elevação da carga tributária.

Em 2008, cerca de 30% da dívida mobiliária federal interna era detida por investidores institucionais: fundos de previdência complementar, que os utilizam para carregar a poupança de milhares de aposentados. Na mesma época, instituições financeiras detinham cerca de 46% da dívida mobiliária⁴², o que não constitui argumento a favor de seu repúdio: crises bancárias podem comprometer o patrimônio de todos os clientes, e levam a recessões e elevações na dívida pública muito mais pronunciadas⁴³. A dívida pública é uma reserva de valor que auxilia a manter a liquidez dos mercados de crédito, de sorte que um repúdio ainda que parcial pode acarretar uma contração creditícia lesiva, precipitar uma diminuição na atividade econômica e ceifar numerosos postos de trabalho.

A sustentabilidade financeira da administração, assim, pode ser considerada um interesse público primário, não apenas um interesse da administração pública. Uma vez que as consequências de sua violação não se restringem aos contribuintes ou aos proprietários de títulos da dívida pública, mas atingem a comunidade como um todo, é possível afirmar que ela constitui um interesse difuso (3), apresentando as características a seguir examinadas.

3. AS CARACTERÍSTICAS DE INTERESSE DIFUSO DA SUSTENTABILIDADE FISCAL

Um interesse difuso, assim, existe no plano da facticidade, não pela circunstância de ser juspositivado em um dado momento histórico. Sua caracterização como direito difuso, entretanto, vai depender da concessão da proteção jurisdicional pelo poder público. O ordenamento jurídico brasileiro positivou os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, definindo os interesses difusos como aqueles transin-

T.; WALLACE, N. Some unpleasant monetary arithmetic. *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review*, v. 5, n. 3, p. 1-17, 1981.

40 Ao contrário do argumentado em OLSEN, A. C. L. *Direitos Fundamentais Sociais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 266.

41 Para um exame das finanças públicas da época, ver: GIAMBIAGI, F.; ALÉM, A. C. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 125-155.

42 BITTENCOURT, J. L. A base de investidores da Dívida Pública Federal do Brasil. In: SILVA, A. C., CARVALHO, L. O.; MEDEIROS, O. L. de. (Org.) *Dívida pública: a experiência brasileira*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional; Banco Mundial, 2009. p. 389.

43 ROGOFF, K. S.; REINHART, C. M. *Oito séculos de delírios financeiros: desta vez é diferente*. São Paulo: Campus, 2010. p. 143-172.

dividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078/1990).

Um interesse difuso é um interesse metaindividual que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo. Eles se caracterizam pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, pela litigiosidade interna e por sua tendência à transição e mutação no tempo e no espaço⁴⁴.

O titular do direito à sustentabilidade fiscal é indeterminado, da mesma forma que o do direito ao ar atmosférico ou ao meio ambiente equilibrado, não havendo como precisar quais os indivíduos afetados e expostos pelo comprometimento do Erário. Os danos à capacidade financeira do Erário afetam a qualidade de vida de toda a população de um país, direta ou indiretamente. Assim, os titulares do interesse difuso ao equilíbrio intertemporal das finanças públicas estão ligados por uma circunstância de fato, não uma relação jurídica: os efeitos de uma atividade financeira insustentável não se restringem aos que detém cidadania brasileira, nem aos contribuintes, mas se refletem sobre todos aqueles que residem no Brasil. Não há como “repartir” o direito à sustentabilidade fiscal em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos preestabelecidos: a dívida pública não é divisível entre os contribuintes de um país, nem seus efeitos se produzem apenas sobre os cidadãos de um ente federativo.

A prestação deficiente de serviços públicos, cujo financiamento é reduzido pela necessidade cada vez maior de se pagarem os encargos da dívida; a obsolescência da infraestrutura produtiva, causada pela grande dificuldade de se levantarem novos recursos após um calote externo ou interno; uma espiral inflacionária que atinja as camadas mais desfavorecidas da população transferindo renda para a camada que pode se proteger com instrumentos financeiros: todas essas dificuldades são igualmente enfrentadas por todos os residentes no país⁴⁵, sejam nacionais ou estrangeiros, os quais experimentam a mesma condição, ainda que possam estar mais ou menos suscetíveis a ela.

Ademais, a sustentabilidade fiscal, da mesma forma que a ambiental, envolve um componente intergeracional (4.2). Esse é mais um fator que contribui para a indeterminação de seus titulares, os quais não se restringem aos que moram em um determinado país no presente, mas incluem seus (eventuais, possíveis) descendentes e aqueles que nele venham a residir. Uma vez que a “concretização de direitos” que exija a realização de gastos públicos acima das receitas compromete, em algum grau, a realização de outros direitos no futuro, e que o equilíbrio fiscal é resultado de uma disputa sobre a alocação de recursos públicos, é possível afirmar que o direito à sustentabilidade fiscal apresenta outra característica dos interesses difusos: a intensa litigiosidade⁴⁶ entre os beneficiários de políticas públicas na atualidade e os beneficiários de políticas públicas e da situação da economia em um momento futuro.

Uma violação ao direito de sustentabilidade fiscal é de reparação extremamente difícil. Uma vez que a dívida pública é posta em trajetória explosiva, pela própria definição de sustentabilidade fiscal, serão necessárias onerosas medidas corretivas (elevação de tributos, corte de políticas públicas), ou o repúdio implícito ou explícito à dívida. Uma vez ocorrida a geração de despesas de caráter continuado e de benefícios previdenciários desvinculados de fontes de custeio, o que seria possível sem a existência de regras fiscais na Constituição e na legislação, o interesse difuso se transmuda da prevenção de riscos fiscais para o gerenciamento desse passivo, visando à manutenção da trajetória do endividamento em patamares compatíveis com a razoabilidade.

44 MANCUSO, R. de C. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 150.

45 O calote da dívida interna, ainda que parcial como no caso de subindexação dos títulos da dívida pública, constituiria em si uma violação de direitos individuais homogêneos, não se enquadrando precisamente no interesse difuso ora retratado. A diminuição na atividade econômica causada por essa expropriação de riqueza, pela redução da liquidez, e pelos impactos na atividade de intermediação financeira, por sua vez, será sentida por toda a coletividade.

46 MANCUSO, R. de C. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 101.

Conforme demonstrado, a sustentabilidade fiscal do ente público constitui interesse difuso cuja violação acarreta grave sofrimento aos titulares e atinge a concretização das liberdades da pessoa humana. Entretanto, para que esse interesse seja considerado como um direito fundamental (4), é necessário constatar que sua proteção pode ser extraída a partir da Constituição Federal.

4. O DIREITO À SUSTENTABILIDADE FISCAL E SUA FUNDAMENTALIDADE

A inexistência de previsão expressa a respeito do equilíbrio orçamentário na Constituição de 1988 conduz ao entendimento de que é permitido o endividamento, desde que observados determinados limites estruturados a partir das demais normas constitucionais (4.1) e da legislação infraconstitucional, que indicam como o Estado cumprirá a obrigação de assegurá-la. Enquanto direito destinado à proteção de interesse difuso, o direito à sustentabilidade fiscal é decorrente do princípio da solidariedade social, em sua dimensão geracional e intergeracional (4.2).

4.1. O direito difuso à sustentabilidade fiscal a partir da Constituição Federal

A estabilidade das políticas fiscal e monetária e sua compatibilidade com a restrição orçamentária do setor público configuram interesse público, o qual é juridicamente protegido pelo dever de condução equilibrada da atividade financeira do Estado estabelecido em regras constitucionais e infraconstitucionais. Da mesma forma que o direito ao desenvolvimento, do qual é correlato, funciona de forma concreta por meio de diretivas endereçadas ao Estado, que deve tomar medidas para satisfazer determinadas necessidades sociais. Seus titulares não podem ser determinados, pelo próprio caráter abstrato e similar à enunciação de um programa político que o direito reveste⁴⁷.

Embora alguns dos interesses difusos (proteção do consumidor, direito ao ambiente equilibrado) encontrem previsão explícita no texto constitucional, essa não é uma característica indispensável: a concessão de proteção pelo ordenamento jurídico a um interesse pode decorrer de interpretação sistemática e teleológica do sistema constitucional. É possível extrair a fundamentalidade formal de um direito difuso a partir de outro que esteja expressamente tutelado, quando eles se pressuponham ou sejam conexos⁴⁸, nos termos do art. 5º, § 2º, da CF/1988.

Ao contrário da proteção do consumidor (art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V) e do direito ao ambiente equilibrado (art. 225), a Constituição Federal de 1988 não consagra *explicitamente* o princípio do equilíbrio *orçamentário*, diversamente do que ocorrida na Constituição de 1967. A estabilidade econômica, bem jurídico que o equilíbrio fiscal busca proteger, é referida de forma direta apenas no art. 71 do ADCT, mediante o qual foi criado o Fundo Social de Emergência (a partir de 1996, “Fundo de Estabilização Fiscal”) pela Emenda Constitucional de Revisão 01/1994, no contexto do ajuste parcial preparatório do Plano Real (“saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal”).

A ausência do princípio na sua feição clássica seria justificada pelo fato de o equilíbrio depender de um conjunto de variáveis econômicas, e não de preceitos jurídicos. Há, entretanto, a previsão de *regras* na própria Constituição e na legislação infraconstitucional, cuja observância levaria ao equilíbrio econômico⁴⁹. Ademais, outros *princípios* da Constituição Federal somente podem ser efetivados com a observância do direito à sustentabilidade fiscal.

47 Estas características dos direitos fundamentais coletivos e difusos são encontradas em DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 84.

48 MANCUSO, R. de C. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 116.

49 TORRES, R. L. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5. p. 182.

O “equilíbrio orçamentário” é, na verdade, um conceito frágil. A lei 4.320/1964 dispõe que a programação orçamentária atenderá ao objetivo de manter o equilíbrio entre receita arrecadada e despesa realizada, para não incorrer em problemas de liquidez, isto é, evitar “insuficiências de caixa”. Se um compromisso de curto prazo não for pago na dada prevista, ele é inscrito em restos a pagar, enquanto eventuais desequilíbrios orçamentários ou financeiros de obras e serviços públicos (isto é, de prazo mais longo) são sanados com compromissos (art. 98, da Lei 4.320/1964) de exigibilidade superior a doze meses (ou seja, operações de crédito). Formalmente, o orçamento estará equilibrado mesmo na hipótese da prática de déficits correntes expressivos e sequenciais⁵⁰, contanto que cobertos com operações de crédito, ainda que isso implique elevação insustentável do endividamento. Logo, não faz sentido se estabelecer que “o orçamento deve estar em equilíbrio”, e é nesse contexto que a Constituição traz a previsão da “regra de ouro”, segundo a qual as operações de crédito não podem ser superiores às despesas de capital⁵¹.

O fundamento da “regra de ouro” é a própria sustentabilidade fiscal: o processo de utilização de operações de crédito para custear despesas correntes é *insustentável*. Com o passar do tempo, o peso crescente dos encargos e a necessidade de se tributar cada vez mais a geração atual tornam o calote mais atraente, ainda mais quando grande parte dos credores forem estrangeiros⁵². No entanto, a mera perspectiva de repúdio ou faz com que os credores simplesmente deixem de emprestar para o ente público deficitário, ou com que emprestem apenas a prazos curtos (para reduzir esse risco), a taxas mais altas (para compensar o risco mais elevado), ou ainda indexadas a moedas estrangeiras. Isso gera uma dívida pública mais cara, e cada vez mais difícil de pagar, ônus que é suportado por todos, inclusive pelos menos favorecidos.

Verifica-se, assim, que o equilíbrio fiscal não pode ser entendido como igualdade numérica entre receitas e despesas (a qual evita apenas problemas de liquidez) em um exercício financeiro específico. É necessário o estabelecimento de parâmetros que confirmam às contas públicas a necessária e indispensável estabilidade, a fim de permitir ao Estado a consecução de seus fins⁵³. É por essa razão que a Constituição Federal de 1988 não traz “equilíbrio orçamentário” como um princípio expresso, embora caminhe na direção do equilíbrio fiscal, princípio mais amplo que obriga o Estado a pautar sua gestão pelo equilíbrio intertemporal entre receitas e despesas, de modo que não seja necessário se recorrer às despesas de capital para financiar despesas correntes.

A realização de déficits elevados e persistentes sujeita a dívida ao risco de uma trajetória insustentável e, embora pareça trazer inicialmente o aumento nos níveis de emprego e da renda, rapidamente compromete a própria atividade administrativa e exerce impacto negativo no estoque de capital físico e intelectual exigido para a concretização das capacidades e liberdades humanas (2.2). Por tais motivos, é forçoso se atribuir à sustentabilidade fiscal a qualidade de pré-requisito ao desenvolvimento nacional, objetivo traçado pelo legislador Constituinte de 1988. Nesse sentido, o exame das consequências da atividade financeira insustentável demonstra o seu caráter de obstáculo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de que forma ela compromete o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3, incisos I a III, da CF/1988). Afinal, ao fazer com que a dívida pública nacional assuma uma dimensão exagerada, a atividade insustentável passa a exigir recursos que fazem falta para garantir o desenvolvimento social. Enquanto o problema não é solucionado, não há como se reduzir o esforço fiscal do Estado: nem reduzir a carga tributária, nem elevar os investimentos sociais⁵⁴.

50 Em caso de déficit (corrente), a lei orçamentária anual indicará as fontes de recursos que o Poder executivo usará em sua cobertura (art. 7º, § 1º, da Lei 4.320/1964).

51 Exceções são possíveis, mas apenas quando as operações tiverem finalidade precisa e forem aprovadas por maioria absoluta pelo Poder Legislativo, nos termos do Art. 167, inciso III, da CF/1988.

52 PORTUGAL FILHO, M. Prefácio. In: SILVA, A. C., CARVALHO, L. O. de; MEDEIROS, O. L. de. *Dívida Pública: a experiência brasileira*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional; Banco Mundial, 2009. p. 13.

53 FIGUEIREDO, C. M. Lei de Responsabilidade Fiscal: o resgate do planejamento governamental. In: FIGUEIREDO, C. M.; NÓBREGA, M. *Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 138.

54 Nesse sentido, CALIENDO, P. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, I. TIMM, L. (Org.) *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 181.

Além da “regra de ouro”, a Constituição Federal traz outras regras que conduzem ao equilíbrio fiscal intertemporal: a proibição de o Banco Central conceder empréstimos ao Tesouro Nacional⁵⁵ (art. 164, § 2º); a unificação dos orçamentos (art. 165, § 5º); a transparência dos incentivos fiscais (art. 165, § 6º); e a exigência de lei específica para as renúncias de receitas e para a concessão de subsídios (art. 150, § 6º), e a obrigatoriedade de que constem de demonstrativo integrante da Lei de diretrizes orçamentárias (art. 165, § 6º); a vedação de início de programa ou projeto não incluídos na Lei orçamentária anual (art. 167, inciso I); a proibição de realização de despesas ou assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, inciso II), de abertura de crédito suplementar ou especial sem a indicação dos recursos (art. 167, inciso V), e de concessão de créditos ilimitados (art. 167, inciso VII); além da previsão de limitação das despesas com pessoal (art. 169) Todas essas regras reduzem os incentivos ao desequilíbrio nas contas públicas.

O direito fundamental à condução sustentável das finanças públicas pode também ser depreendido do texto Constitucional a partir das regras que determinam a transparência orçamentária e o controle dos gastos⁵⁶, prevendo estabelecimento de limites à dívida (art. 48, inciso XIV, e art. 52, incisos VI e IX) e intervenção para reorganizar as finanças subnacionais em caso de repúdio (art. 34, inciso V, alínea “a”, e art. 35, inciso I). Busca-se garantir, assim, que a atividade financeira do Estado seja fiel ao seu compromisso de promover a dignidade social e estabelecer a transformação efetiva, não momentânea, da realidade social.

Como cada ente da federação é financeiramente autônomo, a Constituição prevê a preservação do “patrimônio público” (o que abrange sua dimensão financeira) como uma competência comum, a ser exercida simultaneamente pela União, Estados, DF e Municípios (art. 23, inciso I). Devido aos seus efeitos contrários à estabilidade econômica, a atividade fiscal insustentável é ainda vedada de forma indireta pela exigência de que a ordem econômica (à qual é inerente a participação do Estado) garanta a todos uma existência digna (art. 170), e que a ordem social alcance o bem-estar e a justiça social (art. 193).

A sustentabilidade fiscal não é comprometida com a verificação de déficit (nem mesmo com a elevação do endividamento relativo à capacidade de pagamento) em um exercício específico⁵⁷. Isso se manifesta nas próprias definições de solvência e sustentabilidade, que levam em consideração uma quantidade indefinida de exercícios financeiros. Permite-se o endividamento de forma controlada, como se depreende do próprio exame das funções da dívida pública, desde que o financiamento de gastos em montante superior às receitas em um dado exercício (contratação ou emissão de dívida) venha a apresentar benefícios, e cabe ao processo democrático de gestão pública ponderá-los frente aos seus custos. A sustentabilidade fiscal apenas limita o processo: deve ser vedada a realização de déficits sequenciais e expressivos, capazes de colocar a dívida em um patamar que venha a exigir traumáticas mudanças na política fiscal ou repúdio das obrigações, ambas causadoras de retrocesso social (2.2).

O direito à sustentabilidade fiscal deve ser construído de forma a contornar a reserva de consistência⁵⁸: a vedação não deve incidir sobre déficits moderados e esporádicos, cuja prática *razoavelmente possa ser esperada*

55 Um empréstimo do Banco Central ao governo implicaria que as dívidas do ente público estão sendo financiadas mediante a simples emissão de moeda. Para que o governo não se sinta tentado a utilizar esse mecanismo, nem mesmo seja capaz de alterá-lo, a vedação é considerada uma restrição fundamental e dessa forma estatuída no texto constitucional.

56 ANDRADE, C. A. S. Orçamento deficitário. In: CONTI, J. M.; SCAFF, F. F. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.162.

57 É comum que um “superávit” primário seja um déficit nominal. A depender dos outros fatores que também influenciam a relação dívida/PIB (principalmente a taxa de juros e o crescimento do PIB), um determinado resultado primário pode elevar, manter ou diminuir o endividamento relativo.

58 Conjunto coerente de argumentos que garantem uma fundamentação consistente sobre a incompatibilidade de determinado ato ou omissão da Administração com a Constituição, cf. MORO, S. F. *Jurisdição Constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. O controle jurisdicional sobre uma política pública pressupõe demonstrar que essa atividade estatal configure uma ofensa a direito fundamental. Em determinados casos, entretanto, simplesmente não há consenso ou não é possível verificar a real existência de prejuízo. Por exemplo, não é possível se afirmar, com um grau significativo de confiança, que a política de metas de inflação (alcançadas mediante restrição monetária) ou que o regime de bandas cambiais tenham implicado violação a direitos fundamentais.

pela sociedade, mas sim sobre déficits expressivos e reiterados aptos a colocar a dívida em trajetória explosiva e incompatível com a capacidade de pagamento do setor público.

Após se examinar as implicações da atividade financeira insustentável, verifica-se sua incompatibilidade com a Constituição e com os direitos fundamentais. Ao contrário do que poderia ser entendido em uma análise imediata, a sustentabilidade fiscal não se confunde com o simples interesse financeiro e secundário do Estado, uma vez que a reserva do possível também pode exercer o papel de garantidora de direitos fundamentais, quando, observados os critérios de proporcionalidade e garantia do mínimo existencial, seja utilizada para salvaguardar o núcleo essencial de outros direitos fundamentais⁵⁹. Logo, o instituto não apenas constitui limite fático ou formal, mas axiológico dos direitos prestacionais, pois seu aspecto valorativo transcende a obediência à tripartição dos poderes e à legalidade do processo orçamentário. Deixa de haver uma “única e possível opção imposta ao julgador por razões de ordem ético-jurídica”⁶⁰ quando se percebe que a concretização de cada direito prestacional envolve arcar não apenas com seus custos diretos, mas também com os efeitos colaterais do *acúmulo* de tais despesas. A reserva do possível sob a perspectiva intertemporal estabelece o questionamento sobre a *razoabilidade de se exigir da sociedade* a assunção de dívidas quando essas se mostrarem incompatíveis com sua capacidade de pagamento, espalhando esses efeitos colaterais negativos por toda a coletividade.

A sustentabilidade fiscal, corolário do equilíbrio econômico das contas públicas, é não apenas a equalização de receitas e de gastos, mas a harmonia entre capacidade contributiva, redistribuição de renda e desenvolvimento econômico, enquanto o desequilíbrio orçamentário é fruto da contradição entre os princípios constitucionais do Estado de Direito⁶¹. É integrada, assim por uma dimensão adicional: que essa reserva do possível intertemporal seja observada de forma a não se sacrificar o bem-estar das pessoas, consideradas como membros de uma comunidade, com alterações bruscas nas políticas públicas causadoras de retrocesso social. Visando a tal finalidade, o Constituinte desenhou um conjunto de regras fiscais destinadas a garantir a solvência e a sustentabilidade da atividade financeira do Estado, trabalho este complementado com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal e com a própria política de condução equilibrada das finanças públicas.

O direito à sustentabilidade fiscal, da mesma forma que o direito ao meio ambiente equilibrado, não é um direito subjetivo típico, divisível, particularizável ou desfrutável individualmente, mas enseja a exigibilidade de comportamentos positivos e negativos daqueles a quem o Constituinte e o legislador incumbem a realização do dever jurídico correspondente⁶². Entretanto, mesmo no âmbito da tutela dos direitos difusos, a perspectiva individual não fica completamente escamoteada: a titularidade do direito é atribuída à coletividade, para que a pessoa humana seja protegida em sua individualidade⁶³. A pessoa humana tem o direito de não sofrer as consequências da atividade fiscal insustentável, as quais se abatem sobre todos.

59 Cf. SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W. e TIMM, L. B. (Org.) *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

60 Conforme o Ministro Celso de Mello, “[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, ‘caput’, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário. RE-AgR 393175/RS. 2ª Turma. Agente: Estado do Rio Grande do Sul. Arguido: Luiz Marcelo Dias e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de dezembro de 2006. DJU, 02 fev. 2007.

61 TORRES, R. L. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5. p. 174.

62 A afirmação relativa ao direito ao meio ambiente equilibrado é encontrada em BARROSO, L. R. A proteção ao meio ambiente na Constituição Federal brasileira. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 44, p. 41-75, jun. 1992. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/857040/DLFE-49370.pdf/Revista44Doutrina_pg_41_a_75.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

63 SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 217.

4.2. A sustentabilidade fiscal como aplicação do princípio da solidariedade

Os direitos que envolvem a proteção de interesses indeterminados (tais como o direito à paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente), por suas características e finalidades de cooperação, convergem para uma mesma categoria: os chamados direitos de solidariedade. Envolve a delimitação entre os interesses de alguns e os interesses de todos, tanto no presente quanto no futuro. Em última análise, a solidariedade entre os membros da comunidade é princípio fundante do Estado Democrático de Direito, regime baseado nas ideias de democracia participativa, pluralismo político, soberania popular, busca do bem comum e tutela efetiva dos direitos fundamentais, a qual envolve o dever do Estado de proteger os cidadãos quanto à diminuição dos meios de subsistência⁶⁴.

O aspecto inicial de solidariedade a ser considerado, observado nos direitos difusos como um todo, é intrageracional: os efeitos negativos da condução do endividamento em trajetória insustentável atingem todos os membros da comunidade em conjunto, embora alguns tenham mais possibilidade de se proteger deles em relação aos demais⁶⁵. Mesmo aqueles que se haviam beneficiado dos efeitos de curto prazo são atingidos: ainda que em uma etapa diferente da vida, os beneficiários veem suas conquistas sociais diminuídas, ou mesmo revertidas, pela superveniência de tributos, juros, ou inflação mais elevados. Nesse sentido, a sustentabilidade fiscal deve ser compreendida como dimensão da proibição do retrocesso social.

Além da solidariedade entre os membros da mesma geração, aspecto comum a todos os direitos difusos, a sustentabilidade fiscal envolve um componente intergeracional. A solidariedade intergeracional requer a proteção das necessidades (ou direitos) das gerações futuras e a imposição de limites às ações da geração atual. Nesse sentido, a ligação entre justiça intergeracional e desenvolvimento sustentável é verificada também entre o equilíbrio fiscal intertemporal e o desenvolvimento nacional sustentável (sob o prisma das finanças públicas)⁶⁶.

Conforme o princípio da equidade intergeracional, o propósito da sociedade deve ser realizar e proteger o bem-estar social de todas as gerações: a contemporânea e as futuras. O princípio, elaborado no âmbito do direito internacional ambiental, estabelece que 1) cada geração tem o dever de conservar a diversidade natural e cultural recebida, de forma a não restringir indevidamente as opções disponíveis às gerações futuras; 2) cada geração deve manter a qualidade do planeta de modo a não transmiti-lo em qualidade não inferior à que recebeu; e 3) cada geração deve promover equitativamente os direitos de acesso à herança da geração anterior a seus próprios integrantes⁶⁷. O princípio requer também que sejam evitadas ações desastrosas e irreversíveis para a herança natural e cultural, tendo estreita relação com o princípio da precaução.

Construiu-se o entendimento, então, das gerações futuras como titulares de um direito aos recursos necessários para garantir, por um período indeterminado, direitos econômicos, sociais e culturais básicos⁶⁸. Entende-se, desse modo, que a geração presente tem uma obrigação correspondente ao direito das gerações futuras, ainda que estas constituam um titular ainda indeterminado (o que, de resto, é aplicável aos demais direitos difusos).

64 DINIZ, M. A. V. Estado social e princípio da solidariedade. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 3, p. 31148, jul./dez. 2008. p. 35.

65 Por exemplo, aqueles com acesso a investimentos financeiros indexados, proprietários de imóveis com alugueis reajustáveis e demais rendimentos variáveis, não assalariados.

66 CUNDA, D. Z. G. da Sustentabilidade Fiscal sob a ótica da solidariedade e os direitos sociais em xeque. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, Ano 2, n. 3, p. 1.937, 2013.

67 WEISS, E. B. Our rights and obligations to future generations for the environment. *American Journal of International Law*, p. 198-207, 1990. p. 26.

68 KISS, A. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, M. D.; PLATIAU, A. F. B. *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 5-7. Em sentido contrário, entendendo que as gerações futuras não possuem representatividade democrática nem podem efetivamente imputar responsabilidade à geração anterior, GOMES, C. A. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, p. 160 e ss.

A sustentabilidade ambiental possui referência na preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e preservado para as futuras gerações (art. 225, § 1º, da CF/1988). Quanto à sustentabilidade fiscal, em uma primeira análise, a Constituição garante a “regra de ouro das finanças públicas”, segundo a qual é vedada a realização de operações de crédito que excedam o montante das despesas de capital (art. 167, inciso III), além das regras fiscais que conduzem ao equilíbrio fiscal intertemporal.

Reconhece-se que, em um ordenamento fundado na solidariedade social, a tributação, tendo em vista seu papel distributivo, não está diretamente relacionada com o benefício diretamente extraído por cada contribuinte, mas sim na capacidade contributiva de cada um. Assim, o sistema tributário está assentado no princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF/1988), estreitamente relacionado com o princípio da igualdade (art. 150, inciso II) e derivado da ideia de tratamento equitativo e não discriminatório na repartição de encargos e benefícios públicos⁶⁹. A separação, contudo, não é completa: embora exista a desvinculação entre “benefícios” e “ônus”, o princípio da justiça intergeracional é decorrência do princípio da *isonomia*, o qual proíbe o legislador de estabelecer qualquer tratamento desigual que não venha fundado em critérios suficientemente razoáveis⁷⁰. Nesse sentido, afigura-se desarrazoado que a geração futura venha a ser onerada por gastos que beneficiaram essencialmente apenas a geração anterior, e razoável que arque com parte do esforço para financiar aqueles investimentos que lhe trouxeram benefícios.

É verdade ainda que o bem-estar da sociedade no futuro está relacionado com o tipo de sociedade que é construída no presente. Investimentos bem realizados na concretização de liberdades humanas no presente elevam a qualidade de vida para todos, dessa geração e das próximas. É possível se considerar educação, saúde pública e saneamento básico como uma espécie de “capital humano”, uma vez que trazem bem-estar às pessoas e à sociedade como um todo. Assim, o direito intergeracional à sustentabilidade fiscal não envolve a proibição da realização da dívida pública, mas exige que ela seja contraída de forma razoável e proporcional, estabelecendo limites que o administrador deve obedecer de forma que a atividade financeira do Estado seja benéfica, e não prejudicial, à população⁷¹. Não há um juízo de valor negativo sobre o endividamento público em si: o que tem conteúdo axiológico negativo é realizar gastos e contrair uma dívida excessiva, que beneficiará apenas a população presente de forma *temporária*, embora venha a prejudicar os interesses dessa mesma população no futuro próximo, e de seus descendentes a longo prazo.

Em tese, a sociedade atual poderia escolher dotar a geração atual de mais recursos, para serem pagos posteriormente, julgando que as gerações futuras serão mais ricas e terão mais capacidade contributiva. É verdade que os investimentos de cada época *costumam fazer* com que a tecnologia avance a cada geração, tornando o trabalho no futuro mais produtivo do que o realizado no presente, e essa tem sido a regra geral nos séculos após a Revolução Industrial. Trata-se, entretanto, de uma concepção evolutiva da história: o progresso tecnológico e o desenvolvimento humano não são dados nem podem ser tidos como certos, nem é garantido que a produtividade vá aumentar em proporção igual ao superior à carga tributária.

O equilíbrio intergeracional, assim, procura evitar que a fruição e a concretização dos direitos fundamentais de uma geração sejam feitas de forma a inviabilizar a concretização dos direitos fundamentais de outra. Isso apesar do fato de que a geração anterior, no limite, poderia imputar obrigação à geração seguinte, sem que essa possa se manifestar, apenas sofrer as consequências do adimplemento ou do repúdio. Por esse motivo, trata-se de manifestação do princípio de solidariedade, pressupondo a relação de pertença a uma determinada comunidade e o elo que liga cada um dos indivíduos que a compõem com a sorte e as vicissitudes dos demais⁷².

69 CALIENDO, P. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 280.

70 REZZOAGLI, L. C., REZZOAGLI, B. A. Teoria de la presión tributaria em base a la igualdad intergeneracional: una perspectiva financiera y tributaria del caso argentino. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 134-146, 2013. p. 144.

71 Há aqui ligação com a “regra de ouro”. No entanto, a regra envolve uma presunção forte: que as despesas de capital constituem investimentos que irão beneficiar a população durante um horizonte temporal. É necessário avaliar a aderência da presunção à realidade, a qual dependerá da economicidade de cada investimento ou inversão realizada.

72 NABAIS, J. C. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Co-

A sustentabilidade fiscal, constata-se, não implica defesa do Estado mínimo: pelo contrário, subsiste o dever Estatal de criar os pressupostos materiais indispensáveis ao exercício dos direitos econômicos, culturais e sociais. Apenas se reconhece que a realização de escolhas que inviabilizem ou dificultem desarrastadamente a concretização dos direitos fundamentais de terceiros é intervir, indevidamente, em sua esfera jurídica, ofendendo sua dignidade. Ao Estado, logo, cumpre também tutelar o direito de alguém não ter seus direitos fundamentais tolhidos de forma desnecessária, desproporcional e irrazoável.

Observe-se que, embora a sustentabilidade fiscal envolva a ação planejada e transparente visando ao equilíbrio intertemporal das finanças estatais, a equidade intergeracional transcende a natureza de política pública (“policy”)⁷³. Constitui um parâmetro (“standard”) a ser observado não por que vá a promover determinada situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, de moralidade, sendo, desse modo, considerada um princípio⁷⁴. Trata-se, além disso, de um mandado de otimização, a ser realizado na maior medida possível⁷⁵: em caso de crise econômica grave, que constitua estado de necessidade econômica, ou de sua iminência, é justificável a ocorrência de déficits expressivos, mesmo que futuramente venham a requerer alterações mais bruscas de política fiscal e monetária.

Como os demais direitos fundamentais difusos, sua concepção está sujeita às críticas sobre o caráter inicialmente vago de seu conteúdo e sobre a sua titularidade, pela estranheza no fato de ele ser concretizado pela própria ação financeira sustentável *do Estado*. A sustentabilidade, entretanto, constitui bem jurídico cuja proteção, por sua essencialidade, deve ser compatibilizada com os outros valores constitucionais e direitos fundamentais.

Nessa primeira análise, é possível afirmar que o direito à sustentabilidade fiscal constitui, de forma ambivalente, direito de defesa (vedando a condução insustentável das finanças estatais) e direito à prestação jurídica em sentido amplo, a qual consiste na *normação do bem jurídico protegido e formulação de normas de organização e procedimento*⁷⁶, tal como a Lei de Responsabilidade Fiscal e o arcabouço normativo regulatório do endividamento público. De modo a concretizar o direito difuso à sustentabilidade fiscal, a Lei Complementar 101/2000 foi aprovada com o objetivo de reduzir o déficit público, evitando a prática de déficits recorrentes e moderados, e de estabilizar o montante da dívida pública em relação ao Produto Interno Bruto da economia, combatendo a indesejável expansão da dívida pública acima de limites máximos e prudenciais⁷⁷.

Nos termos do art. 1º, § 1º, da LC 101/2000, a gestão fiscal responsável pressupõe a prevenção de riscos e a correção de desvios capazes de afetar o *equilíbrio das contas públicas*, mediante os seguintes mecanismos: 1) cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas; e 2) obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receitas, geração de despesas, endividamento público, contratação de operações de crédito, concessão de garantias e inscrição em restos a pagar; além de regulamentar o comportamento dos gestores em final de mandato e instituir medidas que elevam a transparência da atividade financeira do Estado. A atividade de condução sustentável das políticas públicas, não envolve um simples “não fazer”, mas sim uma atuação planejada, transparente e conjunta de todos os entes federativos: como qualquer diploma legal, a efetividade da Lei de Responsabilidade Fiscal depende da atuação das instituições incumbidas de sua aplicação.

A sustentabilidade fiscal, assim, não é um simples requisito para que o Estado possa pegar mais empréstimos, nem tem como principal finalidade a proteção dos interesses dos credores, já garantidos por outras

imbra, Coimbra, v. 75, p. 148, 1999.

73 BORDIN, F. L. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 37-61, 2008. p. 56.

74 DWORKIN, R. *Levando direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 36.

75 ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

76 BRANCO, P. G. G. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335.

77 BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Exposição de Motivos Interministerial n. 106/MOG/MF/MPAS, de 13 abril de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/EM-PLC18.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

normas do ordenamento jurídico. Envolve a proteção de um interesse difuso, o de evitar que todos sejam prejudicados por determinado tipo de atividade administrativa. Pressupõe que a transferência de riqueza para a geração atual é moralmente justificável quando não envolver prejuízo à geração futura, e requerida quando financia a construção de ativos que beneficiarão a população por vários anos⁷⁸, a prevenção ou a recuperação de catástrofes naturais, guerras e depressões econômicas. Uma atividade financeira insustentável constitui violação do princípio da isonomia, vetor do Estado Democrático de Direito, ao prejudicar a possibilidade de concretização dos direitos da geração atual em um período futuro e das gerações posteriores de forma inadequada, desnecessária e desproporcional.

Desse modo, a sustentabilidade fiscal ultrapassa a condição de restrição fática à concretização dos direitos fundamentais e constitui ela própria um direito da sociedade como um todo e das gerações futuras, não se afigurando razoável exigir-se da sociedade que ela conduza de forma insustentável seu endividamento. É possível, desse modo, sua caracterização como direito fundamental difuso e correlato ao dever de mantê-la.

5. CONCLUSÃO

A sustentabilidade fiscal — estabilidade das políticas fiscal e monetária e sua compatibilidade com a restrição orçamentária do setor público — configura, assim, interesse difuso, sendo protegido juridicamente pelo dever de condução equilibrada da atividade financeira do Estado. Esse dever constitui expressão e especificação do princípio da isonomia, o qual é fundamento de validade da “regra de ouro” das finanças públicas e das demais regras constitucionais e infraconstitucionais destinadas à manutenção do equilíbrio fiscal.

Salienta-se a diferença entre a condução sustentável e insustentável das finanças públicas: a assunção de compromissos por uma geração para serem pagos pela próxima afeta, de alguma forma, a concretização dos direitos desta, a qual precisa escolher entre pagar os encargos financeiros ou arcar com os custos de um repúdio implícito ou explícito. Por outro lado, a infraestrutura econômica construída pelo poder público (o capital físico na forma de estradas, portos, energia, telecomunicações) e o capital intelectual (educação, instituições que favoreçam o desenvolvimento) constituem ativos que beneficiam várias gerações, da mesma forma que os recursos naturais e o ambiente equilibrado.

Assim, embora a Constituição Federal de 1988 não consagre *textualmente* o princípio do equilíbrio orçamentário, o direito à sustentabilidade fiscal encontra-se adscrito à Lei Maior e pode ser depreendido de seus enunciados normativos, a partir dos princípios da isonomia (art. 150, inciso II), da capacidade contributiva (art. 145, § 1º) da proteção às gerações futuras (art. 225), e, de forma mediata, dos objetivos de desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (art. 3º). Sua construção ocorre ainda a partir das regras que limitam o endividamento, determinam a transparência orçamentária e o controle dos gastos⁷⁹, prevendo estabelecimento de limites à dívida e intervenção para reorganizar as finanças subnacionais em caso de repúdio.

Embora a defesa da sustentabilidade fiscal envolva a manutenção da capacidade creditícia do Estado, ela não se esgota nessa dimensão. Não se trata de defender um “interesse público secundário”, mas sim proteger o interesse público primário das consequências danosas de uma atividade insustentável. O direito à sustentabilidade fiscal é contraposto à concepção que busca justificar a prática de déficits orçamentários como forma de se favorecer o desenvolvimento econômico. Esclarecendo a função e os limites dos déficits orçamentários, é possível evitar que os efeitos prejudiciais de sua prática reiterada incidam sobre a popula-

78 Requer-se, entretanto, precaução para que uma perspectiva excessivamente otimista não superestime os benefícios nem subestime os custos envolvidos, apenas para justificar a construção de tais ativos e o financiamento através da emissão de dívida.

79 ANDRADE, C. A. S. Orçamento Deficitário. In: CONTI, J. M.; SCAFF, F. F. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.162.

ção como um todo, principalmente sobre os menos favorecidos atingidos pela desorganização da atividade estatal, pelo comprometimento dos serviços públicos pelos encargos financeiros, pela elevação da carga tributária que distorça a atividade produtiva ou pelo regressivo imposto inflacionário.

Afirmar a existência de um direito à sustentabilidade fiscal não implica defender a sacralidade do pagamento dos compromissos assumidos pelo poder público, nem postular que os credores mobiliários devem sempre ter prioridade sobre os demais credores do Estado. Ao mesmo tempo que qualquer investimento está sujeito a riscos e é a eles proporcionalmente remunerado (o que retira a condenação moral de um eventual repúdio), esses riscos, entretanto, refletem-se sobre a comunidade devedora, na forma de juros elevados. Embora escolher quanto e a quem se paga seja uma decisão que envolve uma ponderação de custos e benefícios, de modo a sacrificar os interesses da coletividade da menor forma possível, é importante que essa decisão considere *todos* os custos sociais: diretos e indiretos, atuais e futuros. O direito à sustentabilidade fiscal procura assegurar que tais decisões difíceis não venham a se fazer necessárias.

Obrigar a população de uma determinada época a escolher entre saldar uma dívida quase impagável ou sofrer os elevados custos de seu repúdio é utilizá-la como instrumento, não como finalidade, uma vez que lhe impede ou dificulta a concretização dos respectivos direitos. A conclusão não é aplicável, ressalte-se, a todo e qualquer endividamento, mas sim à atividade financeira insustentável e lesiva. Qualquer elevação na dívida pública (em relação à capacidade de pagamento do ente administrativo) deve ocorrer de modo responsável e compatível com a progressão da capacidade de pagamento, de modo que os recursos sejam utilizados de forma adequada e que seu adimplemento não venha a impossibilitar a concretização dos direitos da geração posterior nem violar sua capacidade contributiva. Essa isonomia intertemporal está na base da própria “regra de ouro” das finanças públicas.

Uma vez demonstrado como a dívida pública representa a dimensão intertemporal da reserva do possível, pode-se entender que o limite à concretização dos direitos prestacionais não é propriamente a existência fática dos recursos financeiros, a formalidade da legislação orçamentária, a independência dos poderes ou os direitos patrimoniais dos credores possivelmente atingidos por um repúdio, mas sim o direito da própria coletividade a não sofrer as severas consequências da atividade financeira insustentável do ente público. É levando esses todos os interesses protegidos a partir da ordem jurídica em consideração que se deve definir o que é razoável que um indivíduo venha a exigir da sociedade, a dimensão original do conceito de reserva do possível que informa as demais (a existência fática, no presente, dos recursos financeiros que seriam arrecadados no futuro; e a existência jurídica, no orçamento, da autorização para empregá-los).

Analogamente à proteção da sustentabilidade ambiental pelo direito ao ambiente equilibrado, reconhece-se a dificuldade de se avaliar o impacto de uma ação governamental isolada na atividade financeira do Estado. Após se ter verificado a existência do direito à sustentabilidade fiscal, impõe-se a tarefa de, a partir do direito positivo, definir o dever jurídico a ele correspondente, delimitando o que constituiria uma atividade insustentável a partir dos custos sociais inadequados, desnecessários e desproporcionais que possam representar à população. Mostram-se necessários estudos complementares para identificar se esse direito é respeitado pela simples aderência às regras de responsabilidade fiscal estatuídas (ou se é possível considerar que uma medida viole a sustentabilidade fiscal mesmo quando formalmente adequada), e qual a pretensão que nasce a partir da violação desse direito, mostrando a possibilidade de a coletividade servir-se de mecanismos sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial. Desse modo, seria possível caracterizar o direito à sustentabilidade fiscal como posição jurídica subjetiva, assente na Constituição formal e na Constituição material, ou seja, como direito *subjetivo* difuso e fundamental.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, J. R. A. *Keynes, crise e política fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. In: CONSTITUCIONALISMO Discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ANDRADE, C. A. S. Orçamento Deficitário. In: CONTI, J. M.; SCAFF, F. F. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.159-1.178.
- BARCELLOS, A. P. de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARRO, R. J. On the determination of public debt. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 87, p. 940-971, 1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1833077>>. Acesso em: 10 mar. 2014.
- BARROSO, L. R. A proteção ao meio ambiente na Constituição Federal brasileira. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 44, p. 41-75, jun. 1992. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/857040/DLFE-49370.pdf/Revista44Doutrina_pg_41_a_75.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Exposição de Motivos Interministerial n. 106/MOG/MF/MPAS, de 13 de abril de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/EM-PLC18.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no Recurso Extraordinário. RE-AgR 393175/RS. 2ª Turma. Agente: Estado do Rio Grande do Sul. Arguido: Luiz Marcelo Dias e outros. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de dezembro de 2006. *DJU*, 02 fev. 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 45 MC/DF. Plenário. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSBD. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. *DJU*, 4 maio 2004.
- BRANCO, P. G. G. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, G. F., COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307-372.
- BITTENCOURT, J. L. A base de investidores da Dívida Pública Federal do Brasil. In: SILVA, A. C., CARVALHO, L. O.; MEDEIROS, O. L. de (Org.). *Dívida pública: a experiência brasileira*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional; Banco Mundial, 2009. p. 383-413.
- BORDIN, F. L. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 13, n. 52, p. 37-61, out. /dez. 2008.
- CALIENDO, P. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CALIENDO, P. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, I. TIMM, L. (Org.) *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 175-186.
- CANOTILHO, J. C. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. 8, n. 13, p. 7-18, jun. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/tek/n13/n13a02.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

COSTA, C. E. L. da. Sustentabilidade da dívida pública. In: SILVA, A. C., CARVALHO, L. O.; MEDEIROS, O. L. de (Org.). *Dívida pública: a experiência brasileira*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional; Banco Mundial, 2009. p. 81-99.

CUNDA, D. Z. G. da. Sustentabilidade Fiscal sob a ótica da solidariedade e os direitos sociais em xeque, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano 2, n. 3, p. 1.911-1.967, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_03_01911_01967.pdf>. Acesso em: 13 set. 2013.

DINIZ, M. A. V. Estado social e princípio da solidariedade. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 3, p. 31-48, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revista-direitosegarantiasfundamentais/n3/2.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, R. *Levando direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2007.

EATON, J.; GERSOVITZ, M. Debt with Potential Repudiation: Theoretical and Empirical Analysis. *Review of Economic Studies*, v. 48, n. 2, p. 289-309, apr. 1981. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2296886>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

FIGUEIREDO, C. M. Lei de Responsabilidade Fiscal: o resgate do planejamento governamental. In: FIGUEIREDO, C. M.; NÓBREGA, M. *Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 135-151.

FREITAS, L. F. C. de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GERDESMEIER, D. *A estabilidade de preços é importante porque?* Frankfurt: Banco Central Europeu, 2009. p. 29. Disponível em: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/whypricestability_pt.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2014.

GIAMBIAGI, F.; ALÉM, A. C. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

GRINOVER, A. P. O controle jurisdicional das políticas públicas. In: GRINOVER, A. P., WATANABE, K. (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.

IMF. Assessing sustainability. *Washington: Policy Development and Review Department*, 2002. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/pdr/sus/2002/eng/052802.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2013.

JACOB, C. A. B. A Reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e aplicação da verba. In: GRINOVER, A. P., WATANABE, K. (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 237-284.

KISS, A. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, M. D.; PLATIAU, A. F. B. *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 1-12.

LOPES, J. R. L. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.) *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 138.

MANKIW, G. *Macroeconomia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

MANCUSO, R. de C. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

MATTOS, C. C. A. de. Aspectos teóricos da dívida pública: aplicações para o Brasil. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. Conselho de Altos Estudos e Avaliação Tecnológica. *A dívida pública brasileira*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coord. de publicações, 2005. p. 73-102.

MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- MORO, S. F. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NABAIS, J. C. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, v. 75, p. 148, 1999.
- OCTAVIANNI, A. A bênção de Hamilton na semiperiferia: ordem econômico-social e os juro da dívida pública interna. In: CONTI, J. M.; SCAFF, F. M. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: RT, 2011.
- OLSEN, A. C. L. *Direitos fundamentais sociais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- REZENDE, F. *Finanças públicas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- REZZOAGLI, L. C., REZZOAGLI, B. A. Teoría de la presión tributaria em base a la igualdad intergeneracional: una perspectiva financiera y tributaria del caso argentino. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 134-146, 2013.
- ROCHA, F. Ajuste fiscal, composição do gasto público e crescimento econômico. In: MENDES, M. (Org.). *Gasto público eficiente: 91 propostas para o desenvolvimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006. p. 97-109.
- ROGOFF, K. S.; REINHART, C. M. *Oito séculos de delírios financeiros: desta vez é diferente*. São Paulo: Campus, 2010.
- SARGENT, T. e WALLACE, N. Some unpleasant monetary arithmetic. *Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review*. v. 5, n. 3, p. 1-17, out./dez.1981. Disponível em: <<http://www.minneapolisfed.org/research/qr/qr531.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2014.
- SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W. e TIMM, L. B. (Org.) *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.
- SILVA, A. C., CABRAL, R.; BAGDAHSSARIAN, W. Gerenciamento de riscos da dívida pública federal. In: SILVA, A. C., CARVALHO, L. O.; MEDEIROS, O. L. de. (Org.) *Dívida Pública: a experiência brasileira*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional e Banco Mundial, 2009. p. 173-218.
- TORRES, R. L. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- WATANABE, K. Da defesa do consumidor em juízo: disposições gerais. In: GRINOVER, A. P. et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 790-873.
- WATANABE, K. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, A. P., WATANABE, K. (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 213-224.
- WEISS, E. B. Our rights and obligations to future generations for the environment. *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. n. 13. p. 21-33, ene./jun. 1991. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iudh/cont/13/dtr/dtr2.pdf>> Acesso em: 13 out. 2013.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O poder judiciário e a efetivação
do direito à saúde**
Judiciary and the right to health

João Luis Nogueira Matias

Águeda Muniz

O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde *

Judiciary and the right to health

João Luis Nogueira Matias**

Águeda Muniz***

RESUMO

O objeto do artigo versará sobre a efetivação do direito à saúde. Apesar de inúmeras políticas públicas que objetivam concretizar o direito fundamental à saúde, com o dispêndio de grande volume de recursos, é certo que as demandas sociais não têm sido atendidas, o que enseja a provocação do Poder Judiciário com a finalidade de torná-lo concreto. Os limites da atuação do Poder Judiciário compõem o núcleo do artigo. Na perspectiva do ideário liberal clássico, as funções do estado são bem delimitadas, impedindo o Poder Judiciário de atuar no controle das políticas públicas. Entretanto, a sociedade contemporânea exige um novo padrão de atuação, com o fim de tornar reais as promessas constitucionais. A partir da superação do ideário emanado da Revolução Francesa, postula-se uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário. São analisados aspectos práticos da efetivação do direito à saúde. A pesquisa é bibliográfica e documental.

Palavras Chave: Direito à saúde. Direitos fundamentais. Poder judiciário e efetivação de direitos.

ABSTRACT

The paper will focus on the right to health. Despite numerous public policies aimed at the fundamental right to health, with the expenditure of large amounts of resources, it is certain that social demands have not been met, which entails the provocation of the judiciary in order to make it concrete. The role of the judiciary limits make up the core of the article. From the perspective of classical liberal ideas, state functions are well defined, preventing the judiciary from acting in the control of public policies. However, contemporary society requires a new standard of performance in order to make real the constitutional promises. From the overcoming of the ideas emanating from the French Revolution, it is postulated a new role of the judiciary action. It will be analyzed practical aspects of the achievement of the right to health. The research is bibliographical and documentary.

keywords: Right to health. Fundamental rights. Judicial action and enforcement of rights.

* Artigo convidado

** Juiz Federal. Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e do Curso de Direito da Faculdade Sete de Setembro. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Público pela UFPE (2003). Doutor em Direito Comercial pela USP (2009). E-mail: joaoluism@uol.com.br

*** Secretária de Urbanismo e Meio Ambiente do Município de Fortaleza/CE. Coordenadora do Curso de Arquitetura e Urbanismo da Faculdade Sete de Setembro. Doutora em Urbanização e políticas públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2012).

1. INTRODUÇÃO

O paradigma decorrente da tríade de valores emanados da revolução burguesa (liberdade, igualdade e fraternidade), em sua feição clássica, já não embasa e delimita o exercício do poder na contemporaneidade. Novos padrões são exigidos para atender às demandas sociais, sendo necessário novo modelo de repartição de funções, compatível com o estado democrático de direito.

No estado democrático de direito é exigido que o Poder Judiciário assegure a concretização das promessas constitucionais, efetivando os direitos fundamentais, entre os quais o direito à saúde. É exatamente em relação ao direito à saúde que o Poder Judiciário tem sido provocado com mais intensidade, em todo o Brasil, com o objetivo de torná-lo concreto, o que tem causado muito debate doutrinário e jurisprudencial.

No presente artigo, inicialmente delinea-se o perfil atual da ordem jurídica, consequência da feição estatal contemporânea. Após, passa-se à abordagem da atuação do Poder Judiciário no novo contexto social e jurídico. Na sequência, será caracterizado o direito à saúde como direito fundamental e abordadas as peculiaridades da sua efetivação, com foco centrado em aspectos práticas.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A ORDEM JURÍDICA

Muito se tem falado sobre os direitos fundamentais, contudo, o que mais tem causado debates acadêmicos e pretorianos é a questão referente à sua efetivação.¹ O tema é intrinsecamente vinculado ao perfil de estado e à função da ordem jurídica na contemporaneidade.

Certo é que na República Federativa do Brasil estabeleceu-se o estado democrático de direito, como consequência de duas ideias que se consagraram contemporaneamente: a constitucionalização e a democracia.²

A constitucionalização como expressão da limitação de poderes, da restrição da atuação do poder estatal, que passa a ser submetida a parâmetros previamente definidos. A democracia como reconhecimento da titularidade do poder soberano ao povo. Estas são as bases do estado democrático de direito, que é superação dos paradigmas do estado liberal e do estado social.

O estado liberal era expressão de uma forte crença no mercado, considerado como entidade autônoma, regida por regras próprias, absolutas. No ponto de vista econômico, eram então prevalentes as ideias econômicas da escola fisiocrática, que visualizam a economia como uma ordem natural. Tais ideias foram aprimoradas pela obra de Adam Smith, expoente maior da teoria clássica, a partir da alegoria da mão invisível. No âmbito jurídico predicava-se que ao direito competia a função de ofertar os instrumentos para que os indivíduos pudessem, no uso de sua liberdade, alcançar os fins desejados.³ Definida a economia de forma natural, ao estado somente era permitido interferir de forma acessória, por meio de ações meramente preventivas e repressivas.⁴

A função da ordem jurídica do estado liberal é garantir a paz social, através da previsão dos valores reputados interessantes socialmente e da repressão às condutas contrárias aos valores previamente estabelecidos. Prevalece, assim, a ideia de restrição da atuação do Estado e proteção da liberdade individual.

As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 são emanações do pensamento liberal clássico, assim como também as Constituições de 1934 e 1937. Nas últimas, entretanto, já eram refletidos, em certos aspectos, novos valores que tinham por objetivo mitigar o radicalismo do pensamento liberal.

1 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991 e ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.

2 BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: _____. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

3 IRTI, Natalino. *L'Ordine giuridico del mercato*. Bari: Laterza, 2001.

4 MONCADA Cabral de, Luís. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra edições, 1988.

No artigo 115, da Constituição de 1934, era estabelecido que a ordem econômica devia ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos existência digna, limites em que poderia ser exercitada a liberdade econômica.

Na Constituição de 1937 atribuía-se ao Estado a possibilidade de coordenação da produção e estimulava-se o incentivo à competição com repressão dos crimes contra a economia popular. Sob a sua égide foram editadas as primeiras leis de proteção à concorrência.

A este tempo, como reflexo e reação aos excessos do ideário liberal, brotaram ideias socialistas, que tinham por objetivo libertar o homem. A aplicação do ideário socialista, contudo, não se mostrou capaz de atingir os seus objetivos, acarretando mais opressão.

Não se pode deixar, porém, de valorizar as reflexões que decorreram do ideário socialista, que tornaram mais clara a necessidade de reformulação da concepção liberal de vida. A liberdade assegurada aos particulares, muitas vezes em flagrante situação de desequilíbrio econômico, mais do que libertar escravizava. O estado liberal era incapaz de assegurar justiça social.

No âmbito da economia, a resposta às novas reflexões se deu por meio da síntese Keynesiana, que destaca a instabilidade estrutural do sistema capitalista e a impossibilidade de compreensão do mercado como sistema autônomo. O autor destaca a necessidade de implantação de políticas públicas.

A Constituição de 1946 já reflete as novas ideias, moldando o estado em novo formato, atribuindo-lhe poderes para a intervenção no domínio econômico.

A ordem jurídica passa a ser utilizada como instrumento de interferência nas relações sociais, não se restringindo mais à função típica de controle social, passando a ser utilizada para incentivar a adoção de condutas reputadas interessantes. O direito passa a ser usado como instrumento de realização de políticas públicas, ou seja, passa a ser instrumento de mudanças sociais.

Com o novo padrão de atuação do estado, operou-se importante modificação no ambiente econômico, até nas concepções da teoria neoliberal é admitida a atuação do estado na prevenção e controle das injustiças sociais.^{5 6}

É certo que houve grande avanço na superação das injustiças sociais na evolução do estado liberal para o estado social, entretanto, enquanto perdurou o perfil do estado de direito social a efetividade das normas constitucionais era restrita, não havia mecanismos de garantir a efetiva realização das promessas contidas na lei maior. Em doutrina, a este tempo, pregava-se que alguns das normas da constituição eram puramente programáticas, ou seja, somente seriam concretizadas quando possível.

A mudança de maior impacto na feição do estado se deu com a concepção de que os princípios e normas constitucionais não são previsões programáticas, mas que devem ser concretizadas. Trata-se do paradigma do estado democrático de direito, como já aventado.

Em suma, caracteriza-se o novel paradigma pela escolha democrática dos valores constitucionais, os quais tem força executória, devendo ser concretizadas por meio de políticas públicas. A força normativa das normas constitucionais impõe que todos os esforços sejam empreendidos para a sua concretização, especialmente para a concretização dos direitos fundamentais.

Qual o papel reservado ao Poder Judiciário na busca da efetivação dos direitos fundamentais? É o que será analisado no próximo capítulo.

5 BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Edizione di comunità, 1977.

6 AVELÃS NUNES, Antônio José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

3. O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o estado democrático de direito, novos padrões substituíram os modos clássicos de abordagem da ciência jurídica.

Para uma ordem jurídica que atenda as demandas atuais, predica-se a prevalência dos valores constitucionais, característica do fenômeno que se denomina neoconstitucionalismo, relegando a norma jurídica, abstrata e formal, a segundo plano, com o objetivo de permitir mais flexibilidade na interpretação e aplicação do direito. Defende-se, ainda, que a aplicação da norma não se processe por mero juízo de subsunção, mas que haja ponderação à luz das circunstâncias do caso concreto. Sustenta-se que a ordem jurídica seja delineada a partir dos princípios e regras constitucionais, que vinculam ao legislador infraconstitucional e ao aplicador do direito. Por fim, exige-se que a interpretação e aplicação dos valores constitucionais se dê pelo Poder Judiciário, como forma de garantia de sua eficácia.⁷

Como se vê, exige-se nova postura do aplicador do direito de uma forma geral e, especialmente, do Poder Judiciário, que não pode se omitir na concretização dos direitos fundamentais. É necessário deixar de lado o perfil que privilegia abordagens dogmáticas e formais.⁸

Nobre Júnior destaca que a possibilidade dos órgãos judiciais proferirem deliberações para obrigar o governo a desenvolver ações para a concretização dos direitos fundamentais depende, do grau de comprometimento do Estado com as normas constitucionais.⁹ A Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo primeiro, dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, estabelecendo alto grau de comprometimento do poder público no Brasil com a efetivação dos direitos fundamentais.

Esse novo modelo de atuação do Poder Judiciário não vem sendo bem compreendido e, por vezes, tem acarretado alguns excessos, consubstanciados nas decisões sem fundamentação lógico-jurídica, meros “decisionismos judiciais”. Não é o que se defende. Ao juiz impõe-se o dever de fundamentar a sua decisão, com coerência lógica e vinculação às normas jurídicas. Também é seu dever permitir o acesso democrático das partes e, quando foi o caso, do Ministério Público, ao processo, a fim de que possam interferir na formação da sua convicção.

Se uma nova “praxis” é necessária, certamente novos fundamentos que a embasem também devem ser formulados.

3.1. Por uma nova tríade de valores que embase o exercício das funções do Estado

É inconcebível que o direito ainda se module pela tríade de ideias decorrentes da tradição da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. No contexto do estado democrático de direito, requer-se uma fundamentação que permita soluções adequadas às demandas sociais.

Erhard Denninger tem proposto novo paradigma, centrado nas ideias de segurança, diversidade e solidariedade.¹⁰

Defende o autor que mais do que a certeza da liberdade individual dos cidadãos, deve-se impor a atuação estatal para protegê-los de danos ou riscos sociais, técnicos ou ambientais, no que se inclui a questão da saúde. Propõe que se evolua da liberdade à segurança.

7 STRECK, Lênio Luiz. A Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: CONSTITUIÇÃO, sistemas sociais e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 153-185.

8 STRECK, Lênio Luiz. A Hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: CONSTITUIÇÃO, sistemas sociais e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. p. 153-185.

9 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos*. Curitiba: Juruá, 2011.

10 DENNINGER, Erhard. “Security, Diversity, Solidarity” instead of “Freedom, Equality, Fraternity”. *Constellations*, Oxford, v. 7, n. 4, p. 507/521, 2000.

Sustenta o autor que não se pode tomar por igualdade a mera submissão geral à lei, deve ser recordado que a igualdade meramente formal mais oprime do que liberta. Tem-se que incentivar e reconhecer necessidades específicas de cada grupo social, devendo aos mesmos ser assegurado expressar as suas necessidades/demandas. Deve-se procurar estabelecer mecanismos de proteção contra discriminações, especialmente com a compensação de desequilíbrios historicamente consolidados. Propõe o autor que se evolua da igualdade à diversidade.

Postula o autor atuações mais incisivas que transformem a fraternidade em solidariedade, entendida como disposição de olhar para o outro, de respeito, de acolhimento do sentimento comum.

A nova tríade de valores está em sintonia com a Constituição Federal de 1988, que tem entre os seus objetivos a de construir uma sociedade livre, justa e solidária e embasa a nova forma de atuação do Poder Judiciário.

3.2. A atuação do Poder Judiciário na concretização das promessas constitucionais

Diante do contexto jurídico atual, das transformações sofridas pela ordem jurídica e das novas responsabilidades do Poder Judiciário, levado à condição de agente transformador da sociedade, o que se exige de um juiz? Que ele efetive direitos, que concretize as previsões abstratas previstas na Constituição Federal. Para isso, não raro compete aos juízes determinar a instauração de novas políticas públicas ou a correção de políticas em efetivação.

A atuação mais incisiva da magistratura tem ensejado muitas críticas, sob os mais variados argumentos, entre os quais: (i) a independência entre os poderes, que tornaria impossível ao Poder Judiciário intervir na seara da administração e, portanto, nas políticas públicas; (ii) a falta de legitimação dos magistrados (o magistrado não atua por ato próprio, mas com a finalidade de restabelecer a vontade do constituinte ou do legislador) e (iii) a impossibilidade do Poder Judiciário impor interferência no orçamento público.

As críticas não se sustentam e devem ser refutadas:

O Poder Judiciário deve intervir na seara da administração, deve atuar impondo a realização de políticas públicas, quando ocorrer omissão dos demais poderes, assim como deve atuar no controle da realização e efetividade das políticas públicas. Se a constituição prevê valores, estipula direitos fundamentais a serem efetivados e há omissão do estado na sua concretização, é dever do Poder Judiciário atuar para a sua concretização.

Na sociedade contemporânea, em que a segurança dos indivíduos pode ser afetada por riscos imprevisíveis e imensuráveis, as políticas públicas podem não ser suficientes para a efetivação do direito à saúde, demandando a implantação de novas políticas ou a correção das já em aplicação. A interposição de demandas judiciais pode assegurar a agilidade necessária à segurança dos indivíduos.

O argumento da falta de legitimidade dos magistrados, segundo o qual o magistrado não atua por ato próprio, mas apenas com a finalidade de restabelecer a vontade do constituinte ou do legislador, não pode ser acolhido.

A legitimação dos magistrados decorre da escolha dos seus membros por meio de concurso público e da elaboração da decisão em estrita conformidade com o regime constitucionalmente previsto.

A escolha por concurso é democrática, sendo facultado o acesso a todos os que atendam aos critérios de escolha. Não é razoável admitir que somente a escolha popular assegure legitimidade. Na verdade, muitas vezes a escolha popular pode ser viciada, permitindo a eleição de pessoas descomprometidas com o interesse público.

Após o ingresso, a atuação dos órgãos de controle, especialmente do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, e de correição do Poder Judiciário assegura a correção dos desvios de conduta eventualmente praticados, reforçando a legitimidade dos juízes.

A fundamentação das decisões ao regime jurídico constitucional assegura previsibilidade e certeza à aplicação das normas. A adequação jurídica das decisões sempre pode ser aferida pelos mecanismos internos de controle, como os recursos processuais. As decisões que não se enquadrem no padrão podem ser modificadas pelos órgãos superiores, assegurando a coerência do sistema.

Por fim, também não deve prevalecer a argumentação de que o Poder Judiciário não pode interferir no orçamento, o que causaria dano à economia pública. A intervenção é restrita à efetivação das decisões, como resultado da omissão do estado.

O orçamento é peça vital na organização do estado, permitindo o planejamento e execução de suas funções. Como tal, deve ser elaborado democraticamente e pode ser submetido ao controle do Poder Judiciário. Nos termos da Constituição Federal, é certo que compete ao Congresso Nacional, após o envio pelo Poder Executivo, aprovar a peça orçamentária, contudo, se é regra que não pode o Poder Judiciário intervir nesse processo, de forma excepcional, para a efetivação das decisões que tem por objetivo efetivar direitos fundamentais, possível é a interferência.

Na verdade, a decisão que determina a efetivação de direitos fundamentais, como o direito à saúde, implica na alocação dos recursos para isso necessários, o que deve ser promovido pela administração. Diante da inexistência de orçamento específico, impõe-se a modificação do orçamento para o atendimento à decisão que busca dar efetividade à Constituição Federal.

As decisões devem ponderar os gastos a serem realizados. Deve-se ter em mente que a eficiência econômica não é diretriz essencial para a eficiência jurídica, mas as decisões judiciais impactam a economia e o juiz não deve agir em conformidade com o brocardo latino *fiat justitia e pereat mundus*¹¹. Os excessos devem subsidiar a revogação de decisões liminares.

É importante na caracterização do excesso o limite da reserva do possível, ou seja, exige-se que o magistrado deve ponderar a razoabilidade individual/social da pretensão com a situação financeira do Estado. Entretanto, a mera alegação de dificuldade financeira não é bastante para evitar a obediência à ordem judicial, é necessária a demonstração clara da inviabilidade do cumprimento.

Também não pode o cumprimento da obrigação afetar o mínimo existencial, definido pelas condições mínimas de existência que preservam a dignidade humana.¹²

Em sintonia com o exercício equilibrado das funções do estado, detectada e sanada a omissão no cumprimento da Constituição Federal, compete à administração remodelar o orçamento e dar efetividade à Lei Maior.

É fato que pode haver excesso na atuação do Poder Judiciário, entretanto, os mecanismos internos de controle garante a adequação aos padrões constitucionalmente fixados. O Poder Judiciário não se omitir no dever de concretizar os direitos fundamentais.

Passa-se a análise do direito fundamental à saúde.

11 WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p.539-568, jul./dez. 2008.

12 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos*. Curitiba: Juruá, 2011.

4. DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A ideia de fundamentalidade pode ser considerada sob dois aspectos, o formal e o material.¹³ Fundamentais, no ponto de vista formal, são os direitos que são elencados no topo da pirâmide normativa, ou seja, na Constituição. Por meio dessa concepção, demarcam-se as balizas da ordem jurídica e vinculam-se os poderes públicos. Fundamentalidade material, por sua vez, identifica os direitos fundamentais em razão de seu conteúdo, que constitui e define as estruturas básicas do Estado e da sociedade. Nesse aspecto, podem ser entendidos como direitos fundamentais outros direitos que não os previstos na Constituição Federal, quando a eles equiparados em dignidade e relevância. Assim, o critério não é apenas o de localização topográfica.

A noção está em constante evolução, nela, ao longo dos tempos, tem se inserindo uma gama de novos direitos, resultado das transformações sociais e de novos papéis assumidos pelo Estado.

Mas qual a importância prática de definir direitos fundamentais? A caracterização de direitos fundamentais, além permitir a irradiação dos valores centrais da ordem jurídica para normas inferiores, possibilita a proteção dos particulares diante do Poder Público e de terceiros e a exigência de prestações do Estado.

Sobre o direito à saúde, a Constituição Federal de 1988 estipula:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, alimentação

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Dos referidos dispositivos depreende-se que a ordem constitucional vigente consagrou o direito à saúde como dever do Estado, a quem incumbe à adoção de medidas que visem a proteção, promoção e recuperação da saúde, propiciando, quando for o caso, o tratamento mais adequado e eficaz ao paciente que dele necessitar.

Assim, tanto do aspecto formal como material não há dúvida sobre a caracterização do direito à saúde como direito fundamental.

Muitas vezes, a efetivação do direito à saúde pressupõe a atuação imediata do Poder Judiciário, seja para determinar a criação de novos protocolos, a modificação dos atualmente existentes ou para assegurar a internação em centros de saúde.

5. ASPECTOS PRÁTICOS DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

No presente capítulo, serão analisados alguns aspectos dos provimentos judiciais que objetivam efetivar o direito à saúde.

5.1. Sobre a concessão de provimentos liminares

A palavra liminar vem do latim “liminaris”, de limen (porta, entrada, soleira), significando os provimentos judiciais que antecedem a decisão final da demanda.

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Entende-se que há provimento liminar sempre que seja anterior à sentença, com ou sem a manifestação do réu, embora alguns artigos do Código de Processo Civil associem a palavra aos provimentos proferidos sem a manifestação da parte adversa. Na verdade, pode-se considerar que há um conceito amplo de liminar, que engloba qualquer provimento judicial que antecipa decisões, com caráter de garantir o provimento final ou de antecipá-lo. Em uma acepção mais restrita, toma-se o conceito como provimento que garante a decisão futura a ser proferida.

As liminares para serem concedidas devem atender aos seus pressupostos, requisitos e condições. Os pressupostos são os elementos indispensáveis para que o suporte fático ingresse no plano da existência. Já os requisitos são as qualidades que esses elementos têm que possuir para ingressar no plano da validade, como a competência do juiz. As condições são fatores extrínsecos que são exigidos para que o suporte fático opere efeitos no plano da eficácia, como a intimação do réu.

Tanto no Código de Processo Civil, na regulação do procedimento ordinário, no processo de conhecimento, como no processo cautelar, assim como em determinados procedimentos específicos, são estipulados pressupostos para a concessão do provimento liminar como, por exemplo:

- (i) **Para a concessão de antecipação de tutela:** artigo 273, caput do Código de Processo Civil: “[...] desde que existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”
- (ii) **Para a concessão de liminar em medida Cautelar:** artigo 801, do CPC: “[...] exposição sumária do direito ameaçado e do receio da lesão”.
- (iii) **Para a concessão de liminar em mandado de segurança:** artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009: “[...] quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida”.

A função das medidas de urgência termina por aproximar os pressupostos, embora seja possível a distinção técnica entre eles. Mas, de forma genérica, pode-se tomar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* como os pressupostos da concessão de medidas de urgência, caracterizados a partir das noções de evidência e urgência.

Para a exata compreensão da exigência dos pressupostos da concessão de provimentos liminares, importante é a compreensão da linguagem técnico-jurídica.¹⁴ A esse respeito, apesar da aparente exigência de constatação de ambos os pressupostos, casos há em que a efetivação do direito fundamental torna necessária a concessão do provimento mesmo diante de apenas um dos requisitos.¹⁵

A concessão de tutelas de urgência pressupõe de forma necessária a existência de ambos os pressupostos? Nem sempre. Podem existir situações em que apenas um dos pressupostos se faça presente, mas de forma tão intensa que supre a ausência, como nos casos que se seguem:¹⁶

Pode haver a concessão de liminares quando presente apenas o *fumus boni iuris*. São as chamadas tutelas de evidência extremada pura. O direito é tão evidente que aguardar o final do processo soa exagerado ou extremo, embora não se constate a evidência do perigo de dano.

No âmbito do direito à saúde, pode ser manifestação da presente hipótese a situação em que, por exemplo, o plano de saúde, de forma flagrante e inequívoca, recusa tratamento indevidamente, mesmo que o tratamento não seja urgente.

Pode haver a concessão de liminares quando presente apenas o perigo de dano. Tratam-se das tutelas de urgência extremada pura. O perigo de irreversibilidade do dano é máximo.

14 WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre, S. A. Fabris, 1995.

15 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

16 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

No âmbito do direito à saúde, pode ser manifestação da presente hipótese a situação em que, por exemplo, seja interposta a medida de urgência em razão da extrema necessidade de realização de operação ou internamento, com flagrante risco de morte, mesmo que não haja a clareza sobre o direito.

Diversas outras combinações entre os pressupostos podem ser apontadas, como a tutela de evidência extremada e urgência não extremada, mas existente; a tutela de urgência extremada e evidência não extremada, mas existente; a tutela de evidência e urgência extremadas e a tutela de evidência e urgência não extremadas, mas existentes, como bem expõe Costa.¹⁷

Compete ao aplicador do direito, com a devida análise do caso concreto, promover a combinação dos pressupostos ou a dispensa de um deles, para a concessão do provimento liminar, sempre considerando que os pressupostos podem ser mensurados por critérios de variabilidade e graduabilidade, sendo admitida a possibilidade de compensações entre eles. Assim, visualiza-se a hipótese em que um dos pressupostos pode estar presentemente apenas minimamente, enquanto o outro pode ser, inequivocamente, presente, operando-se a compensação.¹⁸

Com se constata o pressuposto da evidência? A constatação depende das demandas postuladas.

Na concessão de medicamentos, por exemplo, deve-se exigir a comprovação da hipossuficiência do requerente, da eficácia terapêutica do fármaco e da inexistência de tratamento equivalente fornecido pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Se o requerente dispõe de recursos suficientes para a aquisição do remédio, não compete ao poder público fornecê-lo gratuitamente. A hipossuficiência deve ser aferida no caso concreto, podendo ser pressuposta nas demandas interpostas pelas defensorias públicas.

A eficácia terapêutica do fármaco tem por pressuposto a aprovação pela ANVISA e a demonstração de sua utilidade e eficácia para o tratamento do requerente.

Já a inexistência de tratamento equivalente oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, reconhece a necessidade de otimização dos recursos públicos, devendo ser acolhida a opção do poder público. Admite-se, entretanto, a demonstração da maior eficácia do tratamento postulado, afastando a equivalência entre os tratamentos.

Presentes tais elementos, entende-se que a evidência do direito se faz presente, devendo o provimento liminar ser concedido.

Nas demandas de internação, deve ser constatada a real necessidade da internação e considerada a impossibilidade de excluir paciente já internado do leito que ocupa.

Assim, cada demanda específica tem seus pressupostos de caracterização da evidência, que devem ser demonstrados para afastar os decisionismos.

É muito frequente que o poder público questione as medidas liminares concedidas em ações que tem por objetivo tornar concreto o direito à saúde. Entre os argumentos mais utilizados, constam a fuga ao regime do pagamento por meio de precatórios e a abordagem não isonômica entre os indivíduos.

O argumento da fuga ao regime dos precatórios, contudo, não devem ser acolhido. A sistemática de pagamentos por meio de precatórios é aplicada aos pagamentos ordinários, não aos emergenciais, sobretudo com a finalidade de dar efetividade ao direito à saúde.

Como esperar pelo acesso ao medicamento ou pela urgente internação? A sistemática de pagamento por precatórios é inviável com o acesso à saúde.

17 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

18 COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

O argumento do tratamento não isonômico entre os indivíduos, pela concessão de medida liminar que assegurará o direito à saúde de forma individual, também não é suficiente para a revogação dos provimentos liminares concedidos.

Ideal é a situação em que os provimentos judiciais assegurem o acesso coletivo ao direito à saúde, o que geraria a melhor alocação dos recursos públicos e evitaria tratamentos diferenciados, contudo, não se pode negar a efetivação do direito à saúde ao indivíduo que postula perante o Poder Judiciário a sua proteção.

5.2. Responsabilidade solidária dos entes públicos

A jurisprudência pátria firmou-se no sentido de que, tratando-se de tutela do direito à saúde, há responsabilidade solidária da União, dos Estados e Municípios. Deste modo, tanto a União quanto os Estados e Municípios têm legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, individual ou coletivamente, pois todos têm competência concorrente para tratar do tema.¹⁹

A eventual organização dos serviços a serem prestados e respectivos custos pode ser alegada entre os entes públicos não perante o indivíduo. Há nítido direcionamento de descentralização dos serviços, mas não acarreta tal organização a exclusão da solidariedade prevista constitucionalmente.

5.3. Legitimação ativa do Ministério Público

Impõe-se reconhecer também a legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar ações civis públicas que tenham por objeto a tutela do direito à saúde, por se tratar de demanda que visa tutelar interesse difuso, com esteio nos art. 127 e 129 da Constituição Federal:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Em alguns casos, o Ministério Público tem interposto ações para a efetivação do direito à saúde de indivíduos isolados. Embora a melhor opção seja a interposição de ações coletivas, entende-se que não impedimento de que o Ministério Público busque a efetivação do direito à saúde para indivíduos isolados, em razão da natureza do bem jurídico a ser tutelado.

19 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Corte Especial firmou a orientação no sentido de que não é necessário o sobrestamento do recurso especial em razão da existência de repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal (REsp 1.143.677/RS, Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010). 2. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema. 3. Agravo regimental não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRESP 1159382. Segunda Turma. DJE 01/09/2010.

5.4. Beneficiários

Qualquer pessoa pode reclamar tratamento no Sistema Único de Saúde - SUS, mesmo que possa custear na rede privada, desde que seja o serviço ofertado pelo sistema. Se o tratamento não for ofertado pelo SUS, mas somente na área privada, a responsabilidade do Estado é subsidiária, alcançando apenas aqueles que não podem custear o tratamento com recursos próprios sem prejudicar a sua sobrevivência.

Tais regras são expressão do princípio da solidariedade social, previsto no artigo 3º, da Constituição Federal, que impõe o amparo mais amplo do Estado aos vulneráveis economicamente.

6. CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea exige novos parâmetros de repartição das funções do Estado. É que no estado democrático de direito, os direitos fundamentais gozam de execução imediata, cabendo ao Poder Público torná-los efetivos. Se a administração não efetiva os direitos fundamentais, impõe-se que o Poder Judiciário atue para a sua concretização.

A maior resistência ao novel modelo de atuação do Poder Judiciário decorre da apreciação da questão sob a influência da tríade de valores decorrentes da revolução liberal-burguesa, incompatível com a sociedade contemporânea. A Constituição Federal é transformadora, estabelece o objetivo de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, o que somente será possível se a liberdade for tomada como segurança, a igualdade como diversidade e a fraternidade como solidariedade. O novo paradigma impõe a atuação mais incisiva do Poder Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais, entre os quais o direito à saúde.

Entre as principais críticas contra a efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, se destacam a quebra da independência entre os poderes, a falta de legitimação dos juízes e a possibilidade de ofensa à economia pública, principalmente pela interferência no orçamento. Como foi visto, os argumentos não devem ser acolhidos.

Na prática da efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, tem sido reconhecida a responsabilidade solidária dos entes públicos, a ampla concepção dos beneficiários e a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa dos particulares, de forma coletiva ou individual. Muito frequentemente são concedidos provimentos liminares que asseguram o direito à saúde, baseados na constatação dos pressupostos da evidência ou da urgência e, não raro, de apenas um deles.

Conclui-se que a atuação do Poder Judiciário para a concretização do direito fundamental à saúde está em perfeita sintonia com o novo papel que lhe é reservado no estado democrático de direito. Os eventuais excessos podem ser adequados por meio dos mecanismos internos de controle do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.
- AVELÃS NUNES, Antônio José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: _____. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Edizione di comunità, 1977.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília*: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 3 abr. 2015

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DENNINGER, Erhard. Security, Diversity, Solidarity instead of Freedom, Equality, Fraternity. *Constellations*, Oxford, v. 7, n. 4, p. 507-521, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

IRTI, Natalino. *L'Ordine giuridico del mercato*. Bari: Laterza, 2001.

MONCADA Cabral de, Luís. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra edições, 1988.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Jurisdição constitucional: aspectos controvertidos*. Curitiba: Juruá, 2011.

WANG. Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p.539-568, jul./dez, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre, S. A. Fabris, 1995.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Educação superior no Brasil:
oferta na OMC, uma reflexão
desmistificada, com base em
dados estatísticos**

**Higher education in Brazil: WTO
offer, a demystified reflection
based on statistics**

Marcel Vitor Guerra

Educação superior no Brasil: oferta na OMC, uma reflexão desmistificada, com base em dados estatísticos*

Higher education in Brazil: WTO offer, a demystified reflection based on statistics

Marcel Vitor Guerra**

RESUMO

O objetivo do presente artigo é lançar uma reflexão diferente sobre a posição do País de não ofertar educação superior nas rodadas de negociações da OMC. Realizou-se abordagem com base em perspectiva dos docentes do ensino superior privado, categoria ainda desorganizada no País, boa parte, em razão da forte mercantilização do setor, que oprime tentativas de organização. Demonstrar-se-á a fragilidade e a incongruência dos principais argumentos usualmente suscitados pelos agentes políticos representativos que atuam nas esferas de tomadas de decisões estatais internacionais, para justificar a negativa de abertura do setor. A partir da análise de pesquisas acadêmicas e dados oficiais sobre a educação superior no Brasil, constatou-se a existência de uma dupla realidade no País, o ensino público e o privado. Este revela-se em crescente mercantilização, com abertura do capital na Bolsa de Valores, ingerência de Fundos de Investimentos e regulamentação bastante favorável aos interesses do capital, consolidando-se como setor altamente competitivo, privatizado e sem regulamentação específica a equilibrar os ímpetus do capital e a finalidade pública do serviço. Por que então resistir a novos mercados? A resposta vem da análise minuciosa do setor privado, a revelar fusões milionárias, monopolização e forte aporte de recursos e incentivos públicos. A abertura teria como prováveis consequências uma regulamentação do setor privado e diminuição da ingerência do Estado na livre concorrência, diminuindo ou cessando os investimentos públicos no setor. Portanto, na condição de docente do ensino superior privado, avalia-se que a abertura do mercado, além de não afetar o setor público, poderá trazer benefícios ao setor privado, pois, no mínimo, levantará o véu invisível da regulamentação única (a mesma para ensino público e privado) que esconde a dualidade perversa do ensino superior no Brasil.

Palavras-chave: Educação Superior Privada. Oferta. OMC. Dados.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to reflect on Brazil's decision not to offer higher education in the rounds of WTO negotiations. It is an approach from the perspective of teachers of private higher education in Brazil, category yet unorganized, large part due to strong commercialization of the

* Recebido em 28/10/2014
Aprovado em 25/02/2015

** Mestre em direito pela UFES. Professor universitário. Presidente do Sindicato dos Docentes do Ensino Superior Privado do ES. Defensor Público do ES. E-mail: marcelvguerra@hotmail.com

sector, which overwhelms attempts to organization. The fragility and the incongruity of the main arguments usually raised by representative agents acting in the political spheres of international government decisions taken, to justify the denial of opening the sector will be demonstrated. Based on analysis of academic research and official data on higher education in Brazil, we can assert the existence of a dual reality in Brazil, public education and private. The latter appears to be an increasing commodification, with the opening of the capital stock exchange, interference of Investment Funds and quite favorable to the interests of capital regulations, consolidating itself as an industry highly competitive, privatized and no specific regulation to balance the impulses of capital and public service purposes. Why then resist to new markets? The answer comes from a thorough analysis of the private sector, which reveals multimillion dollar mergers, monopolization and strong contribution of funds and public incentives. The free market would force a regulation of the private sector and reduced state interference in free competition, decreasing or ceasing public investments in the sector. Therefore, as a teacher of private higher education, we assess that market opening will not harm the public sector and will benefit the private sector. Because at least will raise the invisible veil of same regulations (the same for public and private sectors) that hides the evil duality of higher education in Brazil.

Keywords: Private Higher Education. Offer. WTO. Data

1. INTRODUÇÃO

Desde a inclusão da educação superior em um dos setores de serviços negociados na OMC, o tema suscitou bastante debate, e a intenção de negociar educação sofreu e sofre forte resistência por parte de alguns países, em especial os em desenvolvimento, inclusive o Brasil, com base no discurso que educação é interesse público e social, portanto não disponível ao mercado internacional.

Por meio deste artigo, pretende-se refletir acerca da racionalidade dessa decisão do Brasil de não ofertar educação superior nas rodadas da OMC. Serão analisados os principais argumentos utilizados pelos principais atores e agentes políticos que interferem e influenciam nos processos de tomadas de decisões do Brasil, quando o assunto é a abertura do setor da educação superior ao mercado internacional.

O ponto que se quer abordar é se, de fato, seria uma decisão proveniente de uma preocupação nacional com a qualidade e com eventuais efeitos deletérios que uma possível abertura do ensino superior poderia provocar ou se seria fruto de uma política protecionista e oligárquica de um grupo empresarial nacional crescente e lucrativo?

Antoni Verger ao analisar a política de liberalização progressiva do sistema de regras do GATS para constituição de um novo regime internacional de comércio de educação, em especial durante a rodada de Uruguai e de Doha, conclui que o objetivo que ele chama de *globalization Project* não obteve sucesso. A maioria dos países membros da OMC evitaram negociar educação superior e, quando o faziam, impunham inúmeras limitações e exceções.¹

O autor busca sistematizar razões que justifiquem a posição dos países de negociar ou não educação na OMC. E uma de suas conclusões refere-se ao fato de que vários elementos e agentes influenciam na tomada de decisões dos países negociantes. O presente texto é uma reflexão sobre a posição adotada pelo Brasil de não ofertar educação superior nas rodadas do GATS e a incongruência dessa medida a partir dos agentes que atuam na educação superior privada e dos dados estatísticos sobre o setor.

1 VERGER, Antoni. The constitution of a new global regime: Higher education in the GATS/WTO framework. In: EPSTEIN, R. B. Debbie et al. *World yearbook of education 2008: Geographies of knowledge, geometries of power: Framing the future of higher education*. London: Routledge, 2008. p. 111-127.

O que se percebe pela comunidade acadêmica, política e social é o discurso de que educação superior é de interesse público e social, não passível de mercantilização.² Ocorre que a realidade no Brasil é a de que 87% do ensino superior é prestado pela iniciativa privada.³ Não há regulamentação específica do setor, regulado por leis de mercado, campo que vem gerando lucros astronômicos; com faturamento de aproximadamente 55 bilhões de reais em 2008.⁴

O objetivo do presente estudo não é analisar as consequências e efeitos da educação como mercadoria, mas a partir da constatação de que já é tratada como mercadoria, a manutenção de um mercado fechado traria benefícios à nossa educação superior privada? Não discordamos do argumento de que a educação não deveria ser tratada como mercadoria, ocorre que a atual realidade do setor no Brasil já é bastante mercantilizada, e sua abertura qualificaria a concorrência e, conseqüentemente, um padrão de qualidade seria necessário para conquista do mercado, além de diminuir ou forçar uma regulamentação de investimentos públicos no setor privado.⁵

Hoje, o principal problema do setor privado, que representa 88% do ensino superior no país, consiste no baixo índice de qualidade.⁶ E a abertura, com certeza, contribuirá para o incremento da qualidade do setor privado. A partir de uma perspectiva objetiva, qual seja, o reconhecimento de mercado educacional crescente, demonstrar-se-á a fragilidade dos principais argumentos para a não oferta da educação superior na OMC, medida antagônica às políticas estatais.

2. EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL

Com base no Censo 2013 do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP/MEC), instituto que realiza coleta de dados sobre a educação superior, das 2.391 (duas mil, trezentos e noventa e um) instituições de ensino superior, englobando universidades, centros universitários, faculdades e outras, 2.090 (duas mil e noventa) são privadas. O que significa que o setor privado responde por **87,41%** do ensino superior no país.⁷

2 BORGES, Maria Creusa de Araújo. Higher education from a business perspective: the view of the World Trade Organization. *RBP/PAE*, Recife, v. 25, p. 83-91, jan./abr.2009.

3 CENSO de 2013 do INEP/MEC, Disponível em: <www.inep.org.br>. Acesso em: 01 out. 2014.

4 Em Abril de 2013 foi anunciada a fusão de dois grandes grupos do ensino superior brasileiro: Kroton Educacional S.A. e a Anhanguera Educacional, uma transação de R\$ 14 bilhões de reais. TAVARES, Pedro Henrique de Souza. *Os Fundos de Investimentos e o movimento do capital no ensino superior privado: mercantilização de novo tipo?* 2014. 118f. Dissertação (Mestrado)—Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.educacao.ufrj.br/dpedrohenrique.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

5 Pesquisadores apontam que o processo de expansão da educação superior no Brasil, com fortes traços mercantis, a partir de 2007, inaugurou uma nova tendência de monopolização no segmento privado, no qual se constatou um processo de compra e venda de instituições, com fusões que têm formado oligopólios educacionais, ou seja, com uma tendência à formação de número menor de grandes empresas que atuam num nicho mercadológico, no caso o educacional, e que passam a ter um controle de parte cada vez maior do mercado da educação superior. CHAVES, Vera. Expansão da privatização/mercantilização do ensino superior brasileiro: a formação dos oligopólios. *Educação & Sociedade*, v. 31, p. 481-500, 2010. E o quantum de dinheiro destinado ao Prouni e ao FIES permitiu a garantia que o capital precisava para a saúde financeira das instituições que foram adquiridas e incorporadas. Ver TAVARES, Pedro Henrique de Souza. *Os Fundos de Investimentos e o movimento do capital no ensino superior privado: mercantilização de novo tipo?* 2014. 118f. Dissertação (Mestrado)—Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.educacao.ufrj.br/dpedrohenrique.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

6 BERTOLIN, Julio C. Godoy. *Avaliação de Qualidade do Sistema de Educação Superior Brasileiro em Tempos de Mercantilização*. Período 1994-2003. 282f. Tese (Doutorado)—Programa de Pós Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Ver ainda, SILVA, Gustavo Javier. *O Ensino Superior Privado: o conflito entre lucro, expansão e qualidade*. 2008. 259 f. Tese (Doutorado)—Programa de Pós Graduação em Sociologia. Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

7 Dados do Censo de 2013 do INEP/MEC, Disponível em: <<http://www.inep.org.br>>. Acesso em: 01 out. 2014. No Espírito Santo, esse percentual passa para 95,42%

O censo revela que, enquanto o número de ingressos por processo seletivo em cursos de graduação no Brasil, no ano de 2013, na área pública foi de 1.932,527 (um milhão, novecentos e trinta e dois mil, quinhentos e vinte e sete) graduandos, na área privada registrou-se a impressionante marca de 5.373,450 (cinco milhões, trezentos e setenta e três mil, quatrocentos e cinquenta) matrículas, o que demonstra o domínio pelo setor privado do ensino superior do país, perfazendo um total de 7.305, 977 (sete milhões, trezentos e cinco mil, novecentos e setenta e sete) matrículas no ano de 2013, no Brasil, na graduação.⁸

O percentual de pessoas frequentando a educação superior representa quase 30% da população brasileira na faixa etária de 18 a 24 anos e em torno de 15% está na idade teoricamente adequada para cursar esse nível de ensino, portanto, com muito ainda a crescer.⁹

No período 2012–2013, a matrícula cresceu 3,8%. As IES privadas têm uma participação de 74,0% no total de matrículas de graduação. No período 2011–2013, o número de ingressantes cresceu 16,8% nos cursos de graduação, sendo 8,2% na rede pública e 19,1% na rede privada. Nos últimos 10 anos, a taxa média de crescimento anual foi de 5,0% na rede pública e 6,0% na rede privada.¹⁰

Em 2013, o número de funções docentes em exercício na educação superior foi de 367.282 (trezentos e sessenta e sete mil, duzentos e oitenta e dois), sendo 155.219 (cento e cinquenta e cinco mil, duzentos e dezenove) docentes no setor público, dos quais, 126.592 (cento e vinte e seis mil, quinhentos e noventa e dois) em dedicação exclusiva, tempo integral; enquanto dos 212.063 (duzentos e doze mil, sessenta e três) docentes no setor privado, apenas 52.818 (cinquenta e dois mil, oitocentos e dezoito) possuíam regime em tempo integral, sendo a maioria, em regime horista.¹¹

As mudanças estruturais pelas quais o capitalismo mundial vem passando desde os anos 70 afetaram significativamente as políticas educacionais de ensino superior, trazendo novas demandas no que diz respeito aos seus objetivos.

Nessa senda, Menezes classifica o fenômeno como reflexo da política neoliberal adotada, principalmente no final da década de 90, baseada na privatização e desregulação do mercado. Assevera que as políticas fragmentadas do início da década de 1970 e o final da década de 1990 propiciaram a expansão do sistema educacional privado, de duas formas distintas: concessão de financiamento público e autorizações para o funcionamento de cursos e instituições privadas.¹²

O problema é que, apesar de o artigo 207 na Carta Constitucional de 1988 relacionar os princípios de autonomia e de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão como norteadores da educação superior, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) n. 9394/96 permitiu que instituições de ensino superior prescindissem da pesquisa e da extensão, valendo-se apenas do ensino.

Assim, convive-se no Brasil com dois modelos de instituições de ensino superior: as universidades (aproximadamente 8% do total de instituições, sendo 111 públicas e 84 privadas), cujos docentes devem atender aos preceitos da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, e demais instituições de ensino superior, centros universitários e faculdades (aproximadamente 92% do total), que podem atuar apenas por meio de do ensino, sem necessidade de pesquisa ou extensão. Desse total, as faculdades privadas, modelos mais simples e rentáveis, representam quase 80% das instituições de ensino superior do país, caracterizando um mercado bem amplo e crescente.¹³

8 Dados do Censo de 2013 do INEP/MEC. Brasília: SESu/MEC. Disponível em: <<http://www.inpep.org.br>>. Acesso em: 01 out. 2014.

9 Dados do Censo de 2013 do INEP/MEC. Brasília: SESu/MEC. Disponível em: <<http://www.inpep.org.br>>. Acesso em: 01 out. 2014.

10 Dados do Censo de 2013 do INEP/MEC. Brasília: SESu/MEC. Disponível em: <<http://www.inpep.org.br>>. Acesso em: 01 out. 2014.

11 Dados do Censo de 2013 do INEP/MEC. Brasília: SESu/MEC. Disponível em: <<http://www.inpep.org.br>>. Acesso em: 01 out. 2014.

12 MENEZES, Fernanda Montenegro de. A expansão do Ensino Superior no Brasil: a opção pelo privado. In: RANIERI, Nina Beatriz (Coord.). *Direito à educação*. São Paulo: Edusp. 2009. p. 203-219.

13 Dados do Censo de 2013 do INEP/MEC. Brasília: SESu/MEC. Disponível em: <<http://www.inpep.org.br>>. Acesso em: 01

De forma que a educação superior no país encontra-se dominada pelo setor privado, cenário qualificado por uma insuficiente fiscalização por parte do poder público e em constante queda da qualidade do serviço prestado¹⁴, como explica Helena Sampaio, “pelo fato de mobilizar recursos privados e orientar-se visando à obtenção de lucros, o setor privado é mais dinâmico no atendimento à demanda da clientela; por isso, ele cresce mais rapidamente e o faz em detrimento de sua qualidade.”¹⁵

A expansão das instituições privadas representou, nesse sentido, a grande transformação que ocorreu no ensino superior brasileiro, a partir dos anos 90, tendo o Estado como grande indutor.

3. EFEITOS COLATERAIS DA POLÍTICA GOVERNAMENTAL, DUALIDADE DO ENSINO SUPERIOR: ELITE E MASSA

A política governamental de ampliar o acesso ao ensino superior por meio de investimento e subsídios públicos criou uma dualidade no ensino superior do Brasil, um setor de massa e um de elite. Durham e Sampaio relacionam as principais características desses setores. No caso do setor de massa, ressaltam três características primordiais: a primeira refere-se a velocidade da expansão; a segunda prioriza o atendimento ao mercado em detrimento da qualidade; e a terceira mostra-se eminentemente produtiva e, portanto, produz em grande escala e de forma lucrativa.¹⁶

Já o setor de elite se identifica com as instituições públicas que são mais seletivas, abrigam a pesquisa, promovem a pós-graduação e amparam seu quadro docente com planos de carreira estáveis e voltados para regime de trabalho vinculados à dedicação exclusiva.¹⁷

Dessa forma, percebe-se claramente, uma divisão social da educação superior; os egressos das denominadas camadas privilegiadas apresentam recursos culturais que podem se opor, com eficácia, às forças do mercado educacional, ocupando as vagas das instituições de elite (públicas), enquanto a população mais empobrecida, que não teve acesso a uma escolaridade básica adequada, tem que se submeter a compra da formação nos “balcões” das IES privadas¹⁸

A democratização brasileira é perversamente elitista, acena com a possibilidade de acesso irrestrito, mas permite a permanência efetiva no campus apenas aos que podem pagar. Para garantir o acesso ao ensino superior privado, o Estado se utiliza de mecanismos como financiamentos públicos, como o FIES – Financiamento Estudantil fomentado pela Caixa Econômica Federal, instituído pela Lei 10.260/2001 e concessões de bolsas de estudos, como o Programa Universidade para Todos, instituído pela lei 11.096/2005. Em

out. 2014.

14 A eficácia dos mecanismos de controle do Estado é posta em xeque pela atribuição de grande parte das responsabilidades do processo avaliativo para as mesmas instituições a serem avaliadas. Isso acontece porque a avaliação externa das instituições é realizada com base em um processo autoavaliação realizado pelas CPAs, cujo composição é heterogênea e, em virtude de suas relações de dependência/subordinação aos mantenedores e gestores não tem autonomia crítica indispensável ao cumprimento de suas funções. Ver TAVARES, Pedro Henrique de Souza. *Os Fundos de Investimentos e o movimento do capital no ensino superior privado: mercantilização de novo tipo?* 2014.118f. Dissertação (Mestrado)—Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.educacao.ufrj.br/dpedrohenrique.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

15 SAMPAIO, Helena. *Universidades privadas: características institucionais e acadêmicas*. 2012. Trabalho apresentado ao Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior da Universidade de São Paulo – NUPES. Disponível em: <<http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt9804.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.

16 DURHAM, Eunice R. *O ensino superior no Brasil: público e privado*. 2012. Trabalho apresentado ao Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior da Universidade de São Paulo – NUPES. 2012. Disponível em: <<http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt9602.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.

17 SAMPAIO, Helena. *Universidades privadas: características institucionais e acadêmicas*. 2012. Trabalho apresentado ao Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior da Universidade de São Paulo – NUPES. Disponível em: <<http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt9804.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.

18 NAIDOO, Rajani. Las universidades y el mercado: distorsiones en la investigación y la docência. In: BARNETT, Ronald (Ed.). *Para una transformación de la universidad: nuevas relaciones entre investigación, saber y docência*. Barcelona: Octaedro, 2008. p. 54-55.

ambos, o ente privado recebe a sua contraprestação, se não em espécie, por meio de benefícios fiscais, à revelia da qualidade.¹⁹

Essa lógica governamental de garantir o acesso ao ensino superior pela rede privada tem sido alvo de críticas de diversos autores, pois, em sua concepção, permeia a ideia de que basta o acesso do aluno à educação superior para configurar sua democratização, desconsiderando a necessidade de construção de mecanismos para garantir a permanência desse estudante na instituição. No setor privado, enquanto registra-se 5.373.450 de matrículas, apenas 761.732 concluem a graduação até o fim.²⁰

Portanto, há dois cenários da educação superior no país, que apesar de totalmente distintos, são regidos pela mesma legislação. O interesse privado mantém forte representação política e sindical, garantindo uma legislação favorável à expansão privada da oferta de ensino superior e, interferindo a seu favor nas tomadas de decisões nas rodadas internacionais da OMC, principalmente pelo preocupante fato de que não há organizações políticas que consigam se contrapor aos interesses privados (lucro), sempre bem representados. Assim, tanto no plano nacional, como na política internacional conseguem alinhar as decisões governamentais a seus interesses, como o de não abrir o mercado, evitando o aumento da concorrência e uma regulamentação específica do setor.²¹

4. EDUCAÇÃO NA OMC: FRAGILIDADE DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À ABERTURA

Em 2001, o prof. Dirk, em trabalho feito a pedido da Divisão de Ensino Superior da UNESCO, intitulado “Higher Education in the age of globalisation: the need for a new regulatory framework for recognition, quality assurance and accreditation”, afirma que:

globalisation in higher education does not necessarily imply international standardisation and uniformity, but asks for policies balancing the global and the local. To a large extent, resistance to globalisation in higher education is also motivated by a rejection of the marketisation perceived to be inherent in globalisation and a defence of a ‘public good’ approach to higher education. However, many make the error to identify defending a ‘public good’ perspectives towards higher education with upholding an exclusively national policy framework. An international regulatory framework is needed to transcend the eroded national policy contexts and to some extent to steer the global integration of the higher education systems. Without such a framework the globalisation of higher education will be unrestrained and violent, generating a lot of resistance and protest.²²

19 CATANI, Afrânio M.; GILIOLI, Renato de S. P. O Prouni na encruzilhada: entre a cidadania e a privatização. *Linhas Críticas*, Brasília, v. 11, n. 20, p. 125-140, jan./jun. 2005.

20 Dados do Censo de 2013 do INEP/MEC, Disponível em: <<http://www.inep.org.br>>. Acesso em: 01 out. 2014.

21 Leher e Henrique afirmam que a expansão da educação superior privada se torna diferenciada a partir de 2005, na medida em que ocorre controle de IES (instituições de ensino superior) por fundos de investimentos (private equity), momento em que ocorre a abertura do capital das IES e se reconfigura o processo de mercantilização da educação superior, determinando uma mercantilização de novo tipo (num processo que ainda não foi estudado com profundidade) agora sob o domínio do capital rentista, operado por frações da burguesia que procuram novos nichos no setor de serviços, com mudanças de inéditas velocidade e intensidade, na medida em que alteram a natureza da mercantilização em curso e aprofundam a proeminência do setor financeiro no controle do ensino superior.

Este processo em curso de mercantilização de novo tipo tem como referência a abertura do capital das mantenedoras na Bolsa de Valores e também pelo controle das IES pelos fundos de investimentos, que tem imprimido uma dinâmica diferente da anterior, atribuindo centralidade aos lucros e resultados, perdendo elementos de mediação existentes na mercantilização anterior. Assim, ocorre uma capitalização que tem como pressuposto que os custos serão diminuídos através de mudanças curriculares organizadas para aumentar a margem de lucro e, conseqüentemente, possibilitando uma condição de maior competitividade e lucratividade, tal qual de concorrência pelo mercado educacional, no qual “pequenas faculdades não conseguem manter-se no mercado e acabam sendo vendidas” (CHAVES, 2010, p. 491), como expressão do processo de aquisições e fusões no segmento privado do ensino superior. Ver TAVARES, Pedro Henrique de Souza. *Os Fundos de Investimentos e o movimento do capital no ensino superior privado: mercantilização de novo tipo?* 2014. 118f. Dissertação (Mestrado)—Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.educacao.ufrj.br/dpedrohenrique.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

22 DAMME, Dirk Van. *Higher education in the age of globalisation: the need for a new regulatory framework for recognition, quality*

Com a globalização, é imperioso que se discuta educação superior em plano internacional. A comunidade acadêmica nos países sul americanos refutam a ideia de comercializar educação. O Brasil se encaixa nesse grupo, tendo organizações sindicais e políticas que atuam para impedir que o Brasil negocie educação nos acordos da OMC.²³

No âmbito da OMC, organizações internacionais, corporações transnacionais e Estados fortes são atores-chaves na condução das negociações internacionais. *Nevertheless, globalization can also be contested — and transformed — through a range of sociopolitical and discursive processes, strategies, and struggles, led by labor unions or local and global social movements... Consequently, the consultation process cannot be as complete as it is supposed to be. The complexity of the GATS negotiation procedure shows that the State is a field made up of different units that can have different agendas and priorities that overlap or conflict.*²⁴

Nesse sentido, faremos uma análise dos principais argumentos usados por esses agentes para fundamentar a tomada de posição do Brasil sobre o tema no plano internacional.

Segundo Silva, Gonzalez e Brugier, vários trabalhos mostram que a eliminação das barreiras ao livre comércio provocaria uma falência dos sistemas públicos de ensino. A concorrência que surgiria entre os provedores de educação estrangeiros (que teriam pleno acesso ao mercado nacional) e o sistema público poderia criar uma pressão para deixar o setor público mais “produtivo”, menos oneroso, colocando em risco, portanto, a natureza pública do ensino.²⁵

Além disso, a intervenção do governo no mercado educacional seria identificada como barreira à criação de um mercado privado, já que alteraria a livre competição. Dessa forma, segundo as referidas autoras, a capacidade de regulação e fiscalização do Estado na área educacional, bem como a sua liberdade de decidir qual a melhor política para a sua realidade, diminuiria consideravelmente.²⁶

Há ainda a ideia de que os grupos empresariais poderão processar os países por práticas prejudiciais à livre oferta de serviços educacionais, em vista do oferecimento de tratamento diferenciado, caracterizado por subsídios às entidades públicas, exigindo tratamento igual: recursos públicos para todas ou para nenhuma instituição. Pode-se, assim, sofrer uma contestação judicial ou o questionamento da legitimidade do financiamento público ao ensino superior.²⁷

Demonstrar-se-á que são argumentos falaciosos. Já no plano internacional, na intenção de explicitar o interesse que nutrem pelo mercado mundial de educação, entre 2000 e 2002, as delegações da Austrália, Estados Unidos, Japão e Nova Zelândia encaminharam à OMC comunicações cujo conteúdo exigia ações

assurance and accreditation Introductory Paper for the UNESCO Expert Meeting Paris, 10-11 September 2001. Disponível em: <[HTTP://www.unesco.org/education/studyingabroad/highlights/global_forum/presentations/keynote_eng.do](http://www.unesco.org/education/studyingabroad/highlights/global_forum/presentations/keynote_eng.do)>. Acesso em: 20 out. 2014.

23 SOARES, Luis Havelange et al. *Globalização e desafios contemporâneos para educação: análise do pisa e os rumos da educação no Brasil*. 2011. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/rec/article/viewFile/3646/2982>. Acesso em: 12 out. 2014.

24 VERGER, Antoni. *The Merchants of Education: Global Politics and the uneven Education Liberalization Process within the WTO*. 2009. Disponível em: <http://www.geps-uab.cat/sites/default/files/publicacions-adjunts/verger_gats-cer-libre.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

25 SILVA, Camila Croso; GONZALEZ, Marina; BRUGIER, Yana Scavone. OMC em foco: a comercialização da educação na América Latina. In: HADDAD, Sérgio (Org.). *Banco Mundial, OMC e FMI: o impacto nas políticas educacionais*. São Paulo: Cortez, 2008. p. 89-90. Os trabalhos citados pelas autoras são os seguintes: ROBERTSON, Susan; BONAL, Xavier; DALE, Roger. Gats and the Education Service Industry: The Politics of Scale and Global Re-territorialization. *Comparative Education Review*, Chicago, v. 46, n. 4, p. 472-496, 2002; COHEN, Marjorie Griffin. *The World Trade Organization and Post-Secondary Education: Implications for the Public System*. Vancouver, Canadá: British Columbia Teachers' Federation, 2000; EDUCATION INTERNATIONAL. WTO Trade talks “suspended?”. Trad. Education News. Bruxelas, Bélgica: n. 10, agosto de 2006.

26 VASCONCELLOS, Emanuel Lins F. *A interpretação pluralista do conceito de educação na sociedade aberta dos intérpretes: a influência da OMC nas políticas educacionais*. 2009. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=db116b39f7a3ac53>>. Acesso em: 1 out. 2014.

27 VASCONCELLOS, Emanuel Lins F. *A interpretação pluralista do conceito de educação na sociedade aberta dos intérpretes: a influência da OMC nas políticas educacionais*. 2009. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=db116b39f7a3ac53>>. Acesso em: 1 out. 2014.

capazes de liberar o comércio de serviços, em escala mundial, havendo preocupação de enfatizar que o êxito da liberalização reivindicada não implicaria no comprometimento do papel exercido pelos governos locais, sobre o setor educacional. Ou seja, eles não perderiam o direito de formular políticas de educação doméstica, na medida em que continuariam a fornecer, financiar e regulamentar os serviços educacionais, em seus respectivos países.²⁸

Portanto, o ensino público, simplesmente, não será afetado, uma vez que em todos os países há ofertas públicas de ensino superior. Na verdade, o Brasil figura como um dos países em que o ensino superior é mais privatizado, no mundo. Portanto, a abertura pode ser positiva para o país que já possui grandes conglomerados empresariais (*holdings*) de ensino superior, em expansão, como o Brasil.²⁹

Ademais, os âmbitos de eventuais negociações encontram-se limitados pelas obrigações que decorrem do dever do Estado de garantir o direito à educação, elencadas nos artigos referentes à proteção da cultura, ciência e tecnologia da Constituição Federal. E, ainda, pelos fins que orientam a organização econômica do Estado, que visam, em última análise, o interesse público e a satisfação das necessidades do povo. Todas essas disposições estão submetidas ao princípio fundamental do artigo 3a, que traça os objetivos da República. Estão igualmente limitadas pelos princípios que informam a ordem econômica, notadamente os da soberania nacional e da livre concorrência, todas previsões normativas de natureza constitucional.³⁰

Em suma, a prevalência das normas constitucionais sobre os tratados garante que os serviços educacionais, que venham a ser oferecidos no Brasil, por meio de negociações na OMC ou no Mercosul, submetam-se a um arcabouço normativo constitucional que já é suficiente para refutar todos os argumentos contrários à abertura do mercado.

A garantia do direito fundamental à educação, nesse quadro normativo, está, justamente, na efetividade das normas e princípios constitucionais. Dentre esses, assume especial relevância, para os fins propostos, o princípio da garantia de padrão de qualidade (art. 206, VII), fundamento da intervenção do Estado na atividade educacional, pública e privada, baseada no controle. A autorização e a avaliação de qualidade, sob este aspecto, também assumem relevância frente à garantia da defesa do consumidor, princípio informador da ordem econômica (art 170, V), beneficiando-se da sua categorização como serviço.

A Carta Magna estabelece como princípio, em seu art. 216, que o ensino seja ministrado em coexistência de instituições públicas e privadas. Em seu art. 209, estabelece que o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Garante ainda gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais e gestão democrática do ensino público, na forma da lei. Consta na Constituição que é dever do Estado efetivar a educação com a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (art. 208 da CF/88).

O art. 214 traça os objetivos a serem alcançados, como o de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a

28 COMMUNICATION FROM THE UNITED STATES (S/CSS/W/23 de 18/12/2000); COMMUNICATION FROM NEW ZEALAND (S/CSS/W/93 de 6/06/2001); COMMUNICATION FROM AUSTRALIA (S/CSS/W/110 de 01/10/2001); COMMUNICATION FROM JAPAN (S/CSS/W/137 de 15/03/2002).

29 Vale citar o caso da UNESA que possui operações no exterior: adquiriu 100% da Asociación de Estudios Superiores de Las Américas, no Paraguai, que possuía uma unidade, 12 cursos e 1.524 alunos, em 2007, e 80% da Escuela de Informática SRL, no Uruguai, que possuía uma unidade, dois cursos de graduação e sete cursos técnicos, totalizando 361 alunos, também em 2007. In: SÉCCA, Rodrigo Ximenes; LEAL, Rodrigo Mendes. *Análise do Setor de Ensino Superior Privado no Brasil*. Disponível em: <http://www.bndespar.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set3003.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

30 RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A tutela do direito à educação nas negociações Internacionais. *ComCiência* (UNICAMP), v. 8, p. 1-2, 2009. Disponível em: <<http://www.gvces.com.br/index.php>>. Acesso em: 10 out. 2014.

manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a melhoria da qualidade do ensino; formação para o trabalho; promoção humanística, científica e tecnológica do País e estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Portanto, o argumento de que a abertura do mercado levaria a perda da autonomia ou soberania nacional para tratar sobre educação é falacioso. Não haverá alteração ou reformulação conceitual de educação em razão da abertura de mercado, uma vez que a política educacional é de competência constitucional do Estado.

Negociações internacionais de serviços educacionais, na OMC ou no Mercosul, não são, necessariamente, inconciliáveis com o direito à educação, pelo contrário, no caso do Brasil que já possui um mercado aquecido no setor, poderá representar alterações positivas do ponto de vista da qualidade do serviço prestado.³¹

Nesse sentido, a abertura poderá forçar uma alteração da legislação ordinária interna, o que poderá ser positivo, pois hoje, as regulamentações legal e administrativa são idênticas para ambos os setores, público e privado, desconsiderando totalmente as peculiaridades e necessidades do setor privado.

Ou seja, a liberalização não afetaria o ensino público, não lhe causaria falência ou alterações quanto a sua finalidade ou estrutura, pois os investimentos e as competências no setor público são decorrentes de imposições e deveres de natureza constitucional.

Finalmente, quanto à suposta possibilidade de que grupos empresariais poderão processar os países por práticas prejudiciais à livre oferta de serviços educacionais, em vista do oferecimento de tratamento diferenciado, caracterizado por subsídios às entidades públicas, também é argumento sofismático.

O princípio da não discriminação, com sua cláusula da nação mais favorecida (os membros da OMC têm de garantir as mesmas condições comerciais a todos os outros membros) e princípio do Tratamento Nacional (os bens importados devem receber o mesmo tratamento concedido a bens equivalentes de origem nacional) não causará impacto no setor público, mas somente no setor privado.³²

No setor privado, de fato, haverá mudanças. O princípio da não discriminação veda tratamento diferenciado no setor privado. Isso significa que o Prouni e Fies terão que sofrer alterações para se adequar a nova realidade. E isso pode ser positivo ante as críticas a manutenção dessa política governamental, importante no início, mas que não pode ser a estratégia a longo prazo para educação no país.

A abertura não afetará o setor público, pelo contrário, a abertura limitará os investimentos públicos no setor privado, em respeito a livre concorrência, mas poderá fazê-lo livremente no setor público. A abertura cessaria os investimentos cada vez maiores no setor privado da educação superior.

Os programas do governo federal de investimento no setor tiveram o resultado positivo de ampliar o acesso à educação superior. Ocorre que a manutenção dessa política de expansão do ensino superior no país, a longo prazo, consolida um setor manifestamente privatizado, com forte dependência de investimento público.

A título de referência, o documento encaminhado pela delegação do Japão sublinha que, embora reivindique a liberalização do comércio de serviços educacionais, há consciência de que a oferta de cursos em escala mundial deve levar em conta a variedade de repertórios sociais existente em cada país e o papel exercido pelos respectivos governos. A proposta do Japão (WTO, 2002) ressalta aspectos de política governamental e especificidades do setor educacional que devem ser consideradas, tais como: a manutenção e garantia de qualidade da educação e das atividades de pesquisa em cada país-membro; a proteção aos estudantes, com medidas que assegurem que não serão lesados por serviços de baixa qualidade; e medidas que assegurem

31 RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A tutela do direito à educação nas negociações Internacionais. *ComCiência* (UNICAMP), v. 8, p. 1-2, 2009. Disponível em: <<http://www.gvces.com.br/index.php>>. Acesso em: 10 out. 2014.

32 Ver documento da Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD. Disponível em: <http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add33_pt.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

equivalência de títulos, diplomas etc. Critica a oferta de ensino por “fábricas-de-diplomas” de um país em outro país, através de meio eletrônico.³³

Portanto, sob a perspectiva da qualidade do ensino superior do setor privado, no Brasil, quais os reais prejuízos para sua abertura no mercado internacional? Em abstrato, não se sabe dizer, pelo contrário, é possível visualizar efeitos positivos com o aumento da concorrência. Por que então?

Na tentativa de buscar respostas, analisaremos os principais agentes que atuam politicamente para influenciar no setor de serviços educacionais, em especial, os que exercem lobby dos interesses de grupos empresariais, protecionistas, que visam ao controle do mercado.

5. REPRESENTAÇÕES POLÍTICAS NAS NEGOCIAÇÕES DA OMC

No setor privado, não há organizações políticas que contraponham o interesse do lucro, ou seja, não há entidades que defendam a qualidade do ensino superior no setor privado.

Os docentes do ensino superior público possuem sindicato específico, o ANDES-SN, enquanto o setor privado, a representação dos docentes fica a cargo de sindicatos ecléticos, SINPROs, dirigidos por professores do ensino médio e infantil, alheios à realidade peculiar do ensino superior privado, e em grande parte do país, subjugados aos SINEPES (Sindicatos de Empresas em Educação).³⁴

Como atores relevantes no sistema de ofertas e requisições da OMC poderíamos destacar entes governamentais como o Ministério da Educação (MEC) e o Conselho Nacional de Educação (CNE), entes não governamentais de representação com interesses diretos e indiretos na educação como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a União Nacional dos Estudantes (UNE), entidades classistas como a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino (CONTEE), o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior (ANDES-SN), e as Instituições de Ensino Superior, entre outros. Esses atores formam uma comunidade de ensino superior no país.³⁵

Dentro da comunidade de ensino, há o Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras (CRUB), a Associação Nacional de Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (ADINFES), a Associação Nacional de Universidades Particulares (ANUP), Sindicatos de empresas particulares de ensino (SINEPEs) e Federação Nacional das escolas particulares (Fenep); a Associação Brasileira de Entidades Mantenedoras de Ensino Superior (ABMES), com mais de trezentas instituições mantidas. Todos possuem um denominador comum, tutelam interesses do capital, muitas agem no interesse de seus mantenedores e já promovem articulações com outros seguimentos, sempre em prol do interesse privado, inclusive nas rodadas da OMC.

No setor público, há entidades que tutelam o interesse público da qualidade do ensino superior, como o ANDES-SN, Sindicato Nacional dos Docentes do Ensino Superior, entidade exclusiva dos professores uni-

33 LIMA, Manolita Correia. A OMCa e o Mercado Educacional: das Razões para o Interesse às Eventuais Consequências. Apresentado no VI COLÓQUIO INTERNACIONAL SOBRE GESTÃO UNIVERSITÁRIA NA AMÉRICA DO SUL, Blumenau, SC, 15 a 17 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.inpeau.ufsc.br/wp/wp-content/BD_documentos/1946.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

34 SANTOS, Patrícia Targino Melo. *Espaço Representacional do Sindicalismo Docente das Universidades*. 2008. 129 f. Tese (Doutorado)—Programa de Pós Graduação em Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://bdt.d.bce.unb.br/tesedissimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1372>. Acesso em: 10 out. 2014. Nesse sentido, ver ainda SIQUEIRA, Tania Cristina Alves de. *O trabalho docente nas instituições de ensino superior privado em Brasília*. 2006. 204 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós Graduação em Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://bdt.d.bce.unb.br/tesedissimplificado/tde_arquivos/52/1549/Publico/Tania%20Cristina%20Alves%20de%20Siqueira.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

35 COSTA, Karla da Silva. *Transnacionalização da educação superior: reflexos do Acordo Geral de Comércio de Serviços na regulação normativa transnacional da educação superior brasileira*. 2009. ?f. Dissertação (Mestrado)—Faculdade de Educação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/FAEC83ZPWW/disserta_o_karla_scosta_fae_ufmg_2009.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 out. 2014.

versitários do setor público.³⁶ Ocorre que no setor privado, somente os interesses privados são representados por diversas organizações políticas e sindicais. Conclui-se que a grande maioria dos atores nesse cenário são representantes de interesses do capital. Não há um equivalente ao ANDES-SN no setor privado. Não há sindicatos de docentes do ensino superior da rede privada. Há organizações genéricas, ecléticas, como a CONTEE – Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino, acessórias a Centrais sindicais com CTB e CUT, onde demandas específicas do ensino superior privado, como seu controle de qualidade, não encontram qualquer ressonância.

Essa constatação é importante para se entender a capacidade política de intervenção desse mercado privado na formulação e na implementação da regulação normativa dos serviços educacionais, e consequentemente, das políticas públicas a ele ligadas, em especial a decisão de não ofertar educação nas rodadas da OMC.

6. CONCLUSÃO

Em negociações internacionais, os especialistas em comércio internacional recomendam que o País não faça oferta de liberalização em setores nos quais a sua capacidade competitiva seja desfavorável porque acreditam que essa estratégia ampliará a margem de êxito no processo de negociação que envolve a totalidade dos serviços controlados pelo Organismo.

Ocorre que a educação no Brasil é mercadoria e encontra-se em estágio avançado de mercantilização, com alta capacidade competitiva, sendo talvez melhor para qualidade do setor, o incremento da concorrência, abrindo o mercado, permitindo um livre intercâmbio, sendo os consumidores os maiores beneficiados com essa abertura, que prejudica apenas parcela de grupos empresariais que buscam consolidar monopólios.

Na condição de presidente de um dos poucos sindicatos específicos da categoria – SINDES (Sindicato dos Docentes do Ensino Superior do Espírito Santo)³⁷, podemos afirmar que a pressão das entidades que representam o capital é muito forte e costuma sufocar as iniciativas de organização política da categoria, que sucumbem diante de cenário cada vez mais mercantilizado e precário.

Os fundos que atuam no ensino superior são organizados como investimentos do capital animados pela rentabilidade e liquidez imediata, buscam desempenho financeiro. Infelizmente encontraram terreno fértil no Brasil, seja por meio da desregulamentação ou da transferência do fundo público, que contribui para o processo de reprodução ampliada do capital, contando com a participação fundamental do Estado. A dinâmica de financeirização, que favorece a concentração e centralização de capitais, torna a educação um dos ramos mais rentáveis no setor de serviços.

É importante compreender que, apesar da importância e relevância do ensino superior da rede privada, não há organização política dos principais agentes do setor, os docentes do ensino superior privado. No Brasil, apesar da dicotomia entre a realidade pública e privada, apenas os docentes do ensino superior público se organizam politicamente, enquanto órgão específico da categoria de docente universitário. Esse grupo representa aproximadamente 17% do ensino superior do país. Ocorre que pertencem a uma realidade distinta ao docente de ensino superior privado.

No plano internacional, os professores da rede pública defendem a autonomia e a não mercantilização, até porque defendem a estatização do ensino. Ocorre que ao fazê-lo, inconscientemente, endossam posição cômoda para grupos empresariais (representados por SINEPEs, ANUPs, ADINFEs dentre tantos outros)

36 ANDES (Sindicato, Associação Nacional dos Docentes do Ensino Superior) <http://www.andes.org.br>.

37 SINDES (Sindicato dos Docentes do Ensino Superior Privado do Estado do Espírito Santo) Disponível em: <<https://www.facebook.com/SindesSindicatoDocentesEspiritoSanto?fref=ts>>.

que se beneficiam do *status quo*, pois, hoje, o caminho encontrado pelo Estado para ampliar o acesso ao ensino superior no país é por meio do setor privado, que em nada se assemelha ao setor público.

Do ponto de vista da qualidade do ensino superior privado, a abertura forçaria uma regulamentação interna, própria ao setor privado, considerando a necessidade de se regulamentar o equilíbrio entre lucro e qualidade. Levantar-se-ia o véu invisível da regulamentação única que esconde a dualidade do ensino superior no país.

No setor público, por outro lado, há sindicatos formados exclusivamente de professores universitários (servidores públicos, com restrições legais para demissão), portanto que compartilham a mesma realidade e lutam pela manutenção da qualidade de seu setor; no setor privado, a realidade é totalmente distinta, não há organização política dos docentes do ensino superior (empregados, contratados e demissíveis a qualquer tempo) e o controle de qualidade do ensino privado fica a mercê exclusivamente do Estado, o mesmo que incentiva e subsidia a expansão do setor.

De modo que a decisão de não ofertar educação nas rodadas da OMC para não mercantilizar a educação superior não possui fundamento fático, uma vez que a realidade do ensino superior no país já é bastante mercantilizada. O objetivo do texto é refletir sobre a abertura da educação superior sob a perspectiva dos docentes do setor, preocupados com a qualidade do ensino, mas que não conseguem ter voz nos processos de tomada de decisões sobre o tema.

A política governamental referente ao Ensino Superior, expansão por meio do setor privado, representa submeter campo estratégico para o futuro da nação, aos interesses patrimonialista, voláteis e subordinados a imperativos de mercado competitivo e especulativo.

Nesse sentido, a abertura poderia representar uma diminuição nos incentivos fiscais e subsídios financeiros estatais concedidos ao setor privado, que hoje rende lucros milionários a grupos empresariais que monopolizam o setor e se lançam no mercado acionário em busca de otimização de lucros. Com certeza, esses valores públicos vultosos poderiam contribuir de outra forma na busca da garantia do acesso a educação superior de qualidade para todos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Nadine Gualberto e Oliveira; VERÁS Roberto de. *O empresariamento da educação superior e as formas de resistência docente*. 2010. Disponível em: <http://www.estudosdotrabalho.org/texto/gt3/o_empresairamento_da_educacao.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2014.

ALMEIDA, Wilson Mesquita. Ensino Superior Privado Atual: tentáculos e novas configurações de um velho ator. In: REUNIÃO ANUAL DA ANPED, 31, Caxambu/MG, out. 2008. *Anais...* Disponível em: <<http://www.anped.org.br/>>. Acesso em: 05 jun. 2014.

BERTOLIN, Julio C. Godoy. *Avaliação de qualidade do sistema de educação superior brasileiro em tempos de mercantilização*. Período 1994-2003. 282f. Tese (Doutorado)—Programa de Pós Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. Higher education from a business perspective: the view of the World Trade Organization. *RBP AE*, Recife, v. 25, p. 83-91, jan./abr.2009.

BOSI, Antonio de Pádua. A precarização do trabalho docente nas instituições de ensino superior do Brasil nesses últimos 25 anos. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 101, set./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 20 out. 2014.

CAMARGO, Luis Fernando de Freitas. *A condição do professor do ensino superior privado: características estruturais da atividade docente e os processos de transformação nas relações de trabalho*. 2012. ?f. Tese (Doutorado)—Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CARVALHO, Clarice. Trabalho Docente nas Instituições Privadas de Ensino Superior: expressão da precarização do trabalho assalariado. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA REDE DE PESQUISADORES SOBRE ASSOCIATIVISMO E SINDICALISMO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO IUPERJ, *Anais...* Rio de Janeiro, abr. 2010.

CASTRO, Alda; CABRAL NETO, Antônio. Educação à distância como estratégia de expansão do ensino superior no Brasil. In: CHAVES, Vera Lúcia Jacob; CABRAL NETO, Antônio; NASCIMENTO, Ilma Vieira. *Políticas para a educação superior no Brasil: velhos temas e novos desafios*. São Paulo: Xamã, 2009.

CATANI, Afrânio M.; GILIOLI, Renato de S. P. O Prouni na encruzilhada: entre a cidadania e a privatização. *Linhas Críticas*, Brasília, v. 11, n. 20, p. 125-140, jan./jun. 2005.

CHAVES, Vera. Expansão da privatização/mercantilização do ensino superior brasileiro: a formação dos oligopólios. *Educação & Sociedade*, v. 31, p. 481-500, 2010.

CHESNAIS, François. O capital portador de juros: acumulação, internacionalização, efeitos econômicos e políticos. In: CHESNAIS, François (Org.). *A finança mundializada*. São Paulo: Boitempo, 2005.

COSTA, Karla da Silva. *Transnacionalização da educação superior: reflexos do Acordo Geral de Comércio de Serviços na regulação normativa transnacional da educação superior brasileira*. 2009. ?f. Dissertação (Mestrado)—Faculdade de Educação, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/FAEC-83ZPWM>>. Acesso em: 10 out. 2014.

DAMME, Dirk Van. *Higher education in the age of globalisation: The need for a new regulatory framework for recognition, quality assurance and accreditation* Introductory Paper for the UNESCO Expert Meeting Paris, 10-11 September 2001. Disponível em: <[HTTP://www.unesco.org/education/studyingabroad/highlights/global_forum/presentations/keynote_eng.do](http://www.unesco.org/education/studyingabroad/highlights/global_forum/presentations/keynote_eng.do)>. Acesso em: 20 out. 2014.

DIAS, Marco Antonio Rodrigues. Educação superior: bem público ou serviço comercial regulamentado pela OMC? In: PANIZZI, Wraha M.(Org.). *Universidade: um lugar fora do poder*. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

DURHAM, Eunice R. *O ensino superior no Brasil: público e privado*. 2012. Trabalho apresentado ao Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior da Universidade de São Paulo – NUPES. 2012. Disponível em: <<http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt9602.pdf>>. Acesso em: em 12 out. 2014.

DURHAM, Eunice R. A responsabilidade social das Instituições de Ensino Superior. *Estudos Revista da Associação Brasileira das Mantenedoras de Ensino Superior*, Brasília, v. 23, n. 34, 2005.

FRANCO, Édson. Excelência ou alta qualificação para o ensino. *Revista da Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior – Estudos*, n. 19, p. 79-92, jul. 2001.

GINDIN, Julián. Sindicalismo dos trabalhadores em Educação: tendências políticas e organizacionais (1978-2011). *Educ. rev.*, Curitiba, n. 48, jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-40602013000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 19 jul. 2014.

LEHER, Roberto. *Da ideologia do desenvolvimento à ideologia da globalização: educação como estratégia do Banco Mundial para alívio da pobreza*. Tese (Doutorado)—Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

- LIMA, Manolita Correia. A OMC e o Mercado Educacional: das razões para o interesse às eventuais consequências. COLÓQUIO INTERNACIONAL SOBRE GESTÃO UNIVERSITÁRIA NA AMÉRICA DO SUL, 6. Blumenau, SC, 15 a 17 de novembro de 2006. Disponível em <http://www.inpeau.ufsc.br/wp/wp-content/BD_documentos/1946.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.
- MANCEBO, Deise. Trabalho docente e produção de conhecimento. *Psicol. Soc.*, Belo Horizonte, v. 25, n. 3, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010222013000300006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 19 jul. 2014.
- MENEZES, Fernanda Montenegro de. A expansão do Ensino Superior no Brasil: a opção pelo privado. In: RANIERI, Nina Beatriz (Coord.). *Direito à Educação*. São Paulo: Edusp, 2009. p. 203-219.
- NAIDOO, Rajani. Las universidades y el mercado: distorsiones en la investigación y la docência. In: BARNETT, Ronald (Ed.). *Para uma transformação de la universidad: nuevas relaciones entre investigación, saber y docência*. Barcelona: Octaedro, 2008.
- NUNES, Edson. Desafio estratégico da política pública: o ensino superior brasileiro. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 41, n. spe. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00341220070007000008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 ago. 2014.
- PEIXOTO, Maria do Carmo de Lacerda. Educação como bem público, internacionalização e as perspectivas para a educação superior brasileira. In: OLIVEIRA, João Ferreira de; CATANI, Afrânio Mendes; SILVA JÚNIOR, João dos Reis da. (Org.). *Educação superior no Brasil: em tempos de internacionalização*. São Paulo: Xamã, 2010.
- RAMOS, M. *A pedagogia das competências*. São Paulo: Cortez, 2001.
- RANIERI, Nina Beatriz (Coord.). *Direito à Educação*. São Paulo: Edusp, 2009.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A tutela do direito À educação nas negociações Internacionais. *ComCiência* (UNICAMP), v. 8, p. 1-2, 2009. Disponível em: <<http://www.gvces.com.br/index.php>>. Acesso em: 10 out. 2014.
- RESES, Erlando da Silva. *Sindicalismo docente da educação básica no Brasil: história, memória coletiva viva e construção de interfaces*. Trabalho apresentado no GT 18 – Reestruturação Produtiva, Trabalho e Dominação Social. Disponível em <http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT18/GT18_daSilvaReses.pdf>.
- ROSSO, Sadi Dal; CRUZ, Hélvia Leite; RESES, Erlando da Silva. Condições de emergência do sindicalismo docente: Conditions for the emergence of teachers' labor unions. *Pro-Posições* [online]. v. 22, n. 2, p. 111-113, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73072011000200009>>. Acesso em: 10 out. 2014.
- SAMPAIO, Helena. *Universidades privadas: características institucionais e acadêmicas*. 2012. Trabalho apresentado ao Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior da Universidade de São Paulo – NUPES. Disponível em <<http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt9804.pdf>>. Acesso em: em 12 out. 2014.
- SANTOS, Patrícia Targino Melo. *Espaço Representacional do Sindicalismo Docente das Universidades*. 2008. 129 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1372>. Acesso em: 10 out. 2014.
- SANTOS, Patrícia Targino Melo. *Espaço Representacional do Sindicalismo Docente das Universidades*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Sociologia. Universidade de Brasília. Brasília. 2008. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tedesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1372>.
- SAUVIAT, Catherine. Os fundos de pensão e os fundos mútuos: principais atores da finança mundializada e do novo poder acionário. In: CHESNAIS, François (Org.). *A finança mundializada*. São Paulo: Boitempo, 2005.

SCHWARTZMAN, Jacques; SCHWARTZMAN, Simon. *O Ensino Superior Privado como Setor Econômico*. [São Paulo]: BNDES, 2002.

SÉCCA, Rodrigo Ximenes; LEAL, Rodrigo Mendes. Análise do setor de ensino superior privado no Brasil. *BNDES Setorial*, Rio de Janeiro, v. 30, p. 103-156, set, 2009. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br>>.

SIQUEIRA, Tania Cristina Alves de. *O trabalho docente nas instituições de ensino superior privado em Brasília*. 2006. 204 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós Graduação em Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://bdt.d.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_arquivos/52/1549/Publico/Tania%20Cristina%20Alves%20de%20Siqueira.pdf>. Acesso em: em 10 out. 2014.

SILVA, Jose Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Gustavo Javier. *O Ensino Superior Privado: o conflito entre lucro, expansão e qualidade*. 259 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Sociologia. Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SILVA, Camila Croso; GONZALEZ, Marina; BRUGIER, Yana Scavone. OMC em foco: a comercialização da educação na América Latina. In: HADDAD, Sérgio (Org.). *Banco Mundial, OMC e FMI: o impacto nas políticas educacionais*. São Paulo: Cortez, 2008. p. 89-90.

SOARES, Luis Havelange et al. *Globalização e desafios contemporâneos para educação: análise do pisa e os rumos da educação no Brasil*. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/rec/article/viewFile/3646/2982>>. Acesso em: 12 out. 2014.

TAVARES, Pedro Henrique de Souza. *Os Fundos de Investimentos e o movimento do capital no ensino superior privado: mercantilização de novo tipo?* 2014. 118f. Dissertação (Mestrado)—Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.educacao.ufrj.br/dpedrohenrique.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

VALE, Andréa Araújo do. *As faculdades privadas não fazem pesquisa porque não querem jogar dinheiro fora: a trajetória da Estácio de Sá da filantropia ao mercado financeiro*. Tese (Doutorado)—Políticas Públicas e Formação Humana, Faculdade de Educação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

VASCONCELLOS, Emanuel Lins F. *A Interpretação Pluralista do Conceito de Educação na Sociedade Aberta dos Intérpretes: A influência da OMC nas Políticas Educacionais*. 2009. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=db116b39f7a3ac53>>. Acesso em: 1 out. 2014.

VERGER, Antoni. The constitution of a new global regime: Higher education in the GATS/WTO framework. In: EPSTEIN, R. B. Debbie et al. *World yearbook of education 2008: Geographies of knowledge, geometries of power: Framing the future of higher education*. London: Routledge, 2008. p. 111-127.

VERGER, Antoni. *The Merchants of Education: Global Politics and the uneven Education Liberalization Process within the WTO*. 2009. Disponível em: <http://www.geps-uab.cat/sites/default/files/publicacions-adjunts/verger_gats-cer libre.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A garantia do direito à educação
de crianças e adolescentes no
contexto das políticas públicas
brasileiras**

**The guarantee of adolescent
and children rights to education
in Brazilian public policies**

André Viana Custódio

Rafael Bueno da Rosa Moreira

A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras*

The guarantee of adolescent and children rights to education in Brazilian public policies

André Viana Custódio**

Rafael Bueno da Rosa Moreira***

RESUMO

A garantia do direito fundamental à educação de crianças e adolescentes é fundamental para enfrentar a exclusão social e efetivar a cidadania, porém, famílias que, por algum motivo, não têm a garantia ao acesso/frequência à escola de suas crianças e adolescentes, desenvolvem maior probabilidade de perpetuação do ciclo intergeracional da pobreza. Então, como o Brasil vem buscando assegurar o direito à educação na infância para enfrentar a situação de exclusão social e garantir a cidadania? Este artigo analisa, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se do método analítico, a exploração de crianças e adolescentes, a proteção jurídica para garantir a educação na infância e as políticas públicas que visam efetivar o direito à educação de crianças e adolescentes. Constata-se que o atual modelo capitalista globalizado contribui para a exploração, dominação e exclusões, afastando crianças e adolescentes da educação e impossibilitando o desenvolvimento do pensamento crítico, o que perpetua o modelo dominante. A efetivação do direito à educação para crianças e adolescentes, mediante políticas públicas articuladas, tem por finalidade enfrentar os obstáculos à sua universalização, salvaguardando a inclusão social e os direitos de cidadania, sendo uma importante ferramenta para quebrar o ciclo intergeracional da pobreza.

Palavras-chave: Infância. Política. Educação.

ABSTRACT

The guarantee of adolescent and children central rights to education is of extreme importance to face social exclusion and citizenship effectiveness. Social Excluded families have a greater probability of the intergenerational cycle of poverty perpetuation, where their children and adolescent do not have the guarantee of access/frequency to school. However, how is Brazil trying to guarantee adolescent and children rights to education to face social exclusion and citizenship effectiveness? This paper main objective is to analyze adolescent and children slavery, law protection to guarantee children education and public policies that make the children and adolescent right

* Recebido em 26/09/2014
Aprovado em 25/02/2015

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). E-mail: andreviana.sc@gmail.com

*** Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera/UNIDERP, Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade da Região da Campanha – URCAMP/Alegrete e Bagé, integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC), do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC), integrante do Projeto de Pesquisas em Direitos Humanos: desafios no efetivo cumprimento dos direitos de 2ª geração no Brasil (URCAMP) e Coordenador do Grupo de Estudos em Direito e Inclusão Social (URCAMP). E-mail: rafaelmoreira2@yahoo.com.br

to education real. The chosen method was the documental and bibliographical analytical research. It was possible to understand that the globalized capitalist model contributes to slavery, domination and exclusions, moving children and adolescent away from education and making the critical thoughts development difficult, perpetuating the dominance model. The most important objective of the education right effective during the childhood, through the articulated public policies, is to face the obstacles to its universalization, ensuring the social inclusion and the citizenship rights, as an important tool to finish with the intergenerational cycle of poverty.

Keywords: Childhood. Policies. Education.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, há uma preocupação mundial para garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes, visando à proteção da situação peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento físico, mental, biológico, moral, intelectual e cultural. Nesse sentido, destaca-se a teoria da proteção integral como forma de proteção jurídica para garantia do desenvolvimento integral de crianças e adolescentes.

A proteção jurídica nacional e internacional indica a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas para enfrentar as formas de exploração de crianças e adolescentes, bem como para garantir direitos, enfrentando a exclusão social e a dominação, ou seja, as políticas públicas voltadas para a infância visam à inclusão social.

Este artigo destaca a proteção jurídica nacional e internacional ao direito à educação do qual são titulares todas as crianças e adolescentes, bem como as políticas públicas nacionais de garantia desse direito como forma de enfrentamento das consequências da globalização, da exclusão social e da exploração de crianças e adolescentes nas mais diversas formas de trabalho ou de violência.

2. DA PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL PARA A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Em decorrência da busca pela proteção de direitos de crianças e adolescentes no âmbito internacional, a partir do final do século XIX e início do século XX, os Estados nacionais reconheceram gradativamente os direitos da criança e do adolescente. No Brasil, mais precisamente após a promulgação da Constituição da República Federativa em 1988 e a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, iniciou-se a construção de um marco teórico normativo que garantisse maior efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Para essa Convenção¹, foi considerada “criança” toda pessoa com menos de dezoito anos de idade, o que abrangeu no Estado brasileiro tanto as crianças quanto os adolescentes. Essa norma estabeleceu princípios e regras inerentes aos direitos da criança e do adolescente, influenciando a inserção desses indivíduos no direito nacional. Pode-se destacar, ainda, que a Convenção mencionada foi antecedida por outros tratados internacionais que abordaram o assunto, ainda que de forma indireta, como a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, a Declaração de Genebra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, dentre outros.

Como a proteção jurídica do direito à educação de crianças e adolescentes está positivada nos âmbitos internacional e nacional, verifica-se a relevância de se realizar a exposição da matéria em ambas as esferas,

1 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

iniciando-se pelo ordenamento internacional, de forma geral, para posteriormente analisar mais especificamente o ordenamento jurídico interno brasileiro.

Uma convenção internacional irá adquirir vigência no ordenamento jurídico brasileiro após a aprovação do Congresso Nacional e a ratificação do Presidente da República, sendo que terá equivalência hierárquica com as emendas constitucionais, pois dispõe sobre direitos humanos, conforme se assegura no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal²:

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

[...]§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

A Convenção sobre Direitos da Criança³ reconheceu os direitos humanos a toda criança, considerando estas com pessoas com até dezoito anos de idade, sem nenhuma distinção de:

Raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiência física, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.⁴

Tendo em vista a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, em caráter universal, tendo em vista que, por “sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”⁵, assegurando, dessa forma, a garantia da proteção integral dos mais diversos direitos, dos quais passa a ser titular toda criança e adolescente, para que se possibilite o desenvolvimento integral, dentre eles do direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, à igualdade, ao não trabalho, ao lazer, à cultura, entre outros.

O artigo 18 da Convenção⁶ prevê que os pais ou, quando for o caso, os representantes legais, têm responsabilidade primordial em relação à educação e ao desenvolvimento da criança, sempre visando ao interesse maior da criança, cabendo ao Estado prestar:

Assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.⁷

Os Estados-partes que ratificarem essa Convenção deverão adotar medidas apropriadas com a finalidade de possibilitar os serviços de assistência social e de creches para as crianças e adolescentes.

Já o artigo 19 prevê a utilização de medidas educacionais, além das legislativas, administrativas e sociais, para proteger a criança contra:

Todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.⁸

2 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

3 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

4 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

5 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

6 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

7 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

8 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em:

O direito à educação de crianças e adolescentes com deficiência também se encontra amparado nessa Convenção, que, com o intuito de garantir a inclusão social, prevê os mais diversos direitos fundamentais⁹:

Art. 23 - 1. Os Estados-Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

[...]

3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no parágrafo 2 do presente artigo, será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará assegurar à criança deficiente o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual.

[...].

O direito à educação deve ser assegurado em condições de igualdade e no sentido de garantir a dignidade humana, devendo os Estados agirem conforme previsto no artigo 28¹⁰:

Artigo 28

- a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;
- b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças [...];
- c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
- d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

Por meio da Convenção, os Estados foram responsabilizados a oportunizar diversas formas de acesso à educação às mais diversas classes e em todos os níveis de ensino, com o intuito de promover a continuidade do desenvolvimento educacional e o seu acesso universal.

No artigo 29¹¹, a Convenção infere que os Estados Membros sejam capazes de orientar a educação no sentido de garantir o desenvolvimento das “aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial”, ensinando o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais, ao meio ambiente, aos seus pais, às mais diversas identidades culturais, diversidades e diferenças. A educação deverá, ainda:

Preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena.¹²

No âmbito internacional, em relação ao direito à educação, também vigora a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Organização das Nações Unidas, que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que dispõe sobre a proteção dos direitos humanos de pessoas com deficiência.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

9 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

10 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

11 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

12 BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

Tal Convenção prevê tratamento especial às crianças com deficiência:¹³

1. Os Estados-partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.
2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.
3. Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito.

Já o artigo 24¹⁴ tratou do direito à educação em todos os níveis da pessoa com deficiência, e dentre eles está o direito à educação de crianças e adolescentes:

1. Os Estados-Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados-Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:
 - a) o pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e autoestima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;
 - b) o máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;
 - c) a participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.
2. Para a realização desse direito, os Estados-Partes assegurarão que:
 - a) as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
 - b) as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
 - c) adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
 - d) as pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
 - e) medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena. [...]

Com esse arcabouço básico legislativo, garante-se que as pessoas com deficiência não sejam excluídas da rede escolar por motivo de sua deficiência, assegurando-se a existência de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, e preocupando-se também com a condição peculiar de cada pessoa e suas limitações, necessidades e possibilidades.

Como o trabalho infantil ainda representa um fato lastimável na realidade de muitas famílias brasileiras, duas Convenções da Organização Internacional do Trabalho se tornam relevantes para ajudar a garantir o direito à educação. A Convenção 138, de 1973, que trata sobre a idade mínima para admissão ao emprego,

13 BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

14 BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

ratificada pelo Brasil em 2002, e a Convenção 182, de 1999, que trata sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação, ratificada pelo Brasil no ano 2000, possuem, como principal finalidade, o enfrentamento ao trabalho infantil, assegurando uma proteção jurídica internacional dos direitos da criança e do adolescente contra o trabalho infantil e suas consequências. O trabalho infantil é uma atividade que gera diversas sequelas ao desenvolvimento de crianças e adolescentes, dentre elas prejuízos à educação. O enfrentamento ao trabalho infantil é de suma importância para que o Estado brasileiro consiga garantir o direito universal à educação durante a infância.

As convenções internacionais possuem como uma de suas principais características gerar reflexos positivos imediatos no ordenamento jurídico interno de cada país, induzindo ao estabelecimento de políticas públicas.¹⁵ No tocante ao direito da criança e do adolescente, destaca-se que o ordenamento jurídico no Brasil e as políticas públicas foram bastante influenciados por elas.

3. DA PROTEÇÃO JURÍDICA NACIONAL PARA A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, prevê no seu título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, do capítulo II “Dos direitos sociais”, no artigo 6º, o direito social à educação e a proteção à infância. O legislador constituinte brasileiro se preocupou em garantir a proteção a esses direitos no ordenamento jurídico nacional devido à sua importância para o desenvolvimento social da população brasileira e em razão das reivindicações dos movimentos sociais em defesa do direito à educação, sendo garantindo como um direito e garantia fundamental do cidadão brasileiro.

O artigo 227 previu o princípio da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente, sendo o principal artigo visando à garantia do reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que, mediante o princípio da tríplice responsabilidade compartilhada, estabeleceu compromissos para família, sociedade e Estado quanto à efetivação de seus princípios e regras, conforme dispõe¹⁶:

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A educação, além de alcançar o *status* de direito fundamental, recebeu o atributo da prioridade absoluta na sua efetivação em razão de sua inclusão no rol de direitos previstos no artigo 227.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a partir da sua instituição no ano de 1990, disciplinou a proteção integral da criança e do adolescente, assim como a prioridade absoluta na garantia de seus direitos. O artigo 1º desse dispositivo assevera¹⁷: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Já o artigo 4º complementou o artigo 1º, positivando o que seria proteção integral, disciplinando que devem-se garantir a toda criança e adolescente os direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre eles, o direito à educação¹⁸:

Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao es-

15 REIS, Suzéte da Silva. Educação em direitos humanos: perspectiva de promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes. In: PES, João Hélio Ferreira (Coord.). *Direitos humanos: crianças e adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 141-166. p. 152.

16 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

17 BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

18 BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

porte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinou também as estratégias necessárias para a efetivação de tais direitos, mediante a implementação de políticas públicas de atendimento, proteção, promoção de direitos e justiça com vistas a garantir a concretização da proteção jurídica e o efetivo desenvolvimento integral de crianças e adolescentes.

Assim, foi adotada, como princípio fundamental, a teoria da proteção integral, instrumento protetivo e concretizador de direitos, reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, que, em decorrência da sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, merecem proteção especial. Dessa maneira, a teoria da proteção integral, por meio de seus instrumentos normativos e políticos, promove estratégias de enfrentamento das vulnerabilidades que atingem crianças e de adolescentes.¹⁹

Para o reconhecimento efetivo das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direito, é necessário o acesso material aos direitos. A proteção universal do direito à educação visa alcançar todas as crianças e adolescentes e garantir o enfrentamento de fragilidades e vulnerabilidades produzidas por um padrão econômico capitalista globalizado, que exclui socialmente devido à situação de pobreza e às múltiplas discriminações. Assim, o sujeito não é mais influenciado pelo grupo que convive e sim por um “mundo imaginário”, oriundo da cultura de massa. Daí vem à importância das políticas públicas para a garantia de direitos na infância, que possibilitarão o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos²⁰.

A Constituição Federal previu no artigo 205²¹ o direito universal à educação:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.²²

O direito à educação deve ser assegurado sem qualquer forma de discriminação ou distinção.

O artigo 206²³ dispõe sobre os princípios-base para à educação:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - garantia de padrão de qualidade.
- VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

19 CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Joseane Rose Petry. *Trabalho infantil doméstico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

20 TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma*: para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 118-121; 126-138.

21 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014..

22 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

23 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

O artigo 214²⁴ prevê a instituição do Plano Nacional da Educação, de periodicidade decenal, contendo medidas para a articulação do ensino entre os mais diversos entes federados, mediante diretrizes, metas e objetivos, em um regime de colaboração no sistema educacional, por meio de uma padronização nacional do ensino, visando à: “erradicação do analfabetismo”; “universalização do atendimento escolar”; “melhoria da qualidade do ensino”; “formação para o trabalho”; “promoção humanística, científica e tecnológica do País”; “estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto”. O atual Plano Nacional de Educação foi aprovado pela Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014.

O Estado possui o dever com a educação, sendo efetivado, como consta no artigo 208²⁵ da Constituição Federal, mediante a garantia de:

- I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
- VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Portanto, há uma proteção jurídica da educação em diversos dispositivos constitucionais, o que visa garantir o acesso universal à educação no território brasileiro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 53²⁶, também garantiu o direito à educação da criança e do adolescente, direito que deverá visar ao “pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho”. Para tal, devem ser respeitados, entre outros aspectos, “a igualdade de condições para o acesso e permanência a escola”, bem como o “acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência”, sendo garantido todos os requisitos constantes no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que são aqueles previstos no artigo 208 da Constituição Federal.

Em relação às crianças e adolescentes com deficiência, o Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011, dispõe sobre a educação especial, estabelecendo como dever do Estado disponibilizar meios à sua educação. Essa nova regulamentação tem como objetivo garantir o atendimento educacional especializado, possibilitando a dupla matrícula, ou seja, o aluno poderá, no contraturno da escola comum, receber atendimento especializado, e ambas as instituições atuando em conjunto em prol de sua inclusão e evolução.²⁷

24 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014..

25 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014..

26 BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm> Acesso em: 25 jun. 2014.

27 BRASIL. *Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011*. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7611.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

O artigo 1º prevê as diretrizes para a garantia da educação especial.²⁸

Art. 1º - O dever do Estado com a educação das pessoas público-alvo da educação especial será efetivado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - garantia de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades;

II - aprendizado ao longo de toda a vida;

III - não exclusão do sistema educacional geral sob alegação de deficiência;

IV - garantia de ensino fundamental gratuito e compulsório, asseguradas adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais;

V - oferta de apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

VI - adoção de medidas de apoio individualizadas e efetivas, em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena;

VII - oferta de educação especial preferencialmente na rede regular de ensino; e

VIII - apoio técnico e financeiro pelo Poder Público às instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial.

O principal recurso para se garantir o direito à educação de crianças e adolescentes pobres ou com deficiência é o enfrentamento à dominação discriminatória de um capitalismo desenfreado global, que exclui por fatores preconceituosos todos aqueles que não estão de acordo com as padronizações do mercado de consumo. Por outro lado, a educação também é o meio de se possibilitar a inserção social. Indispensável, portanto, para o enfrentamento dessas formas de dominação e diminuição da exploração, é assegurar o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos (civis, sociais, laborais na idade adequada, de cidadania, culturais, de sexualidade, de escolha, entre outros).²⁹

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), que contou com a participação da sociedade civil juntamente com entidades governamentais para a sua consolidação, e que está em conformidade com o Plano Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH), estruturou os compromissos do Estado brasileiro para concretizar direitos humanos, efetivar a democracia, a justiça social e a cultura de paz, por meio de uma educação de qualidade para todos. A educação no Brasil é entendida como um direito humano fundamental, que deverá ser indivisível, universal e interdependente, e que deve contar com uma diversidade de políticas públicas para a sua efetivação, visando à promoção da equidade e da igualdade de oportunidades, à consolidação de uma cultura cidadã e democrática e ao respeito às diversidades. A educação surge, também, como um requisito para o exercício da cidadania democrática, requisito que possibilita enfrentar a exclusão social e as consideráveis desigualdades sociais históricas no Brasil. A educação em direitos humanos tem por objetivo a formação do sujeito de direitos em um processo multidimensional, articulado e sistemático, contribuindo para:

a) criar uma cultura universal dos direitos humanos; b) exercitar o respeito, a tolerância, a promoção e a valorização das diversidades [...] e a solidariedade entre povos e nações; c) assegurar a todas as pessoas o acesso à participação efetiva em uma sociedade livre.³⁰

Para cumprir os objetivos gerais do plano, estabeleceram-se como linhas gerais de ação algumas atividades a serem desenvolvidas estrategicamente, que são: o “desenvolvimento normativo e institucional”, no

28 BRASIL. *Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011*. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7611.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

29 TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma*: para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 123-124.

30 BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*: 2007. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 11-25.

qual o Estado incentivará o desenvolvimento e o aperfeiçoamento das normas relacionadas à educação em direitos humanos, bem como a capacitação de instituições governamentais, de ensino e de pesquisa para o desenvolvimento de atividades relacionadas à educação em direitos humanos; a “produção de informação e conhecimento”, para disseminar informações relacionadas à educação em direitos humanos à população, possibilitando tornar público os mecanismos de proteção de direitos humanos previstos nas normas nacionais e internacionais, assim como estimular o desenvolvimento de pesquisas, estudos e divulgação de resultados sobre o tema; a “realização de parcerias e intercâmbios internacionais”, por meio das quais se fomentarão debates e eventos, promovendo, apoiando e fortalecendo a cooperação internacional e regional; a “produção e divulgação de materiais”, para incentivar a produção, a publicação e a disponibilização de materiais sobre educação em direitos humanos; a “formação e capacitação de profissionais”, possibilitando o aprendizado inicial e continuado dos profissionais, em especial os que atuam no sistema educacional e em atividades sociais, oportunizando ações de ensino, pesquisa e extensão em educação em direitos humanos, bem como incentivando a transdisciplinaridade e interdisciplinaridade da matéria; a “gestão de programas e projetos”, para a criação de projetos e programas relacionados ao tema nos três poderes de todos os entes federados, bem como a previsão orçamentária em cada esfera, a fim de possibilitar a captação de recursos junto à iniciativa privada; e a “avaliação e monitoramento”, instrumentos que norteiam a assertividade e as correções necessárias às ações implementadas nas políticas públicas relacionadas à educação em direitos humanos, bem como as respectivas previsões orçamentárias.³¹

As ações são desenvolvidas na educação básica (infantil, fundamental e média), na educação superior, na educação não formal, na educação dos profissionais dos sistemas de justiça e de segurança e na mídia. Dentre as ações programáticas são incrementadas em todos os níveis educacionais as ações para universalizar e democratizar o acesso à educação, com a participação da sociedade, possibilitando uma ação pedagógica conscientizadora e libertadora, que fortaleça a cultura de direitos humanos nos espaços sociais. Para tal finalidade, é imprescindível inserir a educação em direitos humanos (e todas as matérias relacionadas ao tema) nos currículos escolares, incentivando, estimulando, respeitando e capacitando o desenvolvimento do tema, assim como construir e articular projetos para desenvolver palestras, cursos e eventos educacionais, culturais, esportivos, de lazer e de saúde sobre educação em direitos humanos, com a participação dos alunos, dos profissionais que trabalham nos respectivos sistemas e da sociedade civil brasileira. A capacitação dos profissionais do sistema educacional também é de suma importância para o desenvolvimento do tema. A educação em direitos humanos deve também ser incentivada pelas agências de fomento à pesquisa, ao ensino e à extensão relacionada à educação em direitos humanos, incentivando-se a produção científica relacionada à temática e incentivando-se a aquisição de livros pelas bibliotecas. A participação do sistema de justiça, do sistema de segurança, do sistema educativo e da mídia no processo de desenvolvimento da educação em direitos humanos é fundamental para a concretização da cultura de direitos humanos no Brasil³².

Já o Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei nº 13.005/14, instituiu como diretrizes³³:

Art. 2º - São diretrizes do PNE:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação;

IV - melhoria da qualidade da educação;

V - formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade;

31 BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*: 2007. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 26-30.

32 BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*: 2007. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. p. 31-56.

33 BRASIL. *Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 05 fev. 2015.

- VI - promoção do princípio da gestão democrática da educação pública;
- VII - promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País;
- VIII - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto - PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade;
- IX - valorização dos (as) profissionais da educação;
- X - promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental.

Para o cumprimento das diretrizes previstas no Plano foram instituídas vinte metas, com suas respectivas estratégias, para a execução e fiscalização pelos órgãos que atuam na política pública de atendimento educacional, visando, principalmente, universalizar, democratizar e qualificar a educação nacional.

O reconhecimento à diversidade em um determinado Estado é no sentido de assegurar os mais diversos direitos a seus sujeitos, dentre eles, garantir o direito à educação de crianças e adolescentes de diferentes culturas, religiões, ideologias, idiomas e classes sociais. A observância e o respeito ao pluralismo visam garantir direitos humanos a todo sujeito, para que ele possa exercer “sua cultura, sua língua, sua religião, suas relações de parentesco, seus hábitos alimentares, [...]”, bem como sua condição sexual.³⁴

A seguir, apresentam-se as principais legislações que visam garantir proteção jurídica à educação no território nacional, em consonância com a legislação internacional, para a efetivação de um direito fundamental à educação de crianças e de adolescentes, com ou sem deficiência, como requisito necessário para o desenvolvimento integral do ser humano.

4. INCLUSÃO SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS DE GARANTIA AO DIREITO À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: EM BUSCA DA CIDADANIA

A concretização do direito universal à educação de crianças e adolescentes, por meio de um ensino de qualidade, é uma forma de enfrentamento da exclusão social e conseqüentemente um caminho para a erradicação da pobreza, garantindo-se a cidadania.

A Educação é um dos mais complexos desafios da sociedade contemporânea. Está ligada à conquista da cidadania, à consolidação das democracias, à participação social, à inserção no mundo do trabalho, à capacidade de inovar e produzir novos conhecimentos, à convivência pacífica e à tolerância, à qualidade de vida, entre tantos outros aspectos. A Educação é indissociável da própria sustentabilidade do desenvolvimento e do uso dos recursos do planeta.³⁵

O Brasil vem realizando um acompanhamento constante, por meio dos seus órgãos oficiais e entidades não governamentais, dos indicadores relacionados à educação. A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público “Todos Pela Educação” é uma entidade que possui metas para a melhoria do ensino, realizando um constante acompanhamento e compilação dos dados nacionais no âmbito da União, dos estados e dos municípios divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

As políticas públicas influenciam “na economia e nas sociedades, daí por que qualquer teoria da política pública precisa também explicar as inter-relações entre Estado, política, economia e sociedade”. Portanto, elas buscam, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente).”³⁶

34 TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma*: para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 168-194.

35 PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica*. São Paulo: Moderna, 2014. p. 8.

36 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, v. 8, n.16, p. 20-44, jul./dez. 2006.

Para ditar os rumos políticos de um país, é relevante o estudo das suas políticas públicas, tanto do ponto de vista prático quanto acadêmico. Do ponto de vista prático, “uma melhor compreensão do tema permite uma ação mais qualificada e mais potente, com maior impacto nas decisões atinentes às políticas”. Já do ponto de vista acadêmico, o “interesse pelos resultados das ações governamentais suscitou a necessidade de uma compreensão teórica dos fatores intervenientes e da dinâmica própria das políticas.”³⁷

Os gestores das políticas públicas devem primar para que não haja descontinuidade administrativa, o que ocorre frequentemente, gerando abandono das diretrizes vigentes e a criação de outras, muitas vezes distintas e contraditórias, o que provoca “desperdício de energia política e de recursos financeiros.”³⁸

Portanto, as políticas públicas devem ser analisadas de forma geral, pois estão em constante movimento. Elas são compostas de fases, compondo um ciclo político, que são: “Fase 1: Percepção e definição do problema”; “Fase 2: Inserção na agenda política”; “Fase 3: Formulação”; “Fase 4: Implementação”; “Fase 5: Avaliação”.³⁹ Por essa razão, há a importância da fase avaliação para corrigir os rumos de uma determinada política. Fernández⁴⁰ destaca a “*La evaluación*”, que seria as avaliações de diversas áreas, por meio de seus métodos próprios, das políticas públicas, mensurando, por exemplo, o impacto dos programas, sua eficácia e eficiência, dentre outros fatores. Com base na fase de avaliação, o gestor público terá dados técnicos para ditar a permanência, a alteração ou a extinção de uma política pública.

Após a avaliação de uma política, deve-se tratar da “*Terminación y sucesión de políticas*”, destacando-se que “*tras la evaluación, se debe optar por la continuidad, la redefinición o el cese de una política o programa público*”, porém, na prática, mesmo que um programa tenha avaliação negativa ou já tenha alcançado o objetivo, é muito difícil conseguir cancelar um programa, sendo mais habitual a troca de uma política por outra.⁴¹ Assim, verifica-se que as políticas públicas educacionais brasileiras devem passar por constantes avaliações para se corrigir os rumos do ensino nacional e para que este seja otimizado.

Os indicadores brasileiros sobre a educação demonstram que o índice de acesso à educação de crianças e adolescentes, da faixa etária de 4 a 17 anos, vem em uma constante crescente desde o ano de 1995, confirmando que, após a redemocratização do País, a cada ano que passa, há aumento no número de alunos matriculados, universalizando-se o acesso à educação. Em relação ao total de crianças e adolescentes nessa faixa etária no país, 78,6% tiveram acesso à educação em 1995. Já no ano de 2001 o índice subiu para 86,9%, enquanto em 2007 atingiu 90,4%. No ano de 2011, o índice atingiu 92%, o seu pico. Entretanto, o número de crianças e adolescentes sem acesso à educação ainda é preocupante, pois conclui-se que em 2010 quase quatro milhões (3.855.963) de crianças e adolescentes não tiveram acesso à educação.⁴²

p. 25-26.

37 SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. t. 8. p. 2307-2333. p. 2.308.

38 SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. T. 8. p. 2307-2333. p. 2.322.

39 SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. T. 8. p. 2307-2333. p. 2.316-2.320.

40 FERNÁNDEZ, Antoní. Las políticas públicas. In: BADIA, Miquel C. (Org.). *Manual de ciencia política*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2006. p. 495-517. p. 505-516.

41 FERNÁNDEZ, Antoní. Las políticas públicas. In: BADIA, Miquel C. (Org.). *Manual de ciencia política*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2006. p. 495-517. p. 516-517.

42 TODOS PELA EDUCAÇÃO. 5 Metas: Meta 1: atendimento. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=9#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

Tabela 1- Percentual de acesso à educação no Brasil

Ano	População Nacional		Percentual de Acesso à Educação
	Entre 4 e 17 Anos	População Total	Entre 4 a 17 Anos
1995	-	-	78,6%
1996	-	-	79,7%
1997	-	-	81,9%
1998	-	-	83,6%
1999	-	-	85%
2000	47.948.404	169.799.170	-
2001	-	-	86,9%
2002	-	-	87,5%
2003	-	-	88,1%
2004	-	-	88,4%
2005	-	-	88,8%
2006	-	-	89,9%
2007	-	183.987.291	90,4%
2008	-	-	91,4%
2009	-	-	91,9%
2010	45.364.276	190.755.799	91,5%
2011	-	-	92%

Fonte: IBGE/PNAD/Todos pela Educação.

No que tange aos indicadores sobre o acesso à educação em classes comuns de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, está aumentando o percentual de alunos matriculados para educação especial, que foi 46,8% em 2007 e passou para 75,7% em 2012; em cinco anos, houve um aumento de 30%.⁴³

Tabela 2 - Educação Especial (porcentagem de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação matriculados em classes comuns)

Ano	Percentual
2007	46,8%
2008	54%
2009	60,5%
2010	68,9%
2011	74,2%
2012	75,7%

Fonte: IBGE/PNAD/Todos pela educação.

No entanto, a garantia do direito à educação especial pública enfrenta diversas barreiras. No Estado do Rio Grande do Sul, dos 14.761 alunos matriculados nessa modalidade de ensino, 10.888 alunos efetuaram matrículas em escolas particulares, o que significa um percentual de 73,76%. Isso evidencia o despreparo estrutural, pedagógico e profissional para garantir a política pública de educação especial para crianças e adolescentes, que se encontra garantida em lei e deverá ser cumprida com prioridade absoluta.⁴⁴

43 TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica*. São Paulo: Moderna, 2014. p. 42.

44 RIO GRANDE DO SUL. *Censo Escolar da Educação Básica: 2013*. Porto Alegre: Secretaria da Educação, 2014. p. 02.

Tabela 3 - Matrícula Inicial – Educação Especial – Rio Grande do Sul

Rede de Ensino	Quantidade de alunos	Percentual
Estadual	2.024	13,71%
Municipal	1.849	12,53%
Particular	10.888	73,76%
Total	14.761	100%

Fonte: Censo Escolar da Educação 2013/RS.

A garantia de acesso à educação de crianças e adolescentes não se limita à quantidade de vagas disponibilizadas. O efetivo desenvolvimento educacional requer educação de qualidade, contemplando a elaboração de conhecimento crítico e não aquele reprodutor da ideologia dominante.

O capitalismo global desenfreado gera a dominação das classes detentoras do capital sobre os mais pobres, visto que “As ideias dominantes de uma época são sempre as ideias da classe dominante”, e isso é “um fato [é] comum a todas as épocas, isto é, a exploração de uma parte da sociedade por outra”.⁴⁵

O modelo dominante reproduz a forma de agir e de pensar, visando suas necessidades e garantindo as condições de produção, uma prática constantemente renovada no ambiente em que vivemos, pois, “para existir, toda a formação social deve, ao mesmo tempo, produzir, e para poder produzir, reproduzir as condições da sua produção”. Neste ínterim, não haveria produção possível sem que fosse “assegurada à reprodução das condições materiais da produção: a reprodução dos meios de produção”, reproduzindo-se constantemente os meios e as condições para garantir a produção, o que ocasiona uma reprodução das condições materiais de produção para satisfazer o modelo capitalista.⁴⁶

A reprodução da força de trabalho se faz mediante a necessidade de o indivíduo trabalhar para obter um salário que possibilite a sobrevivência de sua família. A reprodução da força de trabalho é bem mais complexa do que parece, iniciando-se no sistema escolar, com a formação básica para uma estrutura capitalista, que faz com que o indivíduo em formação aprenda que deve estudar para, posteriormente, trabalhar e ser disciplinado, possibilitando a sua sobrevivência e a da sua família, conforme a lógica capitalista de submissão.⁴⁷

[...] a reprodução da força de trabalho exige não só uma reprodução da qualificação desta, mas, ao mesmo tempo, uma reprodução da submissão desta às regras da ordem estabelecida, isto é, uma reprodução da submissão desta à ideologia dominante para os operários e uma reprodução da capacidade para manejar bem a ideologia dominante para os agentes da exploração e da repressão, a fim de que possa assegurar também, «pela palavra», a dominação da classe dominante.⁴⁸

A reprodução da força de trabalho busca, por intermédio das instituições sociais, “a reprodução da «qualificação» desta força de trabalho, mas também a reprodução da sua sujeição à ideologia dominante ou da «prática» desta ideologia”. A educação poderá servir para a garantia do interesse capitalista dominante, reproduzindo um conhecimento que não é crítico e que prima pela reprodução da ideologia dominante.⁴⁹

Portanto, é importante aumentar o acesso e a frequência ao ensino escolar, porém isto não basta, sendo de grande relevância qualificar e aperfeiçoar constantemente o ensino, para que as pessoas não se sujeitem, desde a infância, ao modelo dominante, excluindo-se o viés crítico.

O índice de jovens, com idade de 16 anos, que concluíram o ensino fundamental vem aumentando ano após ano, passando de 29,2% em 1995 para 63,4% em 2009, uma considerável melhora. E o índice de jovens, com idade de 19 anos, que concluíram o ensino médio, também vem aumentando no decorrer das últimas décadas; em 1995, o percentual era de 17,2%, passando para 35,5% em 2002 e para 50,2% em 2009.

45 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003. p. 26-29; 44-46.

46 ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Lisboa: Presença, 1969. p. 9-15.

47 ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Presença, 1969. p. 17-21.

48 ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Presença, 1969. p. 21-22.

49 ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Presença, 1969. p. 22-23.

Os índices oficiais demonstram considerável aumento de concluintes do ensino médio e fundamental, entretanto, há muito que melhorar para garantir a efetivação universal de uma educação pública que prepare para a fase pós-infância⁵⁰.

Apesar do avanço, os indicadores ainda estão muito distantes de qualquer perspectiva que garanta a efetiva universalização da educação básica no Brasil, como se pode notar pelos dados trazidos na tabela a seguir.

Tabela 04 - Taxa de Analfabetismo/ Taxa de Conclusão do Ensino Médio e Fundamental no Brasil

Ano	Conclusão Ensino Médio (EM)		Taxa de Analfabetismo	
	Ensino Fundamental (EF)		Entre 10 e 14 Anos	15 Anos ou Mais
	16 Anos (EF)	19 Anos (EM)		
1995	29,2%	17,2%	9,9%	15,5%
1996	31,5%	18,4%	8,3%	14,6%
1997	33,8%	20,5%	8,7%	14,7%
1998	37,8%	23,1%	6,9%	13,8%
1999	40,8%	25,4%	5,5%	13,3%
2001	46,7%	32,1%	4,2%	12,3%
2002	49,8%	34,5%	3,8%	11,8%
2003	54,1%	36,3%	3,5%	11,5%
2004	55,5%	38,1%	3,8%	11,4%
2005	56,6%	39,8%	3,4%	11,1%
2006	58,8%	44,1%	3,0%	10,4%
2007	60,5%	44,9%	3,1%	10,0%
2008	61,5%	47,1%	2,8%	10,0%
2009	63,4%	50,2%	2,5%	9,7%
2010	-	-	3,9%	9,6%
2011	-	-	1,9%	8,6%

Fonte: IBGE/INEP/ DTDIE/Todos pela educação.

As taxas de analfabetismo, mesmo que estejam diminuindo, ainda são consideradas preocupantes. Na faixa etária entre 10 e 14 anos, o índice passou de 9,9% em 1995, para 3,8% em 2004, e para 1,9% em 2011. No entanto, desde o ano de 2002 não está havendo uma diminuição considerável de índices. Em relação às pessoas com 15 anos ou mais, o índice de analfabetismo em 1995 estava em 15,5%, passando para 10,4% em 2006 e para 8,6% em 2011, havendo uma constante diminuição.⁵¹

A taxa de aprovação nas séries iniciais do ensino fundamental aumentou do ano de 1996, que era de 81,1%, para 91,7% em 2012, o que permite maior continuidade do ensino. Já as taxas de aprovação nas séries finais do ensino fundamental e no ensino médio não seguem um caminho harmônico, tendo aumento e diminuição no decorrer dos anos.⁵²

Em relação à taxa de abandono da escola, houve importante diminuição do índice nas séries iniciais do ensino fundamental, passando de 9,9% no ano de 1996, para 4,8% em 2005 e para 1,4% em 2012; e nas séries finais do ensino fundamental, que passou de 11,7% em 1996, para 9,5% em 2003 e para 4,1% em 2012.⁵³

50 TODOS PELA EDUCAÇÃO. *5 Metas – Meta 4: Conclusão*. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=22#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

51 TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Taxa de analfabetismo*. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=48#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

52 TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Taxa de aprovação*. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=85#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

53 TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Taxa de abandono*. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=86#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

Tabela 5 - Taxa de Abandono/ Aprovação Escolar

Ano	Taxa de Abandono			Taxa de Aprovação		
	E.F. Séries Iniciais	E.F. Séries Finais	E.M.	E.F. Séries Iniciais	E.F. Séries Finais	E.M.
1996	9,9%	11,7%	09,8%	81,1%	81,2%	86,0%
1997	8,8%	10,0%	09,1%	84,3%	84,7%	87,4%
1998	8,4%	12,5%	08,8%	85,3%	82,7%	87,9%
1999	7,7%	12,4%	08,5%	84,4%	81,6%	87,3%
2000	9,0%	11,5%	10,3%	82,7%	81,6%	85,3%
2001	6,6%	10,0%	10,3%	84,5%	82,5%	84,8%
2002	5,7%	09,7%	10,8%	85,2%	82,3%	83,7%
2003	5,4%	09,5%	09,4%	85,0%	81,5%	84,3%
2004	5,5%	10,4%	10,5%	83,8%	79,0%	82,2%
2005	4,8%	09,4%	10,3%	81,6%	77,0%	73,2%
2006	5,7%	09,6%	15,3%	81,6%	77,0%	73,2%
2007	3,2%	06,7%	13,2%	85,8%	79,8%	74,1%
2008	2,9%	06,2%	12,8%	87,0%	79,9%	74,9%
2009	2,3%	05,3%	11,5%	88,5%	81,3%	75,9%
2010	1,8%	04,7%	10,3%	89,9%	82,7%	77,2%
2011	1,6%	04,2%	09,5%	91,2%	83,4%	77,4%
2012	1,4%	04,1%	09,1%	91,7%	84,1%	78,7%

Fonte: IBGE/INEP/DTDIE/Todos pela Educação.

É preciso ressaltar que as políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil, que buscam garantir a saúde, a educação, o não trabalho e a assistência social, tiveram impacto significativo na diminuição do abandono do ensino fundamental por parte de crianças e adolescentes, visto que é por meio de políticas de atendimento, proteção, promoção de direitos e justiça nessas áreas que se garante, primordialmente, a continuidade do ensino, além de enfrentar tal forma de exploração.

Já a taxa de abandono do ensino médio não teve diminuição no decorrer dos últimos anos, estando em 9,8% em 1996, passando por 15,6% em 2006 e ficando em 9,1% em 2012.⁵⁴

Os efeitos da globalização é um dos motivos relevantes que causa impacto no abandono do aluno que cursa o ensino médio. Em boa parte das vezes, os adolescentes, que já se encontram em idade laboral mediante o cumprimento de requisitos legais, acabam optando pelo trabalho em prejuízo da educação, para suprirem as necessidades básicas de sobrevivência que atingem as famílias brasileiras. Outra causa para o abandono escolar é a dificuldade de se conciliar o trabalho com o estudo, uma situação complicada na fase adulta, e muito mais difícil na adolescência. O problema é que o abandono prematuro das atividades educacionais trará consequências logo adiante, gerando e perpetuando a exclusão social.

As crianças e os adolescentes são visados no atual mercado de consumo, pois, conforme expõe Barber⁵⁵, “nunca há compradores suficientes”. As empresas estão buscando adequar as suas publicidades ao mercado infantil e adolescente, de modo que crianças e jovens influenciem a compra dos mais diversos produtos e serviços do mercado capitalista global, não sendo respeitada a situação de seu estágio de desenvolvimento.

educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=81#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

54 TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Taxa de abandono*. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=81#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

55 BARBER, Benjamin R. *Consumido: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 15-17.

Segundo Bauman⁵⁶, “quando a gente acha que conquistou um determinado bem, na verdade a gente está sendo consumido pelo mercado”, pois, “Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria”.

Na sociedade contemporânea, o sujeito é deformado pelos meios de comunicação, que exercem as mais diversas influências, garantindo o poder e a dominação. Tais meios midiáticos manipulam as formas de convívio em sociedade, fazendo prevalecer os interesses do capital. Eles servem como agentes garantidores da ideologia dominante, reprimindo a presença do sujeito. O modelo consumista da atual sociedade deforma o sujeito, porque faz com que deixe de crer nos seus ideais para seguir o modelo criado pela sociedade capitalista.⁵⁷

A globalização traz diversos efeitos à sociedade, gerando padronizações individuais que contribuem para o consumismo. Apesar da evolução da ciência e das tecnologias, o ser humano está se tornando cada vez mais escravo de uma vida sem qualidade e com muita velocidade, na qual o desenvolvimento daquelas não contribui para o bem-estar social, para a garantia do direito à saúde, para a garantia do direito à educação ou para o enfrentamento da miserabilidade. Tal modelo gera dominação e, um de seus atributos é a multiplicação do consumo, garantindo apenas os interesses dos detentores do poder econômico, que necessitam defender esse modelo capitalista como ideal, incentivando o consumismo e a movimentação financeira, atingindo inclusive as pessoas pobres, classe que é a mais explorada e que dificilmente, sem o acesso às políticas sociais públicas, irá alcançar as condições básicas de sobrevivência.⁵⁸

A globalização também gera extrema competitividade desde a infância, na qual não há espaço para a compaixão. A principal intenção do capitalismo é fazer crer que se tem, “a todo custo, que vencer o outro, esmagando-o, para tomar seu lugar”.⁵⁹ A concorrência e a disputa são constantes desde a infância, e pais e filhos precisam lutar para garantir um direito que deveria ser universal, a educação.

A globalização produz desigualdade e exclusão social para a parte da população que não consegue se adequar às suas exigências. Todas essas tendências consumistas geram escassez, pois a população da sociedade capitalista em um mundo globalizado jamais está satisfeita com o que possui.⁶⁰

A globalização impacta negativamente a garantia dos direitos humanos. O mundo globalizado influencia as mais diversas culturas, padronizando condutas em todos os rincões e garantindo, conseqüentemente, os interesses econômicos de grandes corporações. Portanto, a globalização garante os interesses econômicos mundiais e traz obstáculos para a efetivação universal dos direitos humanos. No atual contexto, a globalização possibilita a garantia dos interesses do modelo capitalista de produção, assegurando benefícios econômicos aos detentores do capital. Entretanto, a globalização em que se vive não possibilita assegurar direitos humanos à universalidade de cidadãos, aliás, ela dificulta a inclusão social de pessoas em situação de exclusão social.⁶¹

O enfrentamento aos impactos da globalização, por meio de políticas públicas desenvolvidas com a participação efetiva da comunidade, é de grande relevância para o combate a exclusão social e a efetivação da cidadania. A participação comunitária nos assuntos relacionados à própria realidade social, econômica e política é uma necessidade nas atuais gestões públicas. A solidariedade e o exercício da cidadania no espaço público local são de extrema importância para a articulação em rede de políticas públicas de proteção à infância em busca da inclusão social nas comunidades e a concretização da cidadania de crianças e adolescentes.⁶²

56 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008. p. 20.

57 TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 138-140.

58 SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 17-18.

59 SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 46-55.

60 SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 117.

61 GUERRA, Sidney. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 117-126.

62 COSTA, Marli Marlene Moraes da. O espaço local e a concretização da cidadania através da implementação de políticas de proteção a infância. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas*:

A garantia de acesso/frequência ao ensino fundamental encontra-se semelhante entre os 25% mais pobres e os 25% mais ricos, indicando que as políticas públicas de garantia à educação, enfrentamento à exploração do trabalho infantil, enfrentamento à pobreza e garantia socioassistencial, que são destinadas a crianças e adolescentes, estão possibilitando o acesso universal ao ensino fundamental, garantindo o direito fundamental à educação na idade própria, com ressalvas parecidas entre ricos e pobres.⁶³

No entanto, a frequência ao ensino fundamental ainda pode ser melhorada, mesmo que se tenha atingido um progresso gradativo nos últimos anos. A garantia da educação fundamental é de extrema importância para enfrentar a exclusão social futura, pois, “No Ensino Fundamental, a desigualdade afeta a base de toda a aprendizagem escolar futura e da cidadania: a alfabetização”.⁶⁴

Contudo, radicais desigualdades são produzidas entre os mais ricos e os mais pobres quando se trata de acesso e frequência ao ensino médio. O impacto da exploração do trabalho infantil e a precariedade das políticas públicas de suporte para o acesso dos mais pobres ao ensino médio produzem oportunidades desiguais, reproduzindo condições que promovem o acesso desigual de adolescentes e jovens à educação e ao mercado de trabalho.

Tabela 06 - Frequência a Escola da Porcentagem Mais Pobre e Mais Rica da População

CRECHE (0 A 3 ANOS)		
ANO	25% MAIS POBRES	25% MAIS RICOS
2001	8,9%	29,3%
2012	16,2%	44%
PRÉ-ESCOLA (4 A 5 ANOS)		
ANO	25% MAIS POBRES	25% MAIS RICOS
2001	52,4%	88,8%
2012	77,6%	94,6%
ENSINO FUNDAMENTAL		
ANO	25% MAIS POBRES	25% MAIS RICOS
2007	92,3%	93,5%
2012	93,8%	93,8%
ENSINO MÉDIO		
ANO	25% MAIS POBRES	25% MAIS RICOS
2001	17,6%	73,2%
2012	44,2%	75%

Fonte: IBGE/PNAD/Todos pela Educação.

A relação entre a pobreza e a falta de acesso/frequência à educação de crianças e adolescentes é muito estreita. A pobreza, a extrema pobreza e a miserabilidade impactam na frequência à escola, principalmente na creche, na pré-escola e no ensino médio. Na creche e na pré-escola, o maior problema é a dificuldade de se garantir o acesso público a instituições de ensino, devido à falta de escolas que possibilitem esse tipo de educação. Já no ensino médio, o maior problema relacionado à evasão escolar de alunos oriundos de classes pobres é a busca precoce por trabalho para auxiliar no sustento da família. Em muitos destes casos, crianças e adolescentes são explorados pelo trabalho infantil.⁶⁵

Os jovens e adultos de 18 a 29 anos têm, em média, quatro anos a mais de escolaridade entre os mais ricos, em relação aos 25% mais pobres. Há nove vezes mais jovens de 18 a 24 anos do primeiro quartil de renda matriculados no Ensino Superior na comparação com os 25% mais pobres. Isso se reflete no

desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012. t. 12. p.7-33. p. 24-25.

63 TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica*. São Paulo: Moderna, 2014. p. 25.

64 TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica*. São Paulo: Moderna, 2014. p. 10.

65 TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica*. São Paulo: Moderna, 2014. p. 18; 31.

trabalho e na renda: enquanto o salário médio de um cidadão dessa faixa etária com ensino superior completo chega a R\$ 2,3 mil, os vencimentos das pessoas que não completaram o Ensino Médio ficam em R\$ 752,00.⁶⁶

A pobreza não deve ser vista somente como baixa renda, pois ela compreende e abrange outros fatores, como, por exemplo, o desemprego, as desigualdades, a falta de acesso à saúde, a alta mortalidade, as diversas formas de discriminação, a exclusão social, o abandono/falta de acesso à educação, dentre outros que dificultam a inserção social, privando a capacidade da população. Como consequência, a pobreza pode levar à morte prematura, subnutrição e analfabetismo.⁶⁷

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.⁶⁸

Assim, o desenvolvimento como liberdade, compreende a independência de participação política, o direito de receber educação básica e assistência médica, a autonomia econômica de participação no mercado, pois “A privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica”.⁶⁹

As liberdades instrumentais que são essenciais para o desenvolvimento compreendem cinco aspectos: liberdades políticas (participação nas escolhas políticas), econômicas (de participação nas escolhas de consumo, produção e troca), oportunidades sociais (saúde, educação, trabalho e outras), garantias de transparência (transparência do governo e garantias contra qualquer forma de corrupção) e segurança protetora (assistência a desempregados, pobres, indigentes, miseráveis, entre outros). Tal lista não é exaustiva, podendo ser acrescentadas outras formas de liberdade.⁷⁰

As liberdades instrumentais defendidas por Sen são aquelas que estão em consonância com o atual conceito de cidadania. Para garantir a cidadania atualmente, deve-se assegurar a liberdade por meio do desenvolvimento desses conceitos, pois, caso contrário, o sujeito estará numa situação de exclusão social. Portanto, uma das liberdades para a garantia da cidadania no futuro é o pleno acesso à educação para crianças e adolescentes.

Para se assegurar a efetivação da cidadania, é necessário garantir uma educação de qualidade a partir da escola, mas não somente nela, primando pela multiplicação de conhecimento crítico e não pela repetição de conteúdos e discursos. Tal conscientização é essencial para o enfrentamento da exclusão social, pois “a conquista da cidadania só é possível a partir da educação [...]”. A participação da sociedade, da comunidade e da família na efetivação do direito fundamental à educação de uma determinada comunidade aumenta as chances de sucesso a partir do processo de desenvolvimento da educação de crianças e adolescentes, além de proporcionar a possibilidade de fiscalização da qualidade do ensino oferecido pelo Estado. Um dos fatores que dificulta a participação popular nas políticas educacionais é o padrão de vida globalizado, que astutamente concede menos tempo aos pais dedicarem aos seus filhos. No entanto,

Quanto maior a participação da sociedade, seja na elaboração, seja na implementação e fiscalização dessas políticas, maior será a sua eficácia, porque essas representam verdadeiramente o que determinada parcela da sociedade quer.⁷¹

66 TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica*. São Paulo: Moderna, 2014. p. 11.

67 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 123-146.

68 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

69 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 19-23.

70 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 55-57.

71 COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. A necessidade de implementação de políticas públicas na efetivação do direito fundamental à educação e para a construção da cidadania de crianças e adolescentes. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2010. v. 4. p. 13-38. p.

A privação do direito fundamental à educação de crianças e adolescentes perpetuará o ciclo intergeracional da pobreza da família, mantendo a situação de exclusão social, e não garantirá a efetivação da cidadania. Para garantia do direito à educação e enfrentamento da exclusão social, é necessário um trabalho contínuo e em rede com as políticas públicas destinadas a garantir o direito à educação de crianças e adolescentes, de modo que se assegure o atendimento à educação de forma universal na infância, sendo que, quando esta não for possível, busque-se esse direito por meio das políticas públicas de proteção, promoção de direitos ou de justiça destinadas a crianças e adolescentes.

5. CONCLUSÃO

Da análise realizada na presente investigação, constata-se que o atual modelo econômico contribui para a exploração, dominação e para as exclusões, tendo por base que as crianças e adolescentes são afastados da educação em decorrência de influências do mercado capitalista globalizado que não tem interesse em possibilitar o desenvolvimento de pensamento crítico, primando sempre pela perpetuação do modelo dominante que mantém os seus interesses.

A proteção jurídica nacional e internacional, bem como as políticas públicas destinadas à garantia do direito à educação, que é titular toda a criança e adolescente, visam enfrentar os obstáculos à universalização do direito à educação, garantindo a inclusão social e o direito de cidadania. A educação na infância também é importante ferramenta para quebrar o ciclo intergeracional da pobreza, possibilitando alternativas na vida adulta.

Por último, conclui-se sobre a importância de articulação intersetorial das políticas públicas de atendimento, proteção, promoção de direitos e justiça, com a finalidade de assegurar o direito à educação para crianças e adolescentes, de forma que se prime pela participação da comunidade no processo de elaboração e desenvolvimento da política pública educacional, a fim de aumentar a sua efetividade, eficácia e qualidade.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Lisboa: Presença, 1969.
- BARBER, Benjamin R. *Consumidor: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2008.
- BRASIL. Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil. *Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador*. 2. ed. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, 2011.
- BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. 2007. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.
- BRASIL. *Decreto n. 3.597, de 12 de setembro de 2000*. Promulga Convenção n. 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3597.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BRASIL. *Decreto n. 4.134, de 15 de fevereiro de 2002*. Promulga a Convenção n. 138 e a Recomendação n. 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre idade mínima de admissão ao emprego. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4134.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BRASIL. *Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BRASIL. *Decreto n. 7.611, de 17 de novembro de 2011*. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7611.htm>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BRASIL. *Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 05 fev. 2015.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. O espaço local e a concretização da cidadania através da implementação de políticas de proteção a infância. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012. t. 12. p.7-33.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; REIS, Suzéte da Silva. A necessidade de implementação de políticas públicas na efetivação do direito fundamental à educação e para a construção da cidadania de crianças e adolescentes. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Org.). *Direito e políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2010. v. 4. p. 13-38.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Trabalho infantil doméstico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERNÁNDEZ, Antoní. Las políticas públicas. In: BADIA, Miquel C. (Org.). *Manual de ciencia política*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2006. p. 495-517.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *A história da OIT*. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

REIS, Suzéte da Silva. Educação em direitos humanos: perspectiva de promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes. In: PES, João Hélio Ferreira (Coord.). *Direitos humanos: crianças e adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 141-166.

RIO GRANDE DO SUL. *Censo escolar da educação básica: 2013*. Porto Alegre: Secretaria da Educação, 2014.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. T. 8. p. 2307-2333.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, v. 8, n.16, p. 20-44, jul./dez. 2006.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Anuário Brasileiro da Educação Básica*. São Paulo: Moderna, 2014.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Dados populacionais*: População em idade escolar. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=35#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Dados populacionais*: População. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=34#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Meta 1*: Atendimento. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=9#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Meta 4*: Conclusão. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=22#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Taxa de abandono*. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=81#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Taxa de analfabetismo*. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=48#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Taxa de aprovação*. Disponível em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=85#filtros>. Acesso em: 05 jul. 2014.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo Paradigma*: Para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2006.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A polícia judiciária e o combate
à criminalidade**

**The Judicial Police and the
combat the criminality**

Júlio Lopes Hott

A polícia judiciária e o combate à criminalidade*

The Judicial Police and the combat the criminality

Júlio Lopes Hott**

RESUMO

A Polícia Judiciária realiza a investigação criminal por meio de procedimentos informais e também por meio da instrução cartorária do Inquérito Policial fazendo uma espécie de “formação de culpa” pré-processual. Trata-se de uma ação inquisitorial de política pública criminal que interfere na intimidade e na liberdade das pessoas com um grau de seletividade e discricionariedade que deve ser demonstrado por meio de um referencial de criminologia crítica. O objetivo desta pesquisa é verificar como se constrói a agenda desse programa de segurança pública e se essa atuação policial combate ou induz a criminalidade. Buscando uma alternativa compatível com o referencial utilizado, sugere-se a abolição do atual modelo concentrado na União e nos Estados e oferece como hipótese um modelo municipalizado. Para essa conclusão, analisa-se a cultura e o campo policial, o *habitus* jurídico, o discurso existente entre seus atores, as práticas investigativas herdadas de um paradigma etiológico de criminologia, a forma de controle (*accountability*) que é exercido sobre as etapas do procedimento investigativo e o método utilizado para investigação dos crimes.

Palavras-chave: Política criminal. Inquérito policial. Investigação. Polícia judiciária. Poder de polícia.

ABSTRACT

The Judicial Police conduct the criminal investigation through informal procedures and also through the bureau instruction of the Police Inquiry doing a sort of pre-procedural “guilt formation”. It is an inquisitorial action of criminal public policy wich interferes with intimacy and freedom of people with a degree of selectiviness and discretion that must be demonstrated through a referential of critical criminology. The objective of this research is to see how it builds the agenda of this public safety program and if this police action combat or induces the criminality. Seeking an alternative compatible with the referential used, the study suggests the abolition of the current model concentrated in the Union and in the United and as a hypothesis model it is offered one decentralized county model. To this conclusion, it was analyzed the police culture, legal habitus, the existing discourse among its actors, inherited investigative practices of an etiological paradigm of criminology, the form of accountability that is exerted on the steps of the investigative procedure and the method used for the investigation of crimes.

* Recebido em 03/05/2014
Aprovado em 21/09/2014

** Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB. E-mail: julio.hott@unicub.br

Keywords: Criminal Policy. Police Investigation. Police Inquiry. Investigation. Judicial Police. Police power.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar o serviço público de investigação criminal realizado pela polícia judiciária para tentar entender as possíveis razões pelas quais essa atuação policial tem-se mostrado tão ineficiente. Visa-se, também, o estudo buscar as respostas para essa ineficiência e verificar qual sua contribuição no crescente aumento da criminalidade, conforme apontam os resultados do mapa de violência no Brasil em 2013¹. Visa ainda investigar se a atuação policial judiciária na investigação, além de não esclarecer os crimes satisfatoriamente, ainda funciona como elemento indutor de violência. Para tanto, é necessário estudar o campo, a cultura policial e a evolução paradigmática das escolas de criminologia buscando uma explicação para a manutenção dessa cultura policial ou tentando identificar possíveis anomalias nesse campo de estudos.

Depois, sob o prisma específico da criminologia crítica questiona-se o método de investigação criminal por meio da instrução cartorária do Inquérito Policial. Buscam-se empiricamente os resultados dessa forma de investigação para uma análise comparada com métodos usados por outras polícias visando compreender possíveis alternativas metodológicas. Discute-se o caráter vinculado das políticas públicas policiais, cuja manifestação está sempre atrelada ao legalismo processual e constitucional, para tentar compreender, até que ponto, isso interfere na solução do problema do avanço descontrolado da criminalidade.

Para alguns estudiosos de políticas públicas², essa inflexibilidade legalista se deve à visão jurídico-positivista dos estudos de políticas públicas que, em outros campos do serviço público vinha prevalecendo, mas em razão das recentes críticas foi alterada. Essa visão sempre foi muito criticada sob o argumento de que ela leva em conta uma consideração um tanto estática do Estado e da Administração Pública, ou seja, mais privilegia o estudo das estruturas e das normas do que a eficiência da atividade estatal. Dessa forma, essa pesquisa almeja verificar se a Polícia Judiciária ainda está presa a essa visão e, nesse caso, oferecer subsídios para estudos de flexibilidade, descentralização e tentativas de dar maior eficiência à investigação policial.

É preciso lembrar que essa perspectiva jurídica dos estudos como uma formalização abstraída de qualquer realidade que contrarie a norma ocorreu também em consequência da necessidade do paradigma positivista se firmar no campo do direito. Esse método normativo puro foi a base epistemológica necessária para e dotar o direito de “cientificidade”. Portanto, é justificável que todo o estudo jurídico de aplicação das políticas públicas na América latina estivesse também submetido ao paradigma positivista.

O artigo tenta responder se, mesmo com essa forma vinculada e legalista de ver a polícia no Brasil, é possível promover à descentralização do serviço policial, ou seria necessária a abolição completa do sistema policial. Nesse caso substituindo-o, por exemplo, por um modelo descentralizado de polícias municipais, de ciclo completo³, isento do excesso de formalismo, deixando os rituais para o judiciário, preocupando-se apenas com a maior aproximação com a comunidade e com as soluções locais de acordo com cada peculiaridade, como já acontece na polícia dos Estados Unidos.

No item inicial, apresentam-se os conceitos desse atual sistema de polícia judiciária, demonstrando que ele foi herdado de um modelo pretoriano romano, trazido de Portugal nos moldes canônico-inquisitivo e modelado pelas ditaduras do estado novo e do governo militarista. Atualmente compõe um processo de política de segurança pública, sendo na área federal subordinado ao Ministério da Justiça e na esfera estadual e

1 WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapeamento quantitativo e qualitativo da violência no Brasil em 2013*. Disponível em: <www.mapadaviolência.org.br>. Acesso em: 13 dez. 2013.

2 SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 21.

3 A denominação “ciclo completo” é usada para definir as atividades preventivas e investigativas hoje realizadas separadamente pelas polícias civis e militares.

distrital subordinado às governanças. No decorrer de sua história, esteve sempre marcado por manipulações políticas e pelas críticas do Poder Judiciário e do Ministério Público, apesar do produto de seu trabalho, o Inquérito Policial, embasar a quase totalidade das ações judiciais criminais.⁴

Em seguida o artigo busca verificar se a Polícia Judiciária, ao atuar sobre um domínio problemático da sociedade, que é a criminalidade, possui um padrão de imagens e ideias que constituem uma linguagem específica capaz de gerar um conhecimento paradigmático de cultura policial, e se esse paradigma acompanhou as revoluções paradigmáticas da criminologia, ou permanece estático e em crise. Ou não se pode afirmar que existam resultados científicos suficientes para legitimar a existência de um paradigma sobre o tema.

O segundo item desenvolve ainda mais a tese Kuhniana dos paradigmas aplicado às flexibilidades dos estudos sociais, analisando sinteticamente a evolução paradigmática das escolas de criminologia, sob os enfoques clássicos, etiológicos, garantistas e críticos, tentando estabelecer um corolário com os conhecimentos do campo e da cultura policial para tentar verificar a existência ou não de uma diferença entre os conceitos buscando explicações para a crise do sistema policial.

O terceiro item trata do Inquérito Policial. Busca-se a demonstração de que antes da formalização do Inquérito, ocorrem diligências investigativas por meio de procedimentos práticos e informais realizados pelos policiais investigadores sem qualquer tipo de controle (*accountability*) ou instrumentalização. E, depois da formalização o que ocorre é uma autuação cartorária marcada por excesso de formalismo, morosidade e seletividade do procedimento. É feita também uma análise do controle do Inquérito Policial sob as duas formas existentes: o externo exercido pelo Ministério Público e o interno exercido pelas Corregedorias de Polícia, tentando aferir em que medida mecanismos de regulação interna da atividade policial pode ser mais eficiente do que mecanismos externos, ou o contrário, se um mecanismo de controle exclusivamente externo seria mais eficiente.

O quarto item trata de possíveis hipóteses alternativas para a solução da ineficiência da atuação policial na investigação criminal. Apresenta-se a hipótese principal que é a municipalização da polícia e algumas outras formas de realização da atividade policial em outros países. Destacam-se a polícia dos condados, subordinada ao voto popular nos Estados Unidos, o sistema de investigação policial ministerial, subordinado ao Ministério Público, na Itália e a polícia judicial ou juizado de instrução, subordinada ao Poder Judiciário, Na Espanha.

No último ponto da discussão, tratamos de uma possível proposta abolicionista do sistema de polícia judiciária, tomando por base teórica a obra “Penas Perdidas” de Louk Hulsman⁵, tentando extrair da sua proposta abolicionista, uma aplicação ao sistema de polícia judiciária. A referida agência policial é tratada pelo autor como elemento indutor de criminalidade e, portanto, não seria suficiente substituir o nome da agência policial ou de seus atores se os significados permanecerem os mesmos. É necessário que exista uma total reformulação ideológica na cultura policial, portanto, substituir o sistema Policial por soluções sobresalentes, não seria o suficiente.

Na conclusão, após a proposta abolicionista anterior, foi sugerida a substituição do sistema concentrado de polícia judiciária no Brasil, cuja estruturação pertence à União e aos Estados, por uma solução descentralizada. É preciso romper o pacto federativo constitucional em relação à segurança pública e adotar um modelo mais próximo da comunidade, nos moldes da polícia dos condados norte-americano. Sugere-se uma revolução copernicana no sistema policial, o que, no nosso caso, poderia ser uma polícia municipalizada.

4 O inquérito policial é a peça mais importante do processo de incriminação no Brasil. É ele que interliga o conjunto do sistema, desde o indiciamento de suspeitos até o julgamento. MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 16, jan. 2011.

5 Obra “Penas Perdidas” de Louk Hulsman, escrita em co-autoria com Jacqueline Bernat de Celis HULSMANN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lucia Karam. Niterói: Luam, 1997. p. 29.

2. POLÍCIA JUDICIÁRIA

A expressão polícia judiciária é usada, muitas vezes, também, como sinônimo de polícia civil. A Constituição Federal estabelece que às polícias civis dos estados e do Distrito Federal competem às funções de polícia judiciária e, por exclusão, a apuração das demais infrações penais, exceto as militares. Ou seja, têm competência geral para todas infrações penais não especificadas como exclusivas da união, considerando que a competência da polícia federal é uma competência residual expressa.⁶ Essa dogmática foi também um referendo do Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3689, de 03/10/1941 o qual já preconizava em seus artigos 4º aos 23, que a polícia judiciária seria exercida pela autoridade policial delegada pelo poder executivo para realização da investigação completa do crime e formalização de todas as diligências por meio do Inquérito Policial.⁷

Durante a assembleia constitucional, o Código de Processo Penal já trazia um arcabouço institucional todo fragmentado de um período marcado por um modelo militarizado de segurança pública. Os constituintes mais progressistas na ocasião não tinham proposta homogênea para as polícias e para a área de segurança pública. Com isso a subcomissão de segurança pública acabou sendo dominada pelos atores que defendiam a manutenção do arranjo institucional, fortemente influenciada por um *lobby* de 13 oficiais das forças armadas, sendo mantido o modelo do período ditatorial.⁸

Este atual sistema de polícia judiciária, portanto foi herdado como um modelo pretoriano subordinado ao poder executivo, sendo na área federal ao Ministério da Justiça e na esfera estadual e distrital às governanças. Compõem um modelo de segurança pública com a visão inadequada de garantia da segurança do Estado e não como um serviço público voltado para as garantias fundamentais constitucionais do indivíduo.

O Código de Processo Penal Brasileiro conceitua a Polícia Judiciária como a agência de política pública cuja atividade será exercida por autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições, tendo por fim a apuração das infrações penais e sua respectiva autoria (art. 4º, CPP). Preconiza o dispositivo que, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá tomar uma série de medidas (art. 6º, CPP). São diligências que visam à constatação e, se possível, a apuração do fato investigado, cuja formalização deveria ocorrer obrigatoriamente por meio da autuação instrumental do inquérito policial para facilitar o controle do Ministério Público e subsidiar uma possível ação penal, podendo servir de base até para a condenação.

Dessa forma todas as informações sobre a materialidade dos delitos e os indícios de sua suposta autoria são realizadas pela polícia, pois esta, como titular da investigação preliminar, possui autonomia e o poder de decisão, ou seja, ela determinará a linha de investigação, as provas e perícias a serem produzidos, os objetos a serem apreendidos e as testemunhas a serem inquiridas. Vale ressaltar, que nesse, sistema não existe uma subordinação funcional em relação aos juízes e promotores, embora, em tese, exista um controle externo do Ministério Público e o resultado, se formalizado, deva ser submetido ao poder judiciário.⁹

A criminologia crítica conceitua a Polícia Judiciária por meio de um enquadramento dentro das agências de criminalização secundária e terciária, ou seja, a polícia judiciária quando busca a aplicação da lei penal na apuração do crime e identificação da respectiva autoria, atua como agência de criminalização secundária e quando efetua segregação e custódia do transgressor no sistema penitenciário, funciona como uma agência terciária. Lembrando que a criminalização primária foi realizada pelo legislador.

Para entendermos melhor esse triângulo no processo de política pública de controle social por meio da criminalização, buscamos subsídio em Zaffaroni¹⁰ para quem, criminalização primária é o ato e o efeito

6 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Art. 144 § 4º.

7 BRASIL. Código de Processo Penal Anotado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, art. 4º aos 23, p. 41-53.

8 ZAVERUCHA, J. FHC. *Forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia, 1999-2002*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

9 LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 57.

10 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que suspeitam tenha praticado certo ato criminalizado primariamente e a criminalização terciária é a estigmatização realizada pelo sistema prisional durante a execução da pena. A primeira é realizada pelos legisladores e a segunda e terceira por agências estatais como a Polícia Judiciária.

Embora todo o arcabouço legal defina a polícia judiciária como instrumento de uma política de segurança pública do Estado, vê-se aí também uma anomalia nessa visão herdada da ditadura militar, ou seja, a concepção correta é a de que a polícia judiciária, principalmente porque sua atuação repressiva incide diretamente sobre pessoas estigmatizadas, deveria ser empregada como parte de uma política pública de direitos do cidadão e não como forma de direito penal do inimigo. Mudar essa concepção é uma tarefa copernicana, trata-se de desconstruir paradigmas de pensamento e ação dentro de uma nova concepção de que todas as pessoas, inclusive os policiais, sejam vistos como sujeitos de direitos e destinatários da proteção policial. Portanto, seria mudar toda uma cultura policial de separatividade e distanciamento da comunidade ¹¹

2.1. Cultura policial

A tese da cultura policial foi levantada por Jerome Skolnick¹² em razão de certas características da atuação policial que a distingue de outras profissões. Essa teoria tem suscitado muitos debates nos estudos político-sociológicos das forças policiais. Essas discussões giram em torno da existência ou não de uma cultura policial. Essa cultura teria como característica principal o compartilhamento de um conjunto de conhecimentos, modelos, representações e interpretações que os cientistas traduzem como comuns na atuação policial.

Os estudiosos que aceitam a ideia da cultura policial baseiam-se em certas características como sendo comuns nas atividades dos policiais. Tais características decorrem, segundo a tese de Skolnick, da presença constante do perigo na atuação cotidiana ou mesmo nos períodos de folga e da necessidade de impor uma autoridade sobre as demais pessoas, o que leva os policiais a comportamento peculiares, que podem ser observados em todas as culturas, tais como a dissimulação, a desconfiança, a astúcia e o conservadorismo.

Afirmam esses estudiosos que as crenças, os preconceitos e os estereótipos produzidos na organização policial tornam-se um saber compartilhado somente entre eles. Possuem uma cultura própria que resiste ou não acompanha às modificações operadas no contexto social. Alimentam uma relação de separatividade com as pessoas as quais deveriam proteger e uma relação de guerra com os infratores da lei.

Em relação ao compartilhamento corporativista do saber, é preciso esclarecer que se trata de um saber diferenciado dos demais profissionais que é interpretado pelos policiais como fundamental à própria sobrevivência individual. Os estudiosos ressaltam como traços comuns desse compartilhamento a onipresença da suspeita em relação às pessoas, o isolamento social, o corporativismo, os estereótipos e a discricionariedade que possuem em relação à sociedade em geral.¹³

Alimentando essa cultura policial temos que destacar também o papel que a mídia tem na construção de um ambiente de significados dentro do qual o policial se vê, ou pelo menos reage à forma que acredita ser visto pelas pessoas. A divulgação do trabalho policial pela mídia incide sobre as tarefas mais sensacionalistas e que geram consenso simbólico na sociedade, ou seja, devem ser compatíveis com as expectativas da população em relação ao desempenho dos policiais. Mas, quando acontecem as críticas, os policiais acabam construindo estratégias próprias das instituições totais, fechando-se em seu próprio mundo de significados,

11 KANT DE LIMA, Roberto. Direitos civis, estado de direito e 'cultura policial: a formação policial em questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 41, p. 241-256, 2003.

12 SKOLNICK, Jerome H. *Justice without trial. Law enforcement in democratic society*. New York: John Wiley, 1966, em comentários de BRETAS e PONCIONI, 1999; MONJARDET, 2003; REINER, 2004; HAGEN, 2005.

13 MONJARDET, Dominique. *O que faz a polícia: sociologia da força pública*. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: EDUSP, 2003. p. 163. (Série Polícia e Sociedade)

justificado pela suposta ignorância dos que são “de fora” em relação ao trabalho policial. A manutenção das aparências é fundamental nesse processo, pois o sucesso do policial como inibidor ou repressor de conflitos depende do nível de respeito e medo que impõem à sociedade.¹⁴

Para Peter Manning a retórica do profissionalismo (“existem coisas que só um policial sabe fazer”) é a mais importante estratégia empregada pelos policiais para defender seu mandato e construir sua autoestima. A solidariedade ou fechamento social dos policiais é construído de acordo com esse pilar, projetado para defesa de sua autonomia organizacional. Trata-se de uma característica central dentro da cultura policial.¹⁵

Os estudiosos que não aceitam a visão monolítica da cultura policial criticam a tese de Jerome Skolnick, relativizam as premissas do perigo constante e da presença discricionária da autoridade, alegando que na verdade trata-se de atuação marcada pela diversidade, pela heterogeneidade no meio profissional e, portanto não aceitam a tese de uma cultura Policial. Afirmam que a cultura profissional policial, de forma geral, pode ser definida como complexos sistemas de conhecimentos, axiomas, práticas e simbologias que surgem quando os indivíduos reagem às situações e exigências enfrentadas. Essas reações são interpretadas por estruturas cognitivas e de orientações trazidas de experiências anteriores, apreendidas no *habitus* policial e incorporadas ao *habitus* anterior à formação policial. Contudo não negam a existência de uma cultura profissional policial com certas características que podem ser tomadas como referencial no processo de política pública.¹⁶

Portanto, mesmo a crítica à cultura policial nos moldes da tese de Skolnick, não nega a existência dessa cultura, apenas afirma que não é uma cultura monolítica. Nesse sentido leciona Robert Reiner, “as culturas são modeladas, mas não determinadas pelas pressões estruturais dos ambientes dos atores”¹⁷. Ou seja, de acordo com essa visão, a análise da cultura policial deve ser feita frente a um fato concreto ao qual a polícia deve reagir e dar resposta. É nesse momento que ficaria clara a conduta policial diante dos estímulos positivos e negativos e nas diversas relações que a instituição mantém com a esfera não policial. Dentro dessa cultura, há ainda variantes particulares de comportamento ou “subculturas” que podem ser distinguidas da cultura policial mais geral. Essas variações são geradas por diferentes experiências e posições individuais dentro da hierarquia e da disciplina policial. Segundo a crítica, ainda é preciso levar em conta que, entre a classe policial, as culturas variam modeladas por diferentes padrões, por problemas de seus ambientes e pelos legados de suas histórias.¹⁸

Dentro dessa cultura policial, há ainda variantes particulares de comportamento denominadas “subculturas” que podem ser distinguidas da cultura policial mais geral. Essas variações são geradas por diferentes experiências e posições individuais dentro da hierarquia e da disciplina policial. Segundo a crítica, ainda é preciso levar em conta que, entre a classe policial, as culturas variam modeladas por diferentes padrões, por problemas de seus ambientes e pelos legados de suas histórias. A combinação desses traços formou um *habitus* e um *ethos*¹⁹ estruturantes do campo policial que analisaremos no tópico seguinte.

2.2. Campo policial

Os atores no campo das políticas públicas de polícia judiciária têm suas práticas e relações condicionadas pelos *habitus* jurídicos. São estruturantes e estruturados pela lógica do campo jurídico e por isso em sua

14 O autor ressalva que essa atuação é muitas vezes inconsciente, mas é, dentro da linguagem da dramaturgia social, a fachada dentro da qual encontra sustentação para sua performance. GOFFMAN, Erving. *A representação do eu na vida cotidiana*. Petrópolis: Vozes, 1985.

15 MANNING, Peter. *Police Contingencies*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

16 MONJARDET apud REINER, Robert. *A política da polícia*. São Paulo: EDUSP, 2004.

17 REINER, Robert. *A política da polícia*. São Paulo: EDUSP, 2004. p. 132.

18 REINER, Robert. *A política da polícia*. São Paulo: EDUSP, 2004.

19 Estes termos são utilizados a partir do significado atribuído por Pierre Bourdieu (1989).

atuação cotidiana estão dominados pela cultura jurídica. Tal cultura é positivada sobre a formalidade dos procedimentos e, partindo dessa premissa, a questão pode também ser analisada por meio dos conceitos de *habitus* e campo desenvolvido por Pierre Bourdieu.²⁰

Considerando-se a visão de Bourdieu (1983), campo policial seria o espaço multidimensional e até simbólico onde esses profissionais estão em concorrência pela capacidade de evitar ou solucionar os crimes, de acordo com seu capital de tirocínio, força, respeito e temeridade. *Habitus* seria o poder simbólico representado pelo ambiente policial e pelo pertencimento àquela classe de profissionais, cujos símbolos podem ser assimilados e incorporados mediante a apreensão de um conjunto de regras associadas a um meio socialmente estruturado.²¹

Uma característica importante para que se dê o efeito simbólico do desconhecimento nesse processo de política pública de polícia judiciária é o fato de que seus atores estão dominados por um discurso e uma prática procedimental disputando um campo em que se virtualiza certa eficiência. Na verdade não têm alcançado o resultado pretendido, mas eles não percebem que estão submetidos a uma agenda de política pública repetindo uma mesma maneira de ação e pensamento que confirma o *habitus* existente.

As considerações materiais e psicológicas, inculcadas na classe de policiais estabelecem o *habitus* policial, gerando um princípio regulador das práticas e das condutas sem ser, necessariamente, orientado a um fim específico. O *habitus*, na medida em que se torna o princípio gerador e estruturador das práticas e representações, sanciona os comportamentos considerados positivos pelo grupo, define o lugar de cada indivíduo dentro da organização e até onde esse indivíduo pode chegar à carreira, conforme sua capacidade de apreensão e adequação ao *habitus*, ajustando as expectativas pessoais às possibilidades objetivas.

A força coercitiva dessa entronização do *habitus* policial mitiga a condição de servidor público e coloca esses atores em posição de “autoridades”, gerando uma violência física ou psicológica e impondo medo e respeito à sociedade, principalmente a maioria desfavorecida da população. Não falamos aqui da autoridade necessária para a solução de conflitos, mas de uma autoridade discricionária para eleger um inimigo. Esses atores incorporam esse estereótipo egocêntrico de atalaias do combate ao inimigo e se esquecem que são servidores públicos. Alimentam uma cultura de guerra onde estão sempre em busca de um alvo. Não percebem que com essa cultura de violência alimentam a criminalidade. É o que Bourdieu denomina efeito simbólico de desconhecimento.²²

Estereotipados por esse ethos repressivo que foi reforçado pelos valores de nossa cultura policial e judiciária no decorrer da história, conforme já narramos, esses atores apenas reproduzem esse ciclo de atuação policial por meio de práticas informais e, muitas vezes arbitrárias e violentas, exteriorizadas pelo *habitus* policial, principalmente do profissional de polícia judiciária. Essas características abrangem tanto o policial civil quanto o militar e tem definido a atuação das polícias, as quais são organizadas como exércitos para combate a inimigos, em razão de toda uma tradição ditatorial herdada de um modelo militar. Por isso fala-se tanto em unificação das polícias, buscando uma desfragmentação do ciclo de atuação de forma a termos uma polícia preventiva e investigativa dentro de uma mesma estrutura de natureza civil e de serviço público.

Definir o ciclo de atuação dentro desse campo é importante para interligar as atividades de prevenção e investigação, de forma a se complementarem. Significa dar preferência a um ciclo completo dentro da mesma estrutura policial, se possível realizado ou, no mínimo, iniciado pelo mesmo policial. Deve ser planejado de forma a criar uma rede de dependência entre os policiais de atuação preventiva e investigativa. Aqueles atuando ostensivamente e estes veladamente, mas ambos podendo realizar o ciclo completo de atuação,

20 Fernando Tomaz traduzindo BOURDIEU, Pierre. *Poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 59-73.

21 Renato Ortiz organizador dos trabalhos de tradução de trechos de Pierre Bourdieu: *Esquisse d'une théorie de la pratique*, BOURDIEU, Pierre. *Esboço de uma teoria da prática*. In: ORTIZ, Renato (Org.). Pierre Bourdieu. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983. p. 60-61.

22 Bourdieu trata desse efeito do poder simbólico principalmente no campo do direito. Fernando Tomaz traduzindo BOURDIEU, Pierre. *Poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

quando possível. Talvez isso pudesse funcionar como um sistema de pesos contrapesos que viesse a evitar competições e rivalidades de forma a favorecer o controle.

Contudo, todas essas definições devem ser consideradas dentro de uma interdisciplinaridade com a criminologia, principalmente com a criminologia crítica, cujas pesquisas já demonstram uma desconstrução paradigmática de todas as formas tradicionais de estudar o crime. Apesar dessa crise paradigmática, essas formas tradicionais ainda permanecem norteando todos os sistemas de controle social penal, inclusive, e, principalmente a Polícia Judiciária. Se o novo paradigma ainda não provocou uma revolução científica, a transição necessita de pesquisas que demonstrem a crise no sistema.²³

3. CRIMINOLOGIA E POLÍCIA JUDICIÁRIA

Após a análise dos referenciais da cultura e do campo policial é preciso complementar os estudos usando os paradigmas da criminologia, pois, embora não possamos dizer que exista uma ciência da prática de polícia judiciária, podemos afirmar que é uma atividade investigativa que deve ter como parâmetro uma ciência zetética como a criminologia. Ambas podem usar os métodos empíricos, pois se baseiam na investigação do fato criminoso e não apenas em opiniões e argumentos. Ambos os estudos são interdisciplinares e, portanto, devem ser formados pelo diálogo de uma série de ciências e disciplinas. São complementares, pois enquanto a criminologia estuda formas de prevenção a polícia judiciária estuda formas de investigação e repressão.

A realização da atividade de polícia judiciária sob o prisma de que o fato criminoso é um fenômeno inerente à convivência em sociedade, conforme preconiza a criminologia, é importante para que seus atores mudem a visão de agência policial-penal ainda impregnada pelas correntes biologicista do criminoso por tendência, do criminoso nato, dos traços em raças propensas ao crime, da condição de pobreza, etc. Visão ressuscitada pela investigação atuarial baseada na identificação e classificação de grupos de riscos²⁴ e pelo direito penal do inimigo, baseado no alijamento dos direitos daqueles que representam o perigo.²⁵

Essa nuance do paradigma também já surge em crise, pois a anomalia da ciência criminológica demonstra que não há como estudar o fato criminoso sem questionar o poder e os critérios de separação em grupos de risco e de não risco. A agência policial é uma estrutura de poder a ser questionada, ou seja, é preciso incorporar aos estudos criminológicos o questionamento do papel exercido pela polícia como elemento condicionante do crime. Dessa forma, neste tópico trabalha-se com algumas das concepções entre a atuação da agência policial e a Criminologia, a depender das diferentes escolas criminológicas e os paradigmas e teorias que fundamentem o debate, considerando que a percepção dessas teorias auxilia na compreensão geral do tema, e principalmente no entendimento da resposta desse processo de política pública.

3.1. O Paradigma clássico

A criminologia clássica surge em razão da atuação dos pensadores que contestavam as ideias absolutistas. A Escola Clássica enraíza suas ideias exclusivamente na razão iluminista. Caracterizava-se como uma reação à arbitrariedade da administração da justiça penal e o caráter atroz das penas, pois as leis que vigoravam na época inspiravam-se nas ideias de excessivo rigor e crueldade, apoiadas em conceitos de castigos corporais

23 KUHN, Thomas. S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 179-215.

24 Ulrich Beck trata da transição de um paradigma de controle social da sociedade de classes para um controle social da sociedade de riscos. BECK Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. São Paulo: 34, 2010. p. 21

25 “Se trata de identificar, entre la masa de desviados, a la limitada porción de delincuentes irrecuperables para los cánones de conformidad: los teóricos de la incapacitación selectiva proponen adoptar medidas tendencialmente definitivas respecto a los sujetos cuyos comportamientos desviados tan sólo pueden ser contrarrestados mediante el internamiento” DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia Cero: estrategias y prácticas de la sociedad del control*. Barcelona: Virus, 2005. p. 57.

e penas capitais. O direito servia de instrumento de privilégio, delegando aos juízes a possibilidade de julgar o infrator de acordo com a sua condição social.

O paradigma da escola clássica tinha como conhecimentos básicos as ideias de que o delito era uma escolha baseada no livre arbítrio, ou seja, no dogma da liberdade de escolha, quando o criminoso é comparado a um pecador. Ele erra porque escolhe errar. O delito para a escola é um ente jurídico onde o criminoso fez uma escolha contrária a lei. A pena tinha o caráter apenas retributivo, mas deveria ser proporcional ao delito e prevista de forma certa na lei. Portanto já trazia as premissas dos princípios da proporcionalidade, da legalidade e da irretroatividade.

Vigorava na época do iluminismo o pensamento utilitarista de que a pena era um mal justo, diante de um mal não justo e deveria ser aplicada como uma forma de curar uma enfermidade moral e restabelecer a ordem. O Crime era uma violação da lei e da ordem do Estado. A lei era fundada no contratualismo de uma burguesia em ascensão e pena teria que ser a reparação do dano causado pela violação desse contrato social.

Apesar de vários escritos terem contribuído para o paradigma clássico, talvez, o principal tenha sido a publicação da obra “Dos Delitos e Das Penas” de Cesare Beccaria, em 1764. Não só esse, mas também outros iluministas como Montesquieu, Voltaire, Rosseau e D’Alembert foram de suma importância para o paradigma, uma vez que construíram o próprio alicerce do período humanitário e o início da radical transformação liberal e humanista do Direito Penal.²⁶

A concepção filosófico-penal de Beccaria foi a maior expressão da hegemonia da burguesia no plano das ideias penais, motivada pelas necessidades de transformações políticas e econômicas, pois foi com base em sua obra que foi possível instituir uma racionalidade por meio da existência de leis simples, conhecidas pelo povo e obedecidas por todos os cidadãos, iniciando assim uma criminologia ainda sem um suporte científico, mas já com questionamentos humanitários do poder.

Esses primeiros estudos criminológicos protagonizaram inovações tais como as premissas do princípio da reserva legal em relação às punições, estabelecendo que só as leis pudessem fixar as penas, não sendo permitido ao juiz aplicar sanções arbitrariamente, defendendo o fim dos confiscos e das penas infames que recaíam sobre a família do condenado, bem como o fim das penas cruéis e da capital.

Uma forma de política pública policial institucionalizada até essa época era a Santa Inquisição, a qual já ultrapassava as fronteiras da idade média, chegava à idade moderna e era o poder de polícia a ser questionado pela incipiente criminologia clássica. O termo *inquisitio*, também significa inquérito, investigação ou interrogatório e tornou-se sinônimo dos Tribunais do Santo Ofício. Um exemplo de sua atuação repressiva foi a inclusão da obra de Beccaria no *Index* de livros proibidos, em razão de suas ideias liberais.²⁷

3.2. O Paradigma etiológico

Diferentemente do paradigma clássico que tinha suas ideias enraizadas na razão iluminista dogmática e sem qualquer comprovação científica, o novo paradigma apresentava suas ideias baseadas na ciência, confirmadas por meio das experiências por meio do método empírico e indutivo e aproveitando a novidade da cientificação do controle social no final do século XIX. Começava o período científico. O Crime agora era o fenômeno natural e social, produto dos fatores físicos, sociais e biológicos. A criminologia então estava preocupada em explicar as causas, os efeitos, os fatores e determinismos biológicos da antropologia criminal de Cesare Lombroso e sociológicos de Enrico Ferri. O crime era visto como uma patologia intolerável e os criminosos como indivíduos diferentes dos “normais”, ou seja, a criminalidade era um meio natural de comportamentos de indivíduos diferentes de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos.

26 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

27 GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Os fatores endógenos da biologia e os fatores exógenos da sociologia, atrelados aos estudos jurídicos de Rafael Garófalo, o primeiro a usar a denominação de criminologia, ao serem partilhados na demonstração das causas e efeitos do crime, constituíram as matrizes fundamentais para conferir à disciplina o patamar de uma ciência. Esse patamar de ciência criminológica foi alcançado segundo os pressupostos epistemológicos do positivismo, cujos resultados culminaram na formação do chamado paradigma etiológico.²⁸

O paradigma etiológico foi construído inicialmente com a contribuição de Lombroso, um antropólogo Italiano que trouxe cientificidade para criminologia. Ele foi responsável pela teoria do criminoso nato que era conhecido por meio de disfunções que se exteriorizavam na aparência, os indivíduos de cabelos negros ou castanhos, por exemplo, são mais frequentes entre os criminosos, enquanto os louros raramente se envolvem na criminalidade. Podiam ser identificados também por meio de características peculiares, tais como: protuberância occipital, órbitas grandes, testa fugida, arcos superciliares excessivos, zigomas salientes, prognatismo inferior, nariz torcido, lábios grossos, arcada dentária defeituosa, braços excessivamente longos, mãos grandes, anomalias dos órgãos sexuais, orelhas grandes e separadas, polidactia.

A contribuição principal de Lombroso para a Criminologia não reside tanto em sua famosa tipologia, mas no método que ele utilizou em suas investigações: O método empírico-indutivo. Sua teoria do delinquente nato foi formulada com base em resultados de mais de quatrocentas autópsias de delinquentes e seis mil análises de delinquentes vivos; e o atavismo que, conforme o seu ponto de vista, caracteriza o tipo criminoso — ao que parece — contou com o estudo minucioso de vinte e cinco mil reclusos de prisões europeias. Sua conclusão era de os delinquentes deveriam viver isolados da sociedade, como se fosse uma prisão perpétua, ou seja, ele parte da ideia da completa desigualdade fundamental do criminoso e do homem honesto. Para ele as penas deveriam ser por tempo indeterminado para os corrigíveis e perpétuas para os incorrigíveis.

Desenvolvendo a Antropologia lombrosiana numa perspectiva sociológica, Ferri, que era discípulo de Lombroso, ressaltou, por sua vez, a importância de um trinômio causal do delito ligado a fatores antropológicos, sociais e físicos e, com essa série triplíce de causas, ampliou a originária tipificação lombrosiana da criminalidade. Seus estudos apresentaram a visão sociológica de que o crime não é decorrência do livre arbítrio, mas o resultado previsível determinado por essa triplíce ordem de fatores.

Ferri auxiliou Lombroso na construção da tese do criminoso nato, mas sua contribuição sociológica foi denominada pela Criminologia positiva de *determinismo*, ou seja, o livre arbítrio é mera ficção, para cada fato criminal existem razões de ordem físicas, sociais e biológicas que o determinaram. E essas razões se enquadram na personalidade de uma minoria de indivíduos caracterizados como perigosos. A sociedade deveria “ver o crime no criminoso” porque ele é sintoma revelador da personalidade perigosa de seu autor, para a qual se deve dirigir uma adequada “defesa social”.²⁹

Tais estudos confirmaram a tese de que ser criminoso constitui a característica de uma minoria diferente por completo dos indivíduos normais e, numa visão maniqueísta, essa minoria foi identificada com o mal e o restante da sociedade representaria o bem. Estabeleceu-se então uma repressão desigual, erigindo o criminoso em destinatário de uma política criminal de base científica utilizada como estratégia de combate contra a criminalidade. A possibilidade de uma explicação “cientificamente” fundamentada das causas enseja, por extensão, uma luta científica contra a criminalidade.

A visão arbitrária dessa política criminal utiliza, é claro, o poder de polícia institucional vigente na época, por meio da investigação policial e de uma justiça criminal ainda impregnada pela violência arbitrária, com a novidade de que esse sistema contava agora com o subsídio de uma primeira espécie de polícia científica,

28 O “L’Uomo delinquente” de LOMBROSO (publicado em 1876), a “*Sociologia Criminale*” de FERRI (publicada em 1891) e a “*Criminologia - studio sul delitto e sulla teoria della repressione*” de GARÓFALO (publicada em 1885) com enfoque, respectivamente, antropológico, sociológico e jurídico, são consideradas as obras básicas caracterizadoras da chamada Escola Positiva.

29 FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal*. Tradução por Luiz Lemos D’Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

realizando suas investigações com os resultados das pesquisas desenvolvidas dentro do paradigma etiológico, estereotipando as representações da criminalidade ontológica, do determinismo e da periculosidade de forma até hoje profundamente enraizada nas agências do sistema penal e no senso comum.

3.3. O Paradigma da reação social

A criminologia não deve mais se voltar para o delinquente e as causas de seu comportamento, conforme preconiza o paradigma etiológico, mas deve desviar o seu foco para o controle social formal, estudando os organismos de controle social que tem como função controlar e reprimir a desviação. Deve buscar explicações sobre o motivo pelos quais determinadas pessoas são estigmatizadas como delinquente, qual a fonte de legitimidade e as consequências da punição imposta a essas pessoas.

O paradigma da reação social veio como uma revolução científica depois do longo tempo de dominação do que se denominou paradigma causal, paradigma etiológico ou criminologia positivista. A revolução foi com o surgimento da teoria do etiquetamento, *labelling approach*, preconizando que o funcionamento do sistema penal se guia por “estereótipos” provenientes das agências policiais e da sociedade. Seus estudiosos afirmavam que a busca da explicação do comportamento delitivo não devia partir do porque as pessoas cometem delitos, e sim do porque essa atividade é etiquetada como delitiva. O foco de suas preocupações desviava para as estruturas de poder e para o sistema em si, e não para o criminoso ou o crime. Nesse sentido, as estatísticas vão demonstrar que é o controle social penal que se exerce de forma seletiva, porque a criminalidade está presente em todas as camadas da população. O funcionamento do sistema penal pode, no limite, constituir-se em fator de aumento da criminalidade e da violência, justo o oposto daquilo que o mesmo, em teoria, tem como objetivo.

O sistema penal, estudado com as lentes do paradigma da reação social e de acordo com a teoria do etiquetamento, funciona como um processo de políticas públicas para retroalimentação da criminalização ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o Legislador com sua atividade legiferante (criminalização primária), passando pela Polícia e a Justiça, com uma atuação seletiva e estigmatizada (criminalização secundária) até o sistema penitenciário, com a punição dos pobres (criminalização terciária).

Uma forma do uso do poder de polícia investigativa e repressiva de forma discricionária e seletiva é a criminalização da pobreza. Várias pesquisas demonstram a atuação da polícia judiciária no Brasil nos mesmos moldes da polícia nos Estados Unidos, revelada na obra “Punir os pobres” de Loïc Wacquant³⁰. O autor demonstra que no decorrer das três últimas décadas do sec. XX, o processo de políticas públicas na América do Norte, pelo menos nos guetos, passou de Estado-providência para Estado penal e policial.³¹

O sistema penal funciona seletivamente criminalizando os pobres ou os excluídos por algum tipo de estereótipo social, criando mais problemas do que aqueles que se propõem a resolver, “sendo produtor de sofrimentos desnecessários (estéreis) que são distribuídos socialmente de modo injusto”, com o agravante dos seus altos custos sociais e do autêntico mercado do controle do crime que, em torno de si, se estrutura.³² O método utilizado para a investigação da criminalidade é o Inquérito Policial, um procedimento inquisitivo e objeto de muitas controvérsias conforme veremos no tópico seguinte.

30 WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. (Col. Pensamento Criminológico).

31 “o governo americano continua a fornecer inúmeras garantias e apoio às empresas, assim como às classes médias e superiores”. Enquanto “os programas voltados para as populações vulneráveis foram sempre limitados, e isolados do resto das atividades estatais.” “a ideia fixa continua a ser que a assistência aos pobres só serve para manter na ociosidade e no vício os habitantes do gueto” WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 29-38. (Col. Pensamento Criminológico).

32 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

4. INQUÉRITO POLICIAL – HISTÓRICO

O Inquérito Policial, embora de inspiração romana, da forma em que se formaliza até hoje, é criação do Direito Brasileiro. Uma perspectiva comparada não se confunde com os outros sistemas jurídicos de mesma tradição como *la poursuite* francesa ou com os atos de procedimento preliminar (ou processo de investigação) da Alemanha, ou com a instrução preparatória (ou corpo de delito) de Portugal, ou com a investigação preliminar do Direito árabe (de inspiração francesa) ou do direito chinês, nem com a averiguação prévia do processo penal mexicano, ou com o sistema de investigação da tradição *common law* anglo americana. O Inquérito brasileiro reúne os mesmos elementos investigatórios, informativos e instrutórios levantados por órgãos incumbidos da Polícia Judiciária em outros países, mas possui as peculiaridades constitucionais do art. 144, § 4º, ou seja, a direção instrutória e cartorial de um delegado de polícia e o nome que recebe (Inquérito Policial).³³

No Brasil, a primeira referência expressa a inquérito policial encontra-se no Decreto n. 4.824 de 1871, que regulamentou a Lei n. 2.033, do mesmo ano. Na verdade já existia em 1841 um sistema de investigação preliminar para munir o juízo de provas e informações sobre o fato delituoso, mas formalmente e com o nome de Inquérito Policial só foi criado em 1871. Nasceu de forma peculiar com a natureza de verdadeira instrução processual cartorária para a formação da culpa, auxiliando uma atribuição dos juizes de direito, pois no art. 10 do regulamento n. 4.824 de 1871, afirmava-se que as atribuições do chefe, delegados e subdelegados de polícia também era a da formação de culpa e pronúncia nos crimes comuns.³⁴

A proclamação da república (1889) e a Constituição de 1891, nenhuma alteração provocou no inquérito, somente o Decreto-Lei n. 3.689, de 1941 que introduziu o novo e atual Código de Processo Penal, suprimiu das autoridades policiais as atribuições de formação da culpa e da pronúncia nos crimes comuns, o que já era considerado inconstitucional mesmo na Constituição outorgada, Portanto, o inquérito policial pelo qual se formaliza a investigação hoje é fruto do regime autoritário e excepcional de 1937, de Getulio Vargas, com inspiração no Código de Processo Penal Italiano de 1930, que foi concebido durante o regime fascista de Benito Mussolini.

Essa inspiração ditatorial do Inquérito Policial foi mantida também durante a assembleia constituinte de 1988, pois o Código de Processo Penal teve seu arcabouço institucional ratificado pela ditadura militar e os constituintes mais progressistas na ocasião não tinham proposta homogênea para as polícias e para a área de segurança pública. Com isso a subcomissão de segurança pública acabou sendo dominada pelos atores que defendiam a manutenção do arranjo institucional, fortemente influenciada por um *lobby* de oficiais das forças armadas. Por essa razão, o inquérito penal que foi trazido de Portugal na época da colônia, para servir de base as investigações policiais, chega aos dias de hoje praticamente com os mesmos traços de sua origem inquisitorial.³⁵

4.1. Natureza Jurídica e Finalidade

A clássica definição de que Inquérito Policial é um procedimento administrativo de caráter inquisitivo e sigiloso onde o indiciado é mero objeto da investigação deve ser aqui questionada. Existem sérias controvérsias quanto a sua natureza jurídica, mas a maioria entende que não se trata de processo e sim um procedimento, pois não se faz presente o princípio da publicidade e do contraditório.³⁶

A dogmática positivada no sistema legal dá ao inquérito policial a natureza jurídica de procedimento inquisitivo para apuração das infrações penais, por meio da investigação policial, para elucidar a autoria e a

33 MORAIS, Bismael Batista. *Direito e polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 130.

34 MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010.

35 ZAVERUCHA, J. FHC. *Forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia, 1999-2002*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

36 LOPES JR conceitua: “procedimento administrativo pré-processual, pois é levado a cabo pela Polícia Judiciária, um órgão vinculado à Administração – Poder Executivo – e que por isso desenvolve tarefas de natureza administrativa”.

materialidade dos crimes. A finalidade principal do inquérito é emprestar justa causa ao Ministério Público, titular da ação, quando do oferecimento da denúncia no juízo criminal, ou ao ofendido nos casos de ação privada para oferecimento da queixa ou para fundamentar outras providências cautelares como prisões preventivas, buscas domiciliares, reconhecimentos, reconstituições, apreensões de objetos etc., ou seja, o inquérito é o instrumento formalizador da investigação policial.³⁷

Para que se proponha a ação penal, se faz necessário que o Estado disponha de um mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e sua autoria e o inquérito policial é o instrumento formal de busca desse objetivo. O Código de Processo Penal aglutinou no mesmo instrumento as atividades investigatórias promovidas pela Polícia Judiciária e a ação penal, promovida pelo Ministério Público. Ambas as atuações institucionais, somadas ao procedimento judicial, dá-se o nome de persecução penal, que em livre interpretação, significa a ação de perseguir o crime, é o que a doutrina jurídica chama de *persecutio criminis*.

Destarte, o direito de punir (*jus puniendi*) que surge para o Estado a partir da violação da norma penal é exercido por meio deste *jus perseguendi*, do qual ainda é peça essencial o inquérito policial servindo de base para a maioria das condenações, apesar de toda sua herança inspirada no estado novo e no regime militar que o mantiveram com os contornos hoje conhecidos. Foi recepcionado pela Constituição Federal, apesar do visível confronto com os princípios processuais penais que a carta magna concebera. Tudo isso demonstra a força da natureza outorgada desse procedimento policial.³⁸

Em razão dessa natureza jurídica, por conseguinte se tomarmos, por exemplo, qualquer ocorrência de um fato jurídico tipificado como crime ou contravenção, nasce para o Estado o direito de punir. Esse direito será concretizado por meio do processo, (*jus perseguendi*), do qual o inquérito passará a ser parte integrante, não sendo desentranhado de seus autos e, portanto, ainda que toda a doutrina manualesca o apresente como simples procedimento administrativo, o inquérito policial na sua essência é processo. Desde sua instauração, colhe elementos de convicção para prolação da sentença, ou seja, adequa-se ao conceito de processo, que é conjunto de atos organizados para formação de um ato final.³⁹

Mas a afirmação apresentada de que Inquérito Policial é processo e não procedimento não representa os ensinamentos instrumentais contidos nos manuais de direito processual. É claro que nos termos tecnicista dos manuais, Inquérito é procedimento como afirmado no começo do tópico, embora na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal em vigor, o Ministro Francisco Campos tenha escrito que o inquérito é “processo”⁴⁰. Contudo, a pesquisa empírica mostra que na prática o Inquérito é uma verdadeira instrução processual de formação de culpa com o juízo do poder de indiciar, muitas vezes antecipando até as consequências de uma condenação, além do que, depois de entranhado ao processo acaba por tornar-se referência essencial para a decisão.⁴¹

37 Conceito: “Conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 194.

38 “O inquérito policial é a peça mais importante do processo de incriminação no Brasil. É ele que interliga o conjunto do sistema, desde o indiciamento de suspeitos até o julgamento. A sua onipresença no processo de incriminação, antes de ser objeto de louvação, é o núcleo mais renitente e problemático de resistência à modernização do sistema de justiça brasileiro. Por isso mesmo, o inquérito policial transformou-se, também, numa peça insubstituível, a chave que abre todas as portas do processo e que poupa trabalho aos demais operadores do processo de incriminação - os promotores e juízes. MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 26, n. 1, p.16, jan. 2011.

39 A hora bien, después de estas explicaciones, la palabra ‘proceso’ nos há descubierto acaso un poço de su secreto. Se trata en honor a la verdad, de un proceder, de un caminar, de un recorrer un largo camino, cuya meta parece señalada por un acto solemne, com el cual el juez declara la certeza, es decir, dice que es cierto: ¿el qué? Uma de estas cosas: o que el imputado es culpable o que el imputado es inocente” CARNELLUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Tradução Santiago Siénis Melendo y Marino Ayerra Redín, Santa Fe, Bogotá, Colombia: Temis, 1977. p. 17.

40 “Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar [...]”. Item IV da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

41 MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010.

A solução para essa controvérsia seria importante para a observância durante o inquérito do contraditório e da ampla defesa. Seus defensores sustentam que tais princípios tornariam a investigação mais confiável.⁴² Seria uma adequação legal ao disposto no art. 155 do CPP, que prevê a possibilidade expressa de aceite dos elementos colhidos em sede policial como verdadeiras provas para a decisão judicial.⁴³

Na prática, na quase totalidade das vezes, a imputação é baseada nas provas e conclusões encontradas no inquérito, o qual fora realizado fora dos princípios constitucionais do processo penal, tudo porque, insiste-se que sua natureza jurídica está firmada como “procedimento administrativo”. Para alguns autores, se as provas nele realizadas podem formar a convicção do julgador, deve-se admitir a necessidade não só do contraditório nessa fase da investigação, mas também de todos os Direitos e Garantias Fundamentais, isso plenamente justificável por força da ideia de democracia como componente da própria sociedade.⁴⁴

4.2. O Controle Externo do Inquérito Policial

Os altos índices de violência e criminalidade, produzidos pela atuação policial, trouxeram à reflexão uma velha questão sociológica atribuída a Platão: *Quis custodiet ipsos/Custodes?*⁴⁵ “Quem guardará os guardiões?”. Diante da atuação relativa e ineficiente da polícia judiciária, como exercer o controle externo desse serviço público necessário? Existe um grande desconhecimento de toda a atuação formal e informal das polícias investigativas por parte da sociedade e por parte da própria gestão política. O controle externo que é exercido pelo Ministério Público não se tem mostrado suficiente. Este desconhecimento não decorre apenas do desprestígio do tema nos meios acadêmicos, mas também de certo insulamento das próprias organizações policiais. Existe grande dificuldade de análise e acesso aos dados das polícias judiciárias. Não estão dispostas a serem estudadas justamente por serem a face mais visível do sistema de Justiça Criminal e seus dados são frequentemente manipulados ou explorados sensacionalisticamente pela mídia.

A discussão acerca do controle externo não deveria envolver apenas o MP, deveria ser mais ampla e envolver o controle que a própria comunidade tem sobre a polícia. A expressão *accountability* vertical refere-se a essa adequação entre comportamento dessa política pública e os objetivos da comunidade. No modelo norte-americano é mais fácil esse controle da comunidade, pois ela participa no processo de escolha e, portanto exerce uma cobrança maior. No Brasil temos apenas a regulamentação do procedimento para a investigação durante o Inquérito Policial.

A investigação preliminar à formalização do inquérito policial tem como marco inicial o conhecido boletim de ocorrência (BO) e quase nenhum controle sobre a discricionariedade de sua conclusão. Alguns registros permanecem meses ou até anos sem solução arquivados ou simplesmente engavetados em delegacias. Um policial de Brasília respondeu a ação criminal na qual foi denunciado pelos crimes de prevaricação e ocultação de documento, ao omitir, durante sete meses, declarações que noticiavam a prática, em tese, de crimes praticados por empresários e um Senador da república.⁴⁶

42 No método inquisitório a pesquisa dos fatos é conduzida unilateralmente, com o propósito de confirmar, a todo preço e custo, uma hipótese de verdade previamente estabelecida pelo inquisidor, o que traz em si grave vício epistemológico. Ao contrário, o sistema formado pelo contraditório, permite a cada uma das partes apresentar provas contrárias para trazer elementos de confronto em relação às provas do adversário, enriquece o material probatório à disposição do juiz, aumentando a base cognitiva para o estabelecimento da verdade sobre os fatos” MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

43 “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não-repetíveis e antecipadas”. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008.

44 SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: ERT, 2004. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 e MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010.

45 Este provérbio sábio atribuído a Platão, nos lembra que podemos nomear funcionários para proteger os nossos direitos, mas nós devemos ser sempre vigilantes desses guardas e saber quem vai protegê-los de abusar do poder que lhes concedeu.

46 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Processo nº 2007.08.1.009734-8APR.

Em pesquisa da impunidade penal no município de São Paulo, 1991-1997, realizada pelos sociólogos Sérgio Adorno e Wânia Pasinato, analisando o desempenho da Polícia Civil em suas atribuições de Polícia Judiciária, usando como método o fluxo dos crimes no segmento ocorrência-inquérito policial, com a finalidade de verificar a conversão de boletins de ocorrência policiais (BOs) em inquéritos policiais (IPs), constataram que apenas 5,5% desses registros se converteram em inquérito policial.⁴⁷

No Distrito Federal não é diferente. Analisando os números estatísticos do ano de 2012, conforme pesquisa no sistema de análise criminal da Polícia Civil, fornecidos pela Divisão de Apoio Técnico e Estatístico, encontramos um número de 189.308 (cento e oitenta e nove mil, trezentos e oito) ocorrências criminais registradas.⁴⁸ Dentre as ocorrências registradas, não estão computadas as de acidentes de trânsito, desaparecimento de pessoas, remoção de cadáveres e as que ficaram registradas apenas em apuração. De qualquer forma, desse número relativo de ocorrências, o número absoluto de inquéritos instaurados em 2012 foi de 27.613 (vinte e sete mil seiscentos e treze). Ou seja, esses números não estão muito diferentes daqueles apurados na pesquisa de São Paulo, citada.

Do número de inquéritos instaurados, apenas 13.448 (treze mil quatrocentos e quarenta e oito) foram concluídos. O que também é um número relativo, pois a conclusão do inquérito não significa apuração da ocorrência criminal. De qualquer forma, esses são os números pesquisados na Polícia Civil.⁴⁹

Para complementar a pesquisa, foi necessária uma incursão nos dados do MPDF, disponíveis em seu endereço eletrônico. Tais dados são disponibilizados por promotoria criminal e numa análise por amostragem chega-se a um número aproximado de que apenas trinta por cento desses inquéritos concluídos são denunciados.⁵⁰

Saliente-se que dentro desses números pesquisados que demonstram uma atuação tão modesta da polícia judiciária, ainda temos os procedimentos da violência causada pela atuação da própria polícia. Um estudo da ouvidoria do estado de São Paulo pesquisou policiais pertencentes a um grupo de “elite” por um período aproximado de três anos e constatou que 162 policiais do grupo haviam respondido inquéritos por homicídio, um único policial, no mesmo período havia respondido 32 inquéritos. No Rio de Janeiro, 1.195 pessoas perderam a vida por conta de ações policiais no ano de 2003.⁵¹

O fato é que, no universo da criminalidade, desconhece-se a cifra oculta dos crimes não registrados e daqueles praticados pela própria polícia, mas sabemos que dentre os registrados poucos são os crimes investigados e que, dentre os investigados, poucos são os que serão indiciados, ou seja, convertidos inquéritos. Interessa ao Judiciário e ao Ministério Público um controle externo que seja realizado somente sobre os registros que são transformados em inquéritos, pois suas estruturas não suportariam uma atuação processual que incluísse a cifra oculta da criminalidade.⁵²

A seletividade discricionária e preconceituosa do Inquérito Policial, por si só, já seria suficiente para macular o procedimento, mas depois desse filtro viciado de instauração do inquérito policial, surge ainda outro problema: Inicia-se um verdadeiro “pingue-pongue” nas “subidas e baixas” do procedimento ao poder judiciário. Ou seja, vence o prazo da investigação e “sobe” o inquérito ao judiciário com pedido de devolução para prosseguimento. Um carimbo padronizado de ordem do juiz “baixa” o procedimento à po-

47 ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. Da criminalidade detectada à criminalidade investigada. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 51-84, jan./fev./mar 2010.

48 COMPARATIVO de registros criminais no DF Disponível em: <<http://www.pcdf.df.gov.br/ImagensFTP/ATENA/AnaliseTematicaPDF/79.PDF>>. Acesso em: 13/09/2013.

49 POLICIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. Divisão de Apoio Técnico e Estratégico _ dados de 2011.

50 Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Estatísticas das promotorias criminais*. Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/estatisticaonline/>>. Acesso em: 15/12/2013

51 Dados levantados por Marcos Rolim e divulgados na obra referenciada.

52 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 58.

lícia. A nomenclatura utilizada pelas expressões subir e baixar, muito comum entre os promotores, reforçam os traços subliminares de competição e desvalorização da investigação realizada, arvorando superioridade e subjugando as agências policiais numa posição de inferioridade.

O prazo processual máximo para a conclusão do Inquérito é de 30 dias, podendo ser prorrogado em caso de necessidade de prosseguimento das investigações quando o fato for de difícil elucidação⁵³. O Controle deveria ser feito pelo judiciário, mas na prática o inquérito policial é enviado quase que diretamente ao Ministério Público, pois a secretaria judicial apenas carimba um despacho padrão de “vistas ao MP”. A dilação do prazo normalmente é o dobro ou o triplo do prazo inicial. Sobre o assunto Michel Misse relata que é comum que o promotor não leia o inquérito antes da conclusão, apenas concorda com a “baixa” à delegacia com a concessão dos novos prazos solicitados:⁵⁴

Todos os setores que discutem política pública policial no Brasil partem sob o denominador comum da eficácia de formas exclusivamente externas de controle sobre a polícia. Acredita-se que isso diminuiria a propensão da polícia à arbitrariedade. Isto ocorre tanto em relação à atuação preventiva como reativa. Contudo, prepondera a discussão acerca do controle externo da atividade reativa, ou seja, a atuação da polícia judiciária, principalmente no que se refere à morosidade e seletividade dos procedimentos investigativos, com sua permeabilidade às demandas por soluções extralegais para atender interesse políticos ou pessoais.⁵⁵

Contudo, em contra-argumentação, alguns estudiosos sustentam que a extinção de instâncias internas de controle não diminui a impunidade de crimes cometidos por policiais, mas podem aumentá-la⁵⁶. No Brasil, em tese, existem as duas formas de controle. O externo exercido pelo Ministério Público e o interno exercido pelas Corregedorias de Polícia, contudo, como já demonstramos anteriormente, os estudos são escassos nessa área e estamos claramente diante de questões empíricas para aferir em que medida mecanismos de regulação interna da atividade policial pode ser mais eficiente do que mecanismos externos.

Várias tentativas de dar efetividade ao controle externo restaram frustradas na prática. Os promotores acusam os delegados de impedirem o controle sob a conivência política do poder executivo e os Delegados acusam os promotores de ingerência interna e usurpação da função de investigação criminal a pretexto de controle externo. A verdade é que, por enquanto, é uma falácia dizer que realmente existe um controle externo. É o que demonstram várias pesquisas empíricas sobre a atuação reativa da Polícia Judiciária diante da criminalidade detectada.⁵⁷

5. TESTANDO HIPÓTESES ALTERNATIVAS COMPARADAS

Nos países anglo-saxões, na tradição da *Common Law*, a investigação criminal é realizada em regra pela Polícia judiciária, com ou sem subordinação ao MP ou ao Judiciário. Contudo, situação peculiar é do modelo norte-americano, em que o chefe de polícia e o promotor (*district attorney*) são eleitos pelo voto popular e existe a participação do promotor durante as investigações para tentar barganhar com o acusado uma verdade negociada. Essa negociação é feita sob o controle vertical da comunidade. Diferentemente da nossa polícia que também barganha, mas de forma oficiosa ou ilegal.⁵⁸

53 Art. 10 de seus parágrafos do Código de Processo Penal.

54 MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010. p. 57

55 BEATO FILHO, C.C. Determinantes da criminalidade em Minas Gerais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 13, n. 37, p. 74-89, 1998.

56 BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento: uma análise comparativa internacional*. Trad. Renê Alexandre Belmonte. 2. ed. 1. reimpr. São Paulo: Edusp, 2006. (Série Polícia e Sociedade; n. 1). SKOLNICK, Jerome H.; FYFE, J.J. *Above the law: police and the excessive use of force*. N.York/Toronto/Singapore/Sydney, The Free Press, a Division of Mcmillan Inc., 1993.

57 ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. *Da criminalidade detectada à criminalidade investigada. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 51-84, jan./fev./mar 2010.

58 “é lógico que a polícia barganhe, negocie, oficiosa e/ou ilegalmente, em troca de algum tipo de vantagem, tanto o que inves-

Nos países continentais, na tradição da *Civil Law*, a investigação criminal, em tese, é sempre uma política de Estado na busca da verdade real dos fatos, subordinada ao positivismo legitimado pelo legislativo, podendo ser concomitantemente com as atribuições de Polícia Judiciária dentro ou fora do Ministério Público ou na forma do Juizado de Instrução, o qual preside as investigações utilizando a Polícia Judiciária para as diligências necessárias.

O Brasil segue a tradição dos países continentais. A investigação é competência da Polícia Judiciária sob controle externo do Ministério Público. No entanto, esse serviço público sempre esteve subordinado aos interesses políticos desde a época imperial. A vaidade do governante manteve a concentração desse poder em razão da necessidade de manipulação do Inquérito Policial e direcionamento aos seus interesses pessoais ou partidários, mas o desejo de mudança e a insatisfação com esse modelo não é recente. O anteprojeto do Código de Processo Penal de 1941 já descrevia a necessidade de mudanças na fase de investigação preliminar com a tentativa de diminuir as consequências de inquéritos policiais morosos e inadequados.⁵⁹

Passados mais de 72 anos do sistema de investigação preliminar atual, essa manipulação política permanece. Uma pesquisa realizada em 2012 pelo instituto Sensus a pedido da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) revela que quase a metade dos delegados considera que o órgão não tem independência para investigar. O percentual dos que veem independência é de 48,8%; não souberam ou não quiseram responder 4,7%. Como a margem de erro é de 3%, o resultado aponta uma divisão na percepção sobre a independência na categoria dos delegados da PF.⁶⁰

Segundo a publicação dos resultados, 46,5% dos delegados da Polícia Federal (em um contingente de 1.700) em todos os estados do país, entrevistados entre abril e março deste ano consideram que o órgão não tem independência para investigar. A pesquisa questionou sobre os motivos dessa percepção, o presidente da ADPF, Marcos Leôncio Sousa Ribeiro, o qual afirmou que investigações muitas vezes são prejudicadas porque não há estabilidade do delegado na investigação, o que permite que ele possa ser substituído a qualquer momento: “Se a Polícia Federal faz uma investigação que desagrade o governo, é o tempo de assinar a exoneração do delegado para que ele perca o cargo”.⁶¹

Nas polícias estaduais, com certeza o panorama não é diferente. Juntando as mazelas da natureza do próprio procedimento, a utilização política inadequada e a necessidade de estabelecer o *accountability* dessa política pública, diversas hipóteses para a solução foram levantadas, a maioria delas apresentadas em propostas legislativas, das quais neste trabalho nos propomos a apresentar sinteticamente três hipóteses das quais podemos analisar as vantagens e desvantagens buscando um estudo comparado com outras realidades. São elas as seguintes:

- Vinculação da polícia judiciária ao poder judiciário, investigação judicial e ou juizado de instrução;
- Vinculação da polícia judiciária ao Ministério Público e ou investigação ministerial;
- Descentralização por meio da municipalização da Polícia Judiciária;

O sistema de investigação preliminar diretamente subordinado ao poder judiciário ou de investigação judicial, também conhecido como juizado de instrução, é aquele sistema de investigação judicial no qual um juiz instrutor, membro do poder judiciário, dirige toda a apuração da infração coligindo todas as provas que

tiga como o que os escrivães policiais escrevem nos “autos” do inquérito policial, o que se denomina, mesmo, por uma categoria específica: a “armação do processo”. KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 169-183, p.174 maio, 1997.

59 Acentua o autor que alguns atos dos inquéritos trazem efeitos judiciários absolutos, como os autos de prisão em flagrante e as perícias, e outros atos, como as declarações de informantes, sem nenhum efeito probatório judiciário, mas tudo influenciando na convicção de juízes e tribunais LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 243.

60 QUASE metade dos delegados não vê independência na PF. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/quase-metade-dos-delegados-nao-ve-independencia-na-pf-diz-pesquisa.html>>. Acesso em: 13/12/2013

61 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS. Publicando pesquisa disponibilizada no G1 da Globo notícias em 02/10/2012. Disponível em: <www.adpf.org.br>. Acesso em: 13 dez. 2013.

vão constituir a fase preliminar da ação penal, de natureza jurídica de procedimento judicial pre-processual, diferentemente do sistema policial, cuja natureza jurídica é de procedimento administrativo pré-processual.⁶²

O Brasil já experimentou algumas situações de investigação parecida com o juizado de instrução, durante o período de intendência geral, conforme vimos nos antecedentes históricos. A crítica que se faz é a de que o sistema do juizado de instrução é também um sistema inquisitivo em que o judiciário teria maculado a sua imparcialidade, pois estaria atuando como parte. Os adeptos desse sistema sustentam que a busca da verdade não ofende a imparcialidade do judiciário, pelo contrário, confirma-a. Nos países que adotam esse sistema a polícia judiciária é subordinada ao poder judiciário. O juiz determina a instauração da investigação, dirige sua realização e decide acerca do seu término.⁶³

A Espanha é um exemplo da adoção do juizado de instrução, mas não na forma de outrora atuando como juiz “inquisidor”, pois o país adotou uma presunção absoluta de parcialidade em que o juiz instrutor, por ter atuado nos atos investigatórios e na admissão da acusação, é prevenido e como tal não pode julgar. Dessa forma, o sistema adotado na Espanha parece de maior proveito por ser realizado por um órgão suprapartes⁶⁴.

A segunda hipótese é o sistema de investigação com a polícia subordinada ao Ministério Público ou realizada diretamente pelo promotor, também denominado investigação ministerial, é o sistema cuja apuração da infração penal é dirigida ou realizada diretamente pelo promotor de justiça, também conhecido como “promotor investigador”, lembrando que se o promotor integrar o poder judiciário, esse será um procedimento judicial preliminar e se ele integrar o executivo será um procedimento preliminar administrativo.

Na visão de Aury Lopes Junior, há uma tendência atual de outorgar ao *parquet* a condução da investigação criminal, seja atuando diretamente ou por intermédio da polícia judiciária. Em caso de atuação direta, o MP deveria contar com uma estrutura policial em sua própria organização. Quando atuando por intermédio da Polícia Judiciária, esta, por seu turno, deveria se subordinar funcionalmente ao MP.

A crítica que se faz é também que a atuação inquisitória na qualidade de parte provocaria um desequilíbrio no contraditório e acabaria enfraquecendo o papel do MP no controle da legalidade da investigação criminal. A opinião favorável é no sentido de que o MP é parte apenas formal, o que não ofende a imparcialidade que deve ser perseguida pelo promotor. Um exemplo sempre citado desse sistema é o italiano, contudo lá somente os fatos mais complexos são dirigidos diretamente pelo Ministério Público. Saliente-se que por lá também existem duras críticas ao envolvimento direto do MP na investigação e no plano legislativo existem vários projetos legislativos que diminuem a autonomia do MP, em prol de uma Polícia mais ativa durante as investigações.⁶⁵

A última hipótese trata da descentralização por meio da municipalização do serviço público policial: “Descentralizar significa *stricto sensu* devolver às bases o que lhes pertence, mas foi apropriado pelo centro” Alguns estudos apontam para uma proposta de policiamento comunitário, de proximidade, nos moldes daqueles existentes nos Estados Unidos⁶⁶. Considerando-se que tais estudos referem-se ao policiamento realizado pelas polícias dos condados norte-americanos, as quais efetuam o ciclo completo de atuação, ou seja, tanto a prevenção quanto a investigação. Considerando ainda as experiências com algum sucesso no Brasil, como no exemplo do Bairro de Copacabana no Rio de Janeiro. As polícias nos moldes metropolitanos podem sim alcançar maior índice de eficiência.⁶⁷

62 LOPES JR, Aury. *Sistemas de Investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

63 Projeto apresentado em 15/08/1935, pela comissão redatora presidida pelo Ministro Vicente Rao.

64 No Brasil, em tese, a Polícia Judiciária também é um órgão suprapartes. LOPES JR, Aury. *Sistemas de Investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 81.

65 VOGLIOTTI, Massimo. Les relations police-parquet: un équilibre menacé? *Droit et Société*, Paris, n. 58, 2004.

66 MUNIZ, Jacqueline; MUSUMECI, Leonarda; LARVIE, Patrick. Policiamento comunitário: uma experiência em Nova Iorque. *Tiradentes. Revista do Clube de Oficiais da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, p.26-29, jan./mar. 1996.

67 MUSUMECI, Leonarda. Resistências e dificuldades de um programa de policiamento comunitário. *Revista Tempo Social*, São

O ciclo completo pode ser realizado satisfatoriamente em termos municipais. A parte preventiva já é feita pela guarda municipal e, embora não exista uma Justiça municipal, nada impede que uma polícia municipal possa realizar também a investigação policial e até mesmo o inquérito, para aqueles que o entendem necessário, e encaminhar o resultado ao Ministério Público que está presente em todos os municípios.

A polícia municipal de ciclo completo absorveria as atuais guardas municipais, o que poderia ocorrer inicialmente em relação àquelas que detêm o direito de porte de arma, ou seja, aquelas presentes nos municípios com mais cinquenta mil habitantes⁶⁸. Os municípios menores poderiam ficar sob circunscrição dos municípios maiores mais próximos, mas o ideal é a polícia até mesmo em termos de bairros, quanto mais descentralizada, mais fácil o controle externo por parte da comunidade.

O princípio da municipalização ainda é incipiente em nosso país. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a descentralização das ações governamentais na área da assistência social, sendo então o Município elevado à categoria de ente da federação⁶⁹. Mas na área das políticas públicas de segurança essas ações ainda permanecem centralizadas na seara federal e estadual. É preciso abolir esse sistema policial centralizado e distante da comunidade para tentar substituí-lo por algo nosso, mesmo que usando a inspiração americana, mas com um mínimo de eficiência.

Não podemos confundir municipalização com “prefeiturização”, que é o simples repasse de encargos para as prefeituras municipais ou com “prefeitorização” que é o repasse de competências para a figura política do prefeito. Ao contrário, municipalizar significa que os demais entes federativos transferiram atribuições aos Municípios. Significa a destinação de autonomia e poder maiores em favor desses entes descentralizados de onde partem, na verdade, as verbas para a segurança pública. Essa municipalização deve incorporar a gestão pública de programas de combate a criminalidade local e também a estruturação das polícias, sob o controle da comunidade que poderia até participar de um processo de escolha da direção da polícia.

Existem sérias resistências práticas contra o modelo comunitário de polícia. As razões são as mais diversas, desde a formação embrionária da cultura policial no Período Colonial, passando pela Polícia Imperial, pelas polícias nos períodos dos governos de Getúlio Vargas e na Ditadura Militar. Com experiências institucionais que moldaram uma polícia atrelada aos interesses do Estado e dos grupos que hegemonomizam o poder econômico. Até chegar ao centralizado sistema de segurança pública atual, onde a legislação optou por um modelo centrado na ideia de “combate” ao crime, vinculado às concepções de “lei e ordem”, em forma de guerra e não de serviço público de segurança às comunidades.⁷⁰

Mas, academicamente, não encontramos qualquer resistência a esse modelo de polícia. O sistema atual está superado e requer modificações institucionais que privilegiem a atuação integral, participativa e comunitária. Essas modificações implicam alteração constitucional buscando a municipalização das polícias, especialmente a judiciária, visando aproximar a investigação criminal das decisões das comunidades, que poderão exercer controle mais efetivo sobre esse importante serviço público. A abolição do atual sistema policial pode valer-se dos mesmos argumentos usados para a abolição do sistema penal.

Paulo, v. 9, n. 1, maio 1997.

68 BRASIL. Estatuto do Desarmamento Incisos III e IV, respectivamente, do art.6º da Lei n. 10.826/2003.

69 Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

70 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Parâmetros para a conceituação constitucionalmente adequada de segurança pública”. In OLIVEIRA, Fátima Bayma de et al (Org). *Desafios da gestão pública de segurança*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 52.

6. O ABOLICIONISMO

Relembrando a obra “Penas Perdidas” de Louk Hulsman,⁷¹ em que ele sugere que o sistema penal é uma construção tão distante da realidade que deverá desmoronar sozinho, foi possível encontrar um corolário com o sistema policial, o qual também faz parte do sistema penal. Em suas conclusões o autor qualifica o sistema penal de maniqueísta. A atuação policial, máxime a de investigação criminal, é exatamente isso. A luta contra um inimigo, o “alvo”. O criminoso contra o qual o sistema deve atuar para que ele não possa perturbar a sociedade. Na verdade esse “alvo”, na opinião do autor, nada mais é do que um meio de legitimação do sistema penal.

Todas as correntes críticas do sistema penal, iniciando pelo abolicionismo, passando pelo minimalismo e culminando no eficientismo, tem em comum o fato de que o criminoso é um homem estereotipado pela sociedade que é encontrado seletivamente pela polícia e do qual se extraem preconceituosamente as condutas criminais. A polícia não parte do fato para o suspeito, mas do suspeito para o fato. Por isso, para quem não se enquadra nos estereótipos é mais fácil escapar da atuação policial. É claro que excepcionalmente investiga-se um colarinho branco. Mas a exceção existe exatamente para confirmar a regra.

Portanto, o objeto da crítica por parte do abolicionismo não é o Direito Penal, mas o sistema penal em que estão incluídas todas as agências desse processo de política pública criminal. E o objeto desse item é também uma crítica abolicionista, mas não uma abolição institucionalizada, como fez Hulsman, mas apenas do atual sistema policial, iniciando pelo método utilizado para a investigação policial, ou seja, o Inquérito Policial. Ele é objeto das críticas e controvérsias já citadas no item três e ainda se manifesta de forma seletiva e descontrolada. Michel Misse em pesquisa no estado do Rio de Janeiro verificou que antes do Inquérito acontece um procedimento informal denominado VPI — Verificação de Procedência de Investigação — que avalia se vale à pena ou não instaurar um inquérito.⁷²

A pesquisa coordenada por Michel Misse teve por objetivo compreender todo o processamento da investigação criminal. Apresentou suas conclusões com base em informações de quatro universidades federais e uma particular em cinco estados brasileiros (Porto Alegre, Rio de Janeiro, Brasília, Recife e Belo Horizonte). O projeto descreve as etapas e os procedimentos práticos desde o registro de um crime, a atuação informal através da “Verificação de Procedência da Investigação” e posterior instauração de um inquérito, detalhando toda a formalidade cartorária nas delegacias, até a conclusão ou o “pingue-pongue” com Ministério Público.⁷³

Esse trabalho estatístico e etnográfico trouxe resultados dos quais podem ser extraídas três conclusões importantes: os inquéritos são mal elaborados, a investigação é ineficiente para formar a *opinio delicti* do promotor e o promotor usa essa deficiência para administração da sua demanda de trabalho criminal. Estas conclusões foram apresentadas no relatório da 1ª conferência Nacional para discutir Política de Segurança Pública no Brasil, realizada em Brasília, que teve como referencial teórico a mesma pesquisa encomendada pela FENAPEF. Sobre essa última conclusão, na parte relativa ao DF, conclui:

Constatamos que ao fazerem os IP's retornarem para a polícia, os promotores frequentemente estão administrando sua demanda de processos. Dependendo do tipo de crime, os promotores solicitam os trabalhos da polícia como forma de ganhar tempo e mais adiante evocar a chamada “prescrição em perspectiva”. Ou seja, dado o tempo já decorrido e avaliando o tempo que o processo irá tramitar, o promotor sugere que quando o caso finalmente for julgado muito provavelmente já terá prescrito.⁷⁴

71 Obra “Penas Perdidas” de Louk Hulsman, escrita em co-autoria com Jacqueline Bernat de Celis HULSMANN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lucia Karam. Niterói: LUAM, 1997. p. 29.

72 Misse constata a existência e a ilegalidade deste procedimento informal que precede o inquérito policial. MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010. p. 29.

73 MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010. p. 35.

74 BRASIL. Ministério da Justiça. Primeira Conferência Nacional de Segurança Pública. *Cadernos Temáticos da CONSEG*, Brasília, ano 1, n. 7, 2009, ISSN 2175-5949.

Não é possível mais transigir com o sistema de investigação criminal. A maior parte da população ignora como funciona esse sistema ou tem um conhecimento apenas simbólico. A mídia e as produções dramáticas perpetuam a ideia maniqueísta de que a polícia pode coletar e proceder à descarga desse excremento da sociedade. A gestão pública ainda aceita comodamente a ideia de que essa investigação policial pode identificar o mau e promover a paz social. Então se mantêm os símbolos da justiça por meio dos policiais combatendo os criminosos. A verdade é que existe uma cifra negra e oculta da criminalidade que não é alcançada pelo policial e outra cifra que é simplesmente jogada debaixo do tapete, conforme já destacou em sua obra Louk Hulsman:

Se um grande número de vítimas não denuncia os fatos puníveis à polícia, esta também não transmite todos os fatos que lhe são comunicados ao Parquet, o qual, por sua vez, longe de mover processos em relação a todos os fatos que lhe são submetidos, arquiva a maior parte. Isto quer dizer que o sistema penal, longe de funcionar na totalidade dos casos em que teria competência para agir, funciona em um ritmo extremamente reduzido.⁷⁵

É preciso abolir o sistema de polícia judiciária atual, substituindo-o por um sistema eficiente de investigação criminal. Na proposta abolicionista de Hulsman, o papel da polícia seria convertido em assistencialismo, retirando suas funções atuais, ganhando assim a respeitabilidade. A investigação e a prevenção precisam estar mais próximas e sob controle da comunidade, em cada bairro e em cada rua, quando possível realizada pelo mesmo policial. Segundo o autor, se fosse abolido o sistema penal, a maior parte dos que hoje participam de seu funcionamento continuaria tendo suas atividades asseguradas.⁷⁶

O jornalista e especialista em segurança pública, Marcos Rolim também defende uma revolução no paradigma do trabalho policial, mudando a ideia de poder de polícia como monopólio do uso da força pelo Estado para uma ideia de trabalho policial com a finalidade de proteger as pessoas e assegurar os seus direitos elementares⁷⁷. Para demonstrar a necessidade de mudança e a ineficiência da polícia ele usou a metáfora “a síndrome da rainha vermelha” extraída de uma passagem bastante conhecida do livro *Alice Através do Espelho*⁷⁸, onde ocorre o encontro de Alice com a rainha vermelha em um cenário que reproduz a imagem de um imenso tabuleiro de xadrez a céu aberto, querendo significar o efeito “mudança zero” na taxa de êxito alcançado pela agência de polícia judiciária, que ele prefere chamar de polícia reativa: É a seguinte passagem:

Vamos, Alice, corra, corra mais”. Exausta com o esforço, ela se frustra quando percebe que não saiu do lugar. No mundo da Rainha Vermelha é assim mesmo. Corre-se mais e mais, para não sair do lugar. Aliás, é preciso correr muito para ficar no mesmo lugar. O paradoxo serve de metáfora para pensarmos o drama da segurança pública brasileira: quanto menos funcionam as práticas e os métodos adotados, mais são privilegiados pelos investimentos públicos e mais são aplicados pelas autoridades da área, que os repetem acriticamente.⁷⁹

O paradoxo também é que apesar do progresso nos estudos de criminologia aplicada à modalidade de polícia reativa, no Brasil a gestão pública continua com os mesmos métodos e as mesmas estratégias. Os esforços, mesmo quando desenvolvidos em intensidade máxima “costumam redundar em lugar nenhum”. O autor sugere que os estudos policiais devem ser mais acessíveis e com bases científicas. Cita como exemplo estudos empíricos que demonstram a “cifra obscura” da atuação policial e comprova com estatísticas

75 HULSMAN, Louk; CELIS, Bernat J de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 65.

76 HULSMAN, Louk; CELIS, Bernat J de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 165.

77 ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar: Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009. p. 28.

78 *Through the Looking-Glass and What Alice Found There* (publicado em Portugal como *Alice do Outro Lado do Espelho* e no Brasil como *Alice Através do Espelho* e *O Que Ela Encontrou Por Lá* e ainda *Alice No País Dos Espelhos*) é um livro de 1871, a continuação do célebre *Alice's Adventures in Wonderland* (*Alice no País das Maravilhas*), de 1865. O autor é Charles Lutwidge Dogson, conhecido como Lewis Carroll (1832-1898).

79 ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar: Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009. p. 37.

demonstrando a ineficiência do sistema. Diante dos indicadores de ineficiência, o gestor público equivocadamente imagina que, em lugar de uma nova receita, o que ele precisa é aumentar os ingredientes da mesma fórmula. É o que o autor denomina “isoformismo reformista”⁸⁰.

Portanto, é preciso rediscutir o sistema policial e alcançar uma proposta abolicionista que incluam todos os seus atores em uma condição melhor, pois integrarão um novo sistema que só poderá atuar com um mínimo aceitável de eficiência. Não adianta ajustar o modelo atual, nem investir mais recursos nele, mas sim construir um novo modelo dotado de uma nova racionalidade. “O modelo rativo não funciona e todas as tentativas de renová-lo ou emprestar-lhe os meios necessários para alcançar seus pretendidos objetivos irão fracassar”.⁸¹

7. CONCLUSÃO

A divisão dos tópicos deste artigo buscou apresentar as várias nuances do serviço público de investigação criminal prestado pela Polícia Judiciária no combate à criminalidade. Discorreu-se, entre outros assuntos, sobre as escolas criminológicas, os paradigmas, a cultura e o campo policial usando com referencial principal as obras de Pierre Bordieu e Thomas Kuhn. O conceito de campo foi usado para tentar dimensionar o espaço onde os policiais estão em concorrência pela capacidade de solucionar os crimes. A noção de paradigma serviu para demonstrar a necessidade de uma revolução copernicana no sistema policial e a defasagem existente entre os estudos nessa área de política de segurança pública e a criminologia crítica. A criminologia foi a lente acadêmica usada para procurar identificar a crise no sistema policial e apresentar possíveis alternativas de solução. Embora criticável em face do não reconhecimento da cientificidade do tema, explica-se a utilização da tese paradigmática, apesar dela se referir às ciências duras, porque ela já é usada amplamente para identificar crises nas ciências sociais.

Essa constatação foi importante para demonstrar a crise que se instalou no atual modelo de política pública de polícia judiciária. Foi a partir da tese de Kuhn que foi possível entender que a crise não é o lado errado da ciência normal, mas apenas uma anomalia⁸². Até então existia uma visão de que a ciência era a garantia da verdade e que o contrário seria um erro. É claro que aqui não se pretendeu defender a cientificidade do tema em estudo, mas apenas tentando fazer uma correlação do conceito de crise no paradigma kuhniano com os aspectos não compartilhados pela academia nos estudos criminológicos sobre a cultura policial. Principalmente a contradição entre o paradigma de criminologia crítica e os programas de política de segurança pública.

A partir da década de 70, a criminologia crítica aliou-se aos estudiosos de antropologia e sociologia e vêm partilhando uma mesma medida paradigmática para a avaliação da política pública policial. A medida comumente utilizada para demonstrar se existe crise no sistema é a avaliação empírica do “tempo de resposta” no atendimento de uma solicitação, em relação à polícia preventiva e a “taxa de resolução” das ocorrências investigadas, em relação à polícia repressiva⁸³. Quanto a esta já se demonstra por meio do paradigma de criminologia crítica a relatividade do método.

80 ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar: Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009. p. 40-44.

81 ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar: Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009. p. 44.

82 “E como a ciência que denomino normal é precisamente a pesquisa dentro de um referencial, ela só pode ser o reverso de uma moeda cujo anverso são as revoluções”

83 “Tempo de resposta” significa o tempo que a polícia gasta desde o acionamento até a chegada ao local do evento, sendo considerado ótimo o tempo de dez minutos. SILVA FILHO, J.V. *Estratégias policiais para redução da violência*. Instituto Fernand Braudel de Economia Mundial. Disponível em: <<http://www.braudel.org.br/pesquisas/quinto.htm>>. Acesso em: 13/12/2013

A avaliação que se faz por meio da denominada “taxa de resolução”, taxa de elucidação ou índices de casos resolvidos, também é conhecida nos estudos comparados como *clearance rate*, isto é, o percentual de casos resolvidos em matéria de investigação criminal. No Brasil isso só é possível por meio dos índices oficiais do Inquérito Policial e somente naqueles em que restam demonstrados a autoria e a materialidade da infração penal e a subsequente atuação do Poder Judiciário. É aí que constatamos a relatividade do método utilizado nos estudos, o qual demonstra a existência da crise no serviço público policial e a necessidade de uma revolução paradigmática nos moldes da revolução copernicana.

A pesquisa analisa os índices de solução investigativa pela Polícia Judiciária demonstrados por vários sociólogos, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, os quais constataram que tais índices estão abaixo da média mundial. Também faz uma avaliação de tais índices no Distrito Federal e o resultado encontrado não foi diferente. É preciso salientar que a “taxa de resolução” se refere apenas a parte possível de se demonstrar da ineficiência do sistema, pois ela representa apenas a criminalidade oficial. Há um completo desconhecimento acerca dos índices dos crimes não registrados e daqueles praticados pela própria polícia, mas sabemos que dentre os registrados poucos são os crimes investigados e que, dentre os investigados, poucos são os que serão indiciados, ou seja, convertidos inquéritos e, ainda, poucos os que serão denunciados e, por último, poucos os que serão punidos judicialmente. A polícia judiciária é apenas uma parte do sistema penal, mas funciona de forma relativa e ineficiente.

O Anuário brasileiro de segurança pública 2013, divulgado no dia 05 de novembro de 2013, trouxe uma crítica sobre a omissão acerca da questão da criminalidade na discussão da agenda de política pública sobre o plano de metas do desenvolvimento do Brasil pós-2015. Afirma o estudo que “Existem bases empíricas convincentes para incluir a prevenção e redução da criminalidade no quadro de desenvolvimento pós-2015”.

Tal inclusão se justifica porque as melhorias nos níveis de segurança pública são estatisticamente proporcionais aos ganhos corolários aos níveis de desenvolvimento da nação. Altos índices de violência são associados com falhas na redução da pobreza, aumento do desemprego e com fome prolongada, cujo combate faz parte dos objetivos do desenvolvimento mundial para o milênio (ODM) propagado pela Organização das Nações Unidas.⁸⁴

Por isso, foram testadas algumas hipóteses comparadas de solução para a crise do sistema. Entre as hipóteses estudadas, aquela que ainda não possui resistência acadêmica é a da municipalização do serviço público policial. Um modelo descentralizado de polícias municipais, de ciclo completo, realizando o policiamento ostensivo e também a investigação poderia ser uma solução viável. O princípio da descentralização ou da municipalização já foi adotado para a gestão pelo município dos programas de atenção à criança e ao adolescente. Foram instalados conselhos municipais tutelares dos direitos das crianças e dos adolescentes e os resultados têm sido alcançados. A comunidade local tem maior facilidade em identificar seus problemas e propor soluções. Em relação à segurança pública, não seria diferente. Bastaria estender esse pacto federativo também para a área policial.

A sugestão para uma polícia municipalizada, de ciclo completo, próxima da comunidade, não seria contrária ao paradigma crítico da criminologia, pois não significaria combater a criminalidade com a criação de mais polícia. Seria sim uma diminuição do sistema atual com a abolição das polícias militares e civis e a substituição por uma solução local aproveitando, inclusive, as guardas municipais. Essa sugestão vale não como uma solução da crise do sistema, mas como um contributo para fomentar as pesquisas nessa área. Ressalte-se que todo o desenvolvimento deste trabalho buscou despertar o interesse pelos estudos e não uma solução mágica para o problema. Considera-se que muito há ainda que percorrer neste campo da investigação. A crise não é só na investigação ou na formalização do inquérito existem também falhas na atividade ostensiva e na polícia responsável pelo sistema penitenciário. Portanto, esse é um campo fértil de trabalho para outros investigadores.

84 ANUÁRIO DO FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 7., 2013, São Paulo.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. *Da criminalidade detectada à criminalidade investigada. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 51-84, jan./fev./mar 2010.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento: uma análise comparativa internacional*. Trad. Renê Alexandre Belmonte. 2. ed. 1. reimpr. São Paulo: Edusp, 2006. (Série Polícia e Sociedade; n. 1).
- BEATO FILHO, Claudio C.; RABELO, Karina; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir de. Reforma policial no Brasil. In: BEATO, Claudio. (Org.). *Compreendendo e avaliando: projetos de segurança pública*. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 167-217.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BRASIL. *Código de Processo Penal Anotado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. art. 4º aos 23, p. 41-53.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 58. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Primeira Conferência Nacional de Segurança Pública. *Cadernos Temáticos da CONSEG*, Brasília, ano 1, n. 7, 2009, ISSN 2175-5949.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). O conceito de política pública em direito. In *POLÍTICAS Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 13-53.
- CARNELLUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Tradução de Santiago Sienís Melendo; Marino Ayerra Redín, Santa Fé. Bogotá, Colombia: Temis, 1977.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- COSTA, A. T. É possível uma Política Criminal? A discricionariedade no Sistema de Justiça Criminal do DF. *Revista Soc. Estado*, Brasília, v. 26, n. 1 jan./abr. 2011.
- COSTA, A. T. O inquérito policial no Distrito Federal. In: *REFLEXÕES sobre a investigação brasileira através do inquérito policial*. Brasília: MJ. 2009, p. 53-64.
- DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia Cero: estrategias y prácticas de la sociedad del control*. Barcelona: Virus, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *El poder de acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*. Barcelona: Ariel Derecho, 2000.
- PENAL. Código de Processo Penal Anotado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais
- BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Estatísticas das promotorias criminais*. Disponível em: <<http://www.mpdft.gov.br/estatisticaonline/>>. Acesso em: 13/12/2013
- FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS. *Inquérito Policial “Um elefante Branco”*. Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/39993>>. Acesso em: 13/12/2013
- FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal*. Tradução por Luiz Lemos D’Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.

- GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- HALL, Peter. Policy paradigms, social learning, and the State: the case of economic policy-making in Britain. *Comparative politics*, New York, NY, v. 25, n. 3, p. 275-298, apr. 2003.
- HOLLOWAY, Tomas H. *Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: FGV, 1997.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Bernat J de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997.
- KANT DE LIMA, Roberto. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- KANT DE LIMA, Roberto. Direitos Civis, Estado de Direito e 'Cultura Policial': a formação policial em questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 41, 2003.
- KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 169-183, maio, 1997.
- KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, Justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. *Revista de Sociologia e Política*, São Paulo, 1999, v.9, n. 1, p. 169-183.
- KUHN, Thomas. S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2. ed. Madri: Siglo veintiuno de España, 2000.
- LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MANNING, Peter. *Police Contingencies*. Chicago: University of Chicago Press, 2003.
- MANNING, Peter. *Police Work: the social organization of policing*. Cambridge: MIT press, 1977.
- MARIANO, Benedito Domingos. *Por um novo modelo de polícia no Brasil: a inclusão dos municípios no sistema de segurança pública*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. – (Coleção Brasil Urgente).
- Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Estatísticas das promotorias criminais*. Disponível em: <<http://www.mpdf.gov.br/estatisticaonline/>>. Acesso em: 15/12/2013
- MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010.
- MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 26, n. 1, jan. 2011.
- MONJARDET, Dominique. *O que faz a polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: EDUSP, 2003. (Série Polícia e sociedade).
- MULLER, Pierre. L'Analyse Cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique. *Revue Française de Science Politique*, Paris, v. 50, n. 2, abril 2000.
- MULLER, Pierre. *Politiques Publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.
- MUSUMECI, Leonarda. Resistências e dificuldades de um programa de policiamento comunitário. *Revista Tempo Social*, São Paulo, v. 9, n. 1, maio 1997.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Delegado sem concurso e formação jurídica. *Revista da Ordem dos Advogados de Goiás*. Disponível em: <<http://www.oabgo.org.br/Revistas/35/reportagem.htm>>. Acesso em: 13/12/2013.

- PANDOLFI, Dulce et. al. *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br>>. Acesso em: 12 nov. 2011.
- PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- REINER, Robert. *A política da polícia*. São Paulo: EDUSP, 2004.
- REVISTA VEJA, *on-line*, edição 1800, Abril. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/300403/p_042.ht>. Acesso em: 11 nov. 2013.
- ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar: Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: ERT, 2004.
- SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006.
- ANUÁRIO DO FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 7., 2013, São Paulo.
- SKOLNICK, Jerome H. *Justice without trial. Law enforcement in democratic society*. New York: John Wiley, 1966.
- SKOLNICK, Jerome H.; FYFE, J.J. *Above the law: police and the excessive use of force*. N.York/Toronto/Singapore/Sydney, The Free Press, a Division of Mcmillan Inc., 1993.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VOGLIOTTI, Massimo. *Les relations police-parquet: un équilibre menacé? Droit et Société*, Paris, n. 58, 2004, p. 453-497.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2013*. Disponível em: <www.mapadeviolencia.org.br>. Acesso em: 13 dez. 2013.
- WALKER, Samuel. *Taming the System: The Control of Discretion in Criminal Justice, 1950-1990*. New York: Oxford University Press, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAVERUCHA, J. FHC. *Forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Processo eleitoral e políticas
públicas: influências recíprocas**
Electoral process and public
policies: reciprocal influences

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Processo eleitoral e políticas públicas: influências recíprocas*

Electoral process and public policies: reciprocal influences

Pablo Malheiros da Cunha Frota**

RESUMO

O diálogo constitutivo entre os direitos fundamentais e as políticas públicas é permanente, pois essas são um dos fios condutores para a efetivação dos mencionados direitos. As políticas públicas constituem, juridicamente, uma atividade estatal coordenada de vários agentes, de maneira multi-institucional (planos macro, micro e mesoinstitucional), para efetivar direitos fundamentais, mormente os de caráter social, como aqueles relacionados à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, entre outros. Devem refletir um diálogo entre o Estado e a sociedade civil, por meio dos citados planos efetivados pelas ideias de programa, ação-coordenação e de processo. Esse cenário serve de pano de fundo para a interdependente relação entre as políticas públicas e o processo eleitoral, espectro do plano microinstitucional, com uma ideia de contraditório diversa daquela apreendida no processo judicial ou legislativo, permitindo que a construção dos programas políticos partidários, por exemplo, do PT e do PSDB e as suas coalizões eleitorais, legendas que estão no poder da República brasileira nos últimos 16 (dezesesseis) anos, não se afaste da continuidade e da intensificação das aludidas políticas, tendo em vista que disputam a mesma base eleitoral, e possibilitando a criação de programas sociais de caráter redistributivo e universalista, conclusão final do artigo. Utilizou-se a metodologia de procedimento lastreada em referências às literaturas jurídica e política, com lastro em pesquisas empíricas, sendo o método adotado o indutivo-dedutivo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. políticas públicas. Interdependência. Processo eleitoral.

ABSTRACT

The constitutive dialogue between fundamental rights and public policies is permanent, as they are one of the guiding forces for the realization of the rights mentioned. They legally constitute coordinated public policies of various agents, multi-institutionally (macro, micro and meso-institutional plans) to effect fundamental rights including those of social nature, such as those related to education, health, food, work, housing, leisure, security, social security, protection of motherhood and childhood, assistance to the

* Recebido em 29/06/2014

Δprovado em 26/10/2014

** Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autónoma de Direito de São Paulo. Professor Associado do PPGD-UNICEUB e da graduação em direito no UniCEUB. Advogado. CV Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0988099328056133>>. E-mail: pablomalheiros07@gmail.com

destitute, among others. They should reflect a dialogue between the state and civil society, through such plans effected by the ideas of program, action-coordination and process. This scenario serves as a backdrop for the interdependent relationship between public policies and the electoral process, the spectrum of the micro-institutional plan with an idea of contradiction different from that learned in either the judicial or legislative process, allowing the construction of political party programs, e.g., the Worker's Party (PT) and the Brazilian Social Democracy Party's (PSDB) as well as their electoral coalitions, in power of the Brazilian Republic for the last 16 (sixteen) years, to not depart from the continuity and intensification of the alluded policies, given that they vie for the same voter base, and enabling the creation of redistributive social and universal programs, the final conclusion of the article. It was used the methodology of procedure anchored in the legal and political.

Keywords: Fundamental rights. Public policy. Interdependence. Electoral process.

1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre as *políticas públicas* se intensifica na Ciência Política e na Administração Pública nos idos da década de 1970 do século XX, tendo como pioneiros Daniel Lerner, Harold Lasswell, Herbert Alexander Simon, Charles E. Lindblom e David Easton,¹ embora seja possível afirmar que esse debate remonte a Aristóteles, quando o Estagirita preocupava-se com os destinos dos bens públicos e da sua deliberação política pelos cidadãos gregos. Independentemente da gênese dessa temática, percebe-se que ela possibilita uma interação entre a política, a ação do Poder Público, o Direito, a Filosofia, a Economia, entre outras áreas do saber.²

O instituto da política pública explicita essa relação interdisciplinar,³ sempre necessária e complementar, pela verificação de que o Direito e a Economia são exemplos de disciplina política ao pressuporem a aplicação do raciocínio prático,⁴ que auxilia a construção de soluções para as questões sociais das quais as referidas políticas públicas derivam.

Isso se extrai de um possível sentido atribuível à compreensão do termo política pública: atividade estatal coordenada de vários agentes, de maneira multi-institucional (planos macro, micro e mesoinstitucional),⁵ para efetivar direitos fundamentais⁶, mormente os de caráter social, como aqueles relacionados à educação,

1 LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. *Interface* (Porto Nacional), Mato Grosso do Sul, n. 5, p. 49-53, out. 2012.

2 Em sentido parecido: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 1.

3 O sentido de interdisciplinar é o trazido por Alexandre Araújo Costa em sua obra de introdução ao Direito: “um enfoque interdisciplinar, ou seja, uma perspectiva que combine conhecimentos provenientes das várias disciplinas que estudam esse objeto”. COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001. p. 88.

4 FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. O Problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 187, p. 21-34, 2010. p. 30.

5 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

6 José Jardim Júnior não diferencia direitos fundamentais de direitos humanos, pois são equivalentes e merecem a proteção constitucional (Lei Fundamental de Bonn, art. 1º, nº 2) estando positivados (ou não), embora exista entendimento contrário. Nesse sentido e trazendo a discussão sobre o assunto, ROCHA JÚNIOR, José Jardim. *Os direitos humanos como problema do direito positivo*: apontamentos para uma análise referente às demandas republicanistas do constitucionalismo. 2002. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2002. Frise-se que a expressão direitos humanos não abrange alguns direitos, como os relacionados ao meio ambiente. Dessa forma, concorda-se com Gregório Assagra quando afirma que a expressão direitos fundamentais é a adequada, pois “exprime a ideia de direitos que tutelam, no plano global ou no plano interno, de forma direta ou até reflexa, a vida e sua existência com dignidade, abrangendo até mesmo direitos de outras espécies de seres vivos, além da espécie humana”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 603. Altera-se, portanto, o entendimento de que estaria correta a indistinção dos termos direitos fundamentais e direitos humanos, posta na obra FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008. p. 64 (Coleção Rubens Limongi França, v. 4). Ressalva-se, ainda, que nem todo

à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, entre outros (Constituição Federal de 1988 – CF/88, arts. 6º – 11).

Comprova-se tal relevância dos direitos fundamentais pelo fato de o Brasil, entre outros documentos, ter ratificado e assinado o Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, como se extrai do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. O art. 2º do referido Pacto traz a importância dos direitos fundamentais sociais e o dever do Estado em efetivá-los:

ARTIGO 2º

1. Cada Estado-Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.
2. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.
3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.⁷

Como se vê, a realização de direitos fundamentais sociais, mote das políticas públicas, depende, entre outros fatores, da adequada tutela de bens majoritariamente indivisíveis, de fruição coletiva (p. ex.: meio ambiente), ensejando uma conjugação da distributividade⁸ e da socialidade⁹ da justiça. Nessa linha, determinada política pública que objetive o exercício socioeconômico e ambiental da posse, do domínio e da propriedade privada lidará com os “limites da apropriação individual dos recursos ambientais, tanto em termos econômicos quanto em termos de fruição pessoal, considerando variada gama de princípios, regras e valores, tendo em vista uma boa e digna qualidade de vida, e com o compromisso intergeracional”.¹⁰

Os denominados *direitos fundamentais* direcionam a realização das políticas públicas, com o objetivo fundamental de “alocação equânime dos resultados do esforço coletivo de produção de riqueza e o acesso aos bens culturais, simbólicos e da estrutura básica da sociedade, que permitem o exercício das condições de dignidade da pessoa humana”.¹¹

Essas relações entre direitos fundamentais e políticas públicas servirão de base para a verificação de como a dinâmica eleitoral pode se coligar com as políticas públicas. Sua construção argumentativa será di-

direito fundamental é humano (ex.: meio ambiente equilibrado – direito da humanidade), mas todo direito humano é fundamental. Por isso acolhe-se a aceção mais abrangente e não necessariamente positivada de direitos fundamentais.

7 Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

8 Pode-se acolher a seguinte ideia de justiça distributiva: “Justiça distributiva é a regra segundo a qual os interesses particulares são articulados para que uma forma de produção de vida com liberdade seja possível. A distribuição, na perspectiva das políticas públicas em que se alocam recursos coletivos, deve ocorrer em relação a coisas comuns (não produzidas por ninguém), coisas produzidas em comum, autoridade e poder e, por fim, incentivos a talentos individuais socialmente relevantes”. FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 187, p. 21-34, 2010. p. 22. Veja também: LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 127.

9 O sentido de justiça social acha-se em outro tópico deste artigo.

10 FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. O Problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 187, p. 21-34, 2010. p. 22-23. Veja: LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 19.

11 FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. O Problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 187, p. 21-34, 2010. p. 22.

vidida em três partes, além desta introdução e da conclusão: (i) a densificação do sentido atribuível a esses direitos fundamentais e como eles servem de esteio para a construção das políticas públicas; (ii) o soerguimento de um sentido jurídico para as políticas públicas, que auxilie a efetivação dos direitos fundamentais; (iii) como as políticas públicas, direcionadas por direitos fundamentais, influenciam e são influenciadas pelo processo e pela dinâmica eleitoral. Isso, ao fim e ao cabo, pode ser um fator determinante para a manutenção (ou não) de políticas públicas realizadas por governos anteriores ao que assume o poder após as eleições presidenciais, governamentais, municipais e distritais.

Como se percebe, as construções teórico-práticas jurídicas, filosóficas, políticas, econômicas e sociais “conformam a vida dos indivíduos, constroem modelos sociais, forjam tipos de Estado e informam ou dificultam o desabrochar da cidadania”,¹² mormente quando se acha em debate a consecução de direitos fundamentais por meio de políticas públicas.

Nessa senda, para alcançar esses desideratos, utilizar-se-á uma metodologia que visa robustecer o caminho e o caminhar para a edificação da análise apresentada, sem que se efetivem verdades, como alude o cartesianismo. O método escolhido para este artigo mescla a dedução e a indução, tendo como *prius* afirmações teóricas de caráter geral, aplicáveis em cada caso concreto de maneira dedutiva.

Tais elementos, indutivamente, podem reproduzir a necessidade de ressignificação (ou não) dos institutos jurídicos analisados em cada situação concreta, em favor de outra ideia de como interpretar a temática das políticas públicas e sua relação com o processo e com a dinâmica eleitoral. Explicitado o método, esclarece-se a metodologia de procedimento e a de abordagem. A primeira utilizará o procedimento monográfico, sem olvidar as pesquisas empíricas, com a análise de trabalhos relacionados ao assunto. A segunda se baseará em uma linha crítico-metodológica, lastreada em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema e como uma “rede complexa de linguagens e de significados”.¹³ Por fim, serão indicadas sínteses conclusivas acerca das proposições teórico-práticas perquiridas.

2. A EMERGÊNCIA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO E DIRETRIZ DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti indagam e respondem: O que uma Constituição constitui?¹⁴

[...] uma determinada comunidade de princípios que se assume como sujeito constitucional, capaz de reconstruir permanentemente de forma crítica e reflexiva a eticidade que recebe como legado das gerações anteriores, precisamente restrito àqueles usos, costumes e tradições que, naquele momento histórico constitucional, acredita possam passar pelo crivo do que entende ser o conteúdo da exigência inegociável dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, ou seja, a igualdade e a autonomia ou liberdade reciprocamente reconhecidas a todos os membros da comunidade, passam a ser compreendidos, portanto, como princípios, a um só tempo, opostos e complementares entre si. Por isso mesmo, aptos a gerar tensões produtivas e a, assim, instaurar socialmente uma eticidade reflexiva capaz de se voltar criticamente sobre si própria, colocando em xeque tanto preconceitos e tradições naturalizados quanto a própria crença no papel não principiológico e meramente convencional das normas jurídicas.¹⁵

12 ROBL FILHO, I. N.; MARRAFON, M. A. Paradoxos da hipermodernidade: reflexões sobre a análise econômica do direito, os direitos fundamentais e o papel da jurisdição constitucional no Brasil à luz da filosofia de Gilles Lipovetsky. In: MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar; VALE, Julio Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. (Org.). *Direitos fundamentais, economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. Florianópolis: Conceito, 2010. v. 1. p. 265-285. p. 266.

13 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 20-21.

14 CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 157-162.

15 CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 14-15.

A resposta acima pode parecer utópica para alguns, principalmente pela emergência apontada pelos direitos fundamentais, talvez como compensação histórica do Estado pelas barbaridades (ex.: nazismo, fascismo, regimes autoritários etc.) por ele perpetradas em específicos períodos históricos, por exemplo, no século XX.¹⁶ Tentar erigir instrumentos para realizá-la é o objetivo que devemos buscar, caso acreditemos que os direitos fundamentais devem ser concretizados na sociedade contemporânea.

Essa conjuntura deriva dos documentos constitucionais postos ao longo do século XX que indicam a importância dos referidos direitos fundamentais sociais, a saber: a Constituição mexicana de 1917, a de Weimar de 1919, a brasileira de 1934, a Lei Fundamental alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978, a brasileira de 1988, entre outras, porquanto o Estado possui dever prestacional em relação a esses direitos, sendo as políticas públicas um dos principais vetores para essa concretização.¹⁷ Essas Constituições refletem concepções de Estado Social de Direito e de Estado Democrático de Direito,¹⁸ quiçá para adimplir uma dívida social pretérita à edição dos aludidos documentos constitucionais.

Tanto o Estado Social de Direito como o Estado Democrático de Direito possuem políticas de intervenção e de regulação no domínio econômico, por meio do Direito, como se percebe no capítulo da ordem econômica e social na CF/88 (arts. 170-203). Observa-se essa intervenção, ainda tímida, já no século XIX, época de Estado Liberal, nos contratos de concessão de serviço público e na legislação anticoncorrencial, o *Sherman act*, em 1890; no século XX, com as políticas do *New Deal*, em 1930, nos Estados Unidos; no movimento de industrialização brasileiro, com os trinta anos gloriosos do fim da 2ª Guerra Mundial até o choque do petróleo, em 1974, ocorrendo a gênese da construção brasileira do Estado Social com as Constituições de 1934 e 1946.¹⁹ Esse contexto altera copernicamente o modo pelo qual o Direito e o Estado são compreendidos pela sociedade de intérpretes.

A fortificação desse Estado interventivo e regulador ocorre com a Lei Fundamental alemã de 1949, que estrutura as regras e os princípios organizativos do Estado alemão, assim como expande os direitos fundamentais e cria o Tribunal Constitucional alemão, em 1950. Isso repercutiu em outros países, como em Portugal, em 1976, na Espanha, em 1978, e na França, ainda que, nesse último, o controle de constitucionalidade não tenha sido incorporado pelo Conselho Constitucional.²⁰

Importante destacar a *separação* dos *direitos*, especialmente os *fundamentais*, da *lei*, porque tais direitos preferem a lei, enquanto o contratualismo moderno iluminista considerava os direitos fundamentais como “direitos naturais” — pressuposto e *príus* fundante deste contratualismo. A Revolução Francesa de 1789 os enuncia para assegurar a participação política, mesmo com o voto censitário, por meio da lei — sinônimo de direito à época —, que convertia os direitos objetivamente. A lei transformava, reconhecia e garantia tais direitos como direitos subjetivos.²¹

Atualmente, os direitos fundamentais — presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e em várias outras declarações posteriores — estão “antes e acima da lei, em todas as constituições contemporâneas e no pensamento jurídico em geral”, segundo Castanheira Neves. Não é a lei que confere validade jurídica a direitos como os direitos subjetivos, mas são *os direitos fundamentais que condicionam a validade jurídica da lei*, como se extrai da Constituição portuguesa, art. 18,²² e da CF/88, art. 5º, § 1º.

16 Sobre a dívida social e a construção dos direitos fundamentais, GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas do ativismo judicial e da dogmática dos direitos fundamentais. *Palestra* proferida no UniCEUB em 5 de maio de 2014, cedida gentilmente pelo autor.

17 Em sentido parecido: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 2-3.

18 SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

19 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 5.

20 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 5-6.

21 CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: SANTOS, Luciano Nascimento (Coord.). *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 229-268. p. 233.

22 CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos

Noutros termos,

os direitos só são fundamentais porque cotidianamente se reinventam na concretude das nossas vivências como “comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais.”²³

Isso não se dá sem tensões, ou como dizem os autores, sem uma “eticidade reflexiva, plural e fluida, apta a se voltar criticamente sobre si mesma”.²⁴

Nessa senda, os direitos fundamentais sociais (ex.: os direitos econômicos e culturais) são:

direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos fundamentais de primeira-geração²⁵.

Estes são os direitos civis e políticos de liberdade, que procuram resguardar a esfera individual de proteção contra abusos dos detentores de poder.²⁶ Ressalta-se que os direitos de solidariedade e o desenvolvimento²⁷ açambarcam o meio ambiente equilibrado e a biodiversidade, a caracterizar os direitos *transgeracionais*.

Nessa linha, os direitos fundamentais individuais e os sociais ampliam o conteúdo da *dignidade da pessoa humana*, já que são liberdades contra o Estado (direitos políticos e civis) e *liberdades através e por meio do Estado*²⁸ (direitos sociais, tidos por direitos tutelares aos mais fracos),²⁹ ao mesmo tempo que a opressão estatal e econômica se multiplica. A referida opressão apresenta falsos discursos lastreados na ideia de irrealização dos direitos fundamentais sociais, com fulcro nos altos custos que deles emergem, o que geraria uma menor competitividade dos Estados que possuem o dever de efetivá-los, de acordo com um entendimento (neo) liberal,³⁰ *rectius* retroliberal.

No Estado Social e no Estado Democrático de Direito, os Poderes Legislativo e Judiciário foram alçados a um *locus* de relevância para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. A expressão “força normativa da Constituição”, de Konrad Hesse, sintetiza esse momento. Ao longo do século XX, acresceram-se as ideias de privatização e de regulação, sem que se alterasse a importância dos direitos fundamentais sociais³¹ e o dever de efetivá-los.

O Estado Democrático de Direito ampara-se em uma maior intervenção econômica e social estatal na sociedade civil e na vida privada, com o objetivo de efetivação de justiça social, como se extrai do art. 170 da CF/88. Esse Estado Democrático de Direito, segundo Canotilho,³² está fincado em quatro pilares: *socialidade*,

actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: SANTOS, Luciano Nascimento (Coord.). *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 229-268. p. 233.

23 CHUEIRI, Vera Karam de. Prefácio. In: CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 7-12.

24 CHUEIRI, Vera Karam de. Prefácio. In: CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 7-12.

25 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 3.

26 FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 63.

27 A expressão geração trata do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, não se referindo a uma evolução linear ou estanque. A expressão foi cunhada por Bobbio em BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32. Sabe-se que a divisão em gerações ou dimensões não é adequada. Utiliza-se o termo apenas para fins didáticos, pois as gerações são complementares. Há quem defenda direitos de 4ª geração (cidadania ante a globalização), de 5ª geração, como direito à democracia, ao desenvolvimento, ao progresso social (constitucionalismo global e de cidadania mundial) e à paz. Sobre isso, FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 79-83.

28 A expressão foi cunhada por Bobbio em BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 33.

29 ADEODATO, João Maurício. Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Vitória, n. 11, p. 149-170, jan./jun. 2012. p. 158.

30 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 3.

31 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 6.

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

juridicidade, democracia e sustentabilidade ambiental, que devem ser observadas no momento em que particulares e o Estado produzem comportamentos ensejadores de direitos e de deveres para si e para outrem na coexistência diária.³³

A socialidade e a sustentabilidade ambiental apontam para a perspectiva dialógica entre os direitos individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos (ex.: Código de Defesa do Consumidor, art. 81), isto é, de transcendência entre o individual e o social, e não de transição entre eles, em que um poderia oprimir o outro. Exemplo disso é a tutela constitucional relacionada à possibilidade de o particular ser titular proprietário de um bem móvel ou imóvel (perspectiva liberal do Estado – art. 5º, XXII, da CF/88), mas, concomitantemente, possuir o dever de funcionalizar o bem socioambientalmente (CF/88, arts. 5º, XXIII, e 225; Código Civil, art. 1.228, *caput* e § 1º – perspectiva de Estado Social e Democrático de Direito). Desse modo, há um condicionamento socioambiental para o exercício de direitos fundamentais individuais àquele que pretende ser titular proprietário de bens de produção e (ou) de consumo na sociedade contemporânea.

A democracia (CF/88, art. 1º) é o pilar do Estado Democrático de Direito que viabiliza a participação política do cidadão nas decisões públicas que o atingirão direta ou indiretamente. Essa participação pode ocorrer de várias maneiras: por representação, por deliberação ou por participação direta, como nos Conselhos Comunitários ou instituídos pelo Poder Público, que envolva a sociedade civil, por plebiscito, por referendo, entre outras formas de atuação democrática. Além da democracia política, pode-se constatar a existência de democracia socioambiental e econômica, no que toca ao acesso (ex.: regularização agrária e fundiária), à aquisição e à utilização dos bens e dos serviços postos à sociedade, como nos programas de incentivo e de desoneração tributária e de crédito aos fornecedores e usuários ou adquirentes.

Ao lado da democracia insere-se a figura do constitucionalismo, fator contramajoritário normalmente concretizado pelo Poder Judiciário para o resguardo e a tutela dos direitos fundamentais de grupos minoritários (ou não) que possam estar sendo oprimidos. Isso foi observado quando o STF (ADI 4.277), ao decidir sobre a constitucionalidade do art. 1.723 do CC, afirmou que tal dispositivo não poderia vedar o reconhecimento da união homoafetiva como uma espécie de entidade familiar, sem olvidar os contornos próprios de cada entidade.

O constitucionalismo³⁴ exemplifica e explicita a juridicidade, último pilar do Estado Democrático de Direito, pois traduz a impossibilidade, ao menos no campo do dever-ser, da prolação de decisões arbitrárias e não fundamentadas pelos Poderes da República. Deve o Poder Judiciário, sempre de maneira séria e com base nas formas de expressão do Direito adequadas a cada caso concreto, fazer o controle da atividade decisória dos demais poderes e dos particulares (CF, art. 5º, XXXV). Esses quatro pilares são informados e enformados pelos denominados direitos fundamentais.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais servem para desnaturalizar os usos, costumes e tradições que no pretérito eram normalizados, ex.: a desigualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, presente, por exemplo, no Código Civil de 1916.

Os direitos fundamentais estão modulados por uma ética reflexiva que, permanentemente, põe em xeque as nossas premissas, as nossas conclusões e os nossos modos de coexistência. Noutros termos, passa-se de uma *ética da liberdade* (“a minha liberdade começa quando a do outro termina”, caracterizadora do personalismo ético), para uma *ética de alteridade* (“a minha liberdade começa no momento em que a do outro se inicia”, lastreada em uma liberdade ética na coexistência, ou seja, ética responsável, p. ex.: ao respeitar o outro con-

33 Sobre uma análise da sociedade moderna, pós-moderna e hipermoderna e da democracia, veja: LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2005. Tradução de Mário Vilela; LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. São Paulo: Manole, 2005. Tradução de Armando Braio Ara; LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. São Paulo: Manole, 2007. Tradução de Armando Braio Ara; LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Tradução de Maria Lúcia Machado.

34 Sobre o assunto veja: CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, p. 159-174, jan./jun. 2010.

tratante nos contratos, a partir da observância da função socioambiental do contrato público ou privado), não obstante a prática e construções da literatura jurídica e dos tribunais possam desmentir essa premissa. Trata-se da passagem paradigmática do eu para o nós e para eles, em que os *eus*, o nós e eles se irmanam na construção diária, provisória, porosa e plural de uma comunidade de livres e iguais, com o mesmo respeito e consideração,³⁵ sem olvidar as responsabilidades que cada um assume por seus atos.³⁶

Esses direitos, portanto, envolvem uma gama de situações e de relações políticas, econômicas e jurídicas que demandam um estudo de um enorme cabedal institucional, jurídico e social, pois políticas setoriais, planos, programas, projetos, leis e orçamento são elaborados com o intuito de efetivar o mandamento constitucional de desenvolvimento de uma sociedade mais justa e solidária.

Desse modo, é sempre indispensável analisar a estrutura (O que é? E como é?) e a função (A que serve? E a quem serve?) das políticas públicas no Brasil contemporâneo, bem como se estas têm sido construídas, decididas, desenvolvidas e, eventualmente, reformadas. Isso porque, segundo Vera Karam de Chueiri, “compreender e interpretar o Direito (Constitucional) é compreender e interpretar a nós mesmos como comunidade”, pois o mundo não é dado e se constrói diuturnamente pelas nossas ações e omissões.³⁷

Por tudo isso, os atores responsáveis pela efetivação das políticas públicas no país devem ter como diretriz os direitos fundamentais que as modulam, devendo-se levar em conta as decisões pretéritas, o contexto histórico-institucional e constitucional e os compromissos assumidos e compartilhados de liberdade e de igualdade. Os direitos fundamentais concretizados podem amparar o soerguimento de um sujeito autônomo e dotado de liberdade e de igualdade material.³⁸

Feitas essas reflexões, as políticas públicas, nesse cenário histórico-político e social-constitucional, tratam diretamente da consecução de direitos fundamentais sociais, que atingem, no mínimo indiretamente, os demais direitos fundamentais, sempre no intuito de construção de uma sociedade mais justa, solidária e ambientalmente responsável (CF, art. 3º, I).

Esse constructo teórico-prático repercute no conteúdo jurídico das políticas públicas e deve ser observado por aqueles que as elaboram, as desenvolvem e as avaliam, temário a ser tratado no tópico a seguir.

3. UM POSSÍVEL SENTIDO JURÍDICO PARA COMPREENSÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O tópico ratificou que as políticas públicas, ao longo do século XX e no início do século XXI, são concebidas para a efetivação de direitos individuais e, principalmente, sociais, sendo produto resultante das respostas às seguintes indagações lançadas por Lasswell: “quem ganha o que, por que e que diferença faz?”³⁹

As respostas às indagações retrocitadas demonstram a relevância de se ter introduzido a temática a partir do contexto sociocultural e constitucional exposto no tópico anterior, que se faz presente no Direito bra-

35 Sobre o tema, FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos*. 2013. 275 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2013.

36 ROBL FILHO, I. N.; MARRAFON, M. A. Paradoxos da hipermodernidade: reflexões sobre a análise econômica do direito, os direitos fundamentais e o papel da jurisdição constitucional no Brasil à luz da filosofia de Gilles Lipovetsky. In: MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar; VALE, Julio Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. (Org.). *Direitos fundamentais, economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. Florianópolis: Conceito, 2010. v. 1. p. 265-285. p. 274-275.

37 CHUEIRI, Vera Karam de. Prefácio. In: CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 7-12.

38 ROBL FILHO, I. N.; MARRAFON, M. A. Paradoxos da hipermodernidade: reflexões sobre a análise econômica do direito, os direitos fundamentais e o papel da jurisdição constitucional no Brasil à luz da filosofia de Gilles Lipovetsky. In: MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar; VALE, Julio Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. (Org.). *Direitos fundamentais, economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. Florianópolis: Conceito, 2010. v. 1. p. 265-285. p. 266.

39 LASWELL, H. D. *Politics: who gets what, when, how*. Cleveland: Meridian Books, 1936-1958. apud SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. p. 24.

sileiro. Destarte, pode-se afirmar que o conteúdo e a efetivação das políticas públicas se complexificam no início dos anos 1990, após a edição da Constituição Federal de 1988 (CF/88), explicitadora da organização político-jurídica do Estado, assim como dos direitos fundamentais individuais e sociais, que devem ser efetivados pelo Estado e pela sociedade.

Comprova-se a afirmação sobredita pelo fato de os fenômenos da redemocratização e da reconstrução do Estado brasileiro — desde a vigência da Constituição Federal de 1988, com a estabilização econômica, com o plano Real, a partir de 1994 — revelarem o imperativo de efetivação de políticas públicas. Estas permitem um planejamento institucional que não se esgota na previsibilidade das regras econômico-negociais, como alude o neoinstitucionalismo econômico, na existência de instituições confiáveis e de um Poder Judiciário atuante. É imprescindível para tal mister o “financiamento da infraestrutura e de todos os dispêndios necessários para as ‘tarefas civilizatórias’ e, além dessas, a dinamização da atividade produtiva e criadora como um objeto em si”.⁴⁰

A mudança de como se pensa a política pública também deriva da alteração de concepção de Estado e de Sociedade. Exemplifica-se com o caso brasileiro, no qual o desenvolvimento econômico do Estado, desde o fim da década de 1950 do século XX, permitiu uma construção institucional e econômica com base na teoria keynesiana, baseada no planejamento, na criação e na fortificação das pessoas jurídicas estatais. Esse fato tornou possível que o país deixasse de ser uma economia periférica no âmbito da economia mundial.⁴¹

No Estado Constitucional brasileiro redemocratizado, surgem outras necessidades econômico-sociais e ambientais que requerem uma articulação econômica, jurídica e socioambiental para serem atendidas. Isso se dará por intermédio de planejamento, de mecanismos participativos estatais, com fomento e incentivo, mais complexos do que aqueles exigidos ao longo do século XX, a fim de que os objetivos democraticamente instituídos pelo mandamento constitucional sejam alcançados.⁴² Percebe-se, assim, a participação do Brasil nos BRICS, estados de economia emergente, como Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, e a influência desses Estados na economia e na política mundiais, com a China sendo um contraponto econômico aos Estados Unidos, em relação ao destino do capital mundial.⁴³

Nesse passo, o atual Estado brasileiro precisa se desenvolver para, além do papel planejador e organizador, lidar com a pendularidade do capital nos países, a exigir postura ativa dos Estados nacionais, dos Estados comunitários e dos organismos internacionais oficiais. Torna-se premente uma reorganização do Estado, da sociedade e das pessoas jurídicas de direito privado, para que não haja estagnação e sim evolução e inclusão socioeconômica e ambiental.⁴⁴

Emerge desse cenário a ideia de *desenvolvimento*⁴⁵ em que o crescimento pode ser relacionado com a “modificação das estruturas que produzem os desequilíbrios sociais e econômicos”, a reclamar “uma cultura política e social fortemente entrelaçada com práticas jurídicas efetivas e progressivamente institucionalizadas”.⁴⁶

Parece adequado adotar o viés de *desenvolvimento como liberdade*, para lembrar Amartya Sen.⁴⁷ Nessa perspectiva, a dilatação da liberdade humana é o meio e a finalidade mais importante do desenvolvimento, a partir de dois papéis e de cinco dimensões. O primeiro papel é *instrumental* e abarca as liberdades que esti-

40 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2.

41 OLIVEIRA, Francisco de. Viagem ao olho do furacão: Celso Furtado e o desafio do pensamento autoritário brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, n. 48, p. 3-19, jul. 1997. p. 17-18.

42 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2-3.

43 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2-3.

44 Em sentido parecido, BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 3.

45 BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Org.). *Fragments para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17-30.

46 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 4.

47 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

mulam o alcance do desenvolvimento; o segundo papel é *constitutivo*, visto que o desenvolvimento garante a liberdade em geral, por ser um processo integrado de expansão de liberdades interligadas.⁴⁸

Nesse passo, a liberdade é percebida em cinco dimensões: (i) *liberdade política*, com os direitos civis sendo tutelados, como a liberdade de escolha política nas eleições, na filiação (ou não) aos partidos políticos, na liberdade de expressão e de imprensa, sempre se evitando exercícios ilegítimos de tais liberdades; (ii) *facilidades econômicas*, possibilidade de as pessoas utilizarem os recursos econômicos para a produção, a troca e o consumo; (iii) *oportunidades sociais*, estabelecidas pela sociedade nas áreas de educação, da saúde, entre outras, e que influenciam a liberdade substantiva para as pessoas viverem melhor; (iv) *transparência* na condução dos rumos governamentais e nas informações que os entes públicos repassam à sociedade, a fim de inibir corrupção, irresponsabilidade financeira e transações ilícitas; (v) *segurança social*, correspondendo aos recursos e programas que garantem a proteção contra as mazelas sociais (ex.: miséria), entre outras situações emergenciais, como se verifica com o seguro-desemprego, os suplementos de renda regulares, a distribuição de alimentos em caso de tragédias naturais ou humanas, entre outras.⁴⁹

O desenvolvimento como liberdade, para se efetivar, exige que se retirem os obstáculos limitativos das escolhas e das oportunidades das pessoas. Noutros termos, é uma perspectiva de transcensão dialogal do individual para o social, e não de transição de uma visão a outra. Nem o individual esmaga o social, nem este esfaca o primeiro.

Independentemente do modelo de desenvolvimento que se utilize, os países em desenvolvimento têm seguido modelos desenvolvimentistas dos países centrais desenvolvidos, com o implemento de regras básicas do Estado de Direito e as condições essenciais à igualdade eleitoral, com o fito de que as eleições não sejam fraudulentas, nem a comunicação manipulada, para que os governos autoritários e as oligarquias possam ser desmantelados. Fortifica-se a democracia política contra o autoritarismo do e no poder, dividindo-o com o conjunto da sociedade.⁵⁰ Verifica-se que a minoração ou a erradicação das desigualdades é uma preocupação jurídica, econômica e social do Estado Democrático de Direito (CF, arts. 1º, 3º, 5º, 6º-11, 14-17, 170-192, 194-203), ou seja, a criação de condições para o desenvolvimento como liberdade.

Uma das desigualdades que estão sendo minoradas é a do papel social da mulher na sociedade, com a Constituição e o Código Civil brasileiros vigentes, sem olvidar a Lei da Maria da Penha, repudiando qualquer tipo de discriminação indevida em relação ao gênero feminino, mudança que vem sendo gradualmente operada desde a década de 1960 do século XX. Idem para as políticas sociais do Executivo, tendo o governo federal criado a Secretaria da Mulher, em 2003, o que foi acompanhado por governos dos Estados e do Distrito Federal, com o intuito de tutelar os problemas relacionados às mulheres no Brasil.

Outra mudança social latente se percebe na área da política institucionalizada, decorrente da revolução da informática e da cibernética, com o uso de computadores tanto pelos particulares como pelos agentes públicos, a partir da década de 1990, a gerar a expansão das comunicações, inclusive do telefone móvel, no início do século XXI. A informação se torna um instrumento de controle do poder, como se viu, recentemente, com os casos de espionagem que a agência norte-americana NSA fazia de particulares e de agentes públicos em vários países aliados (ou não) dos Estados Unidos.

Esses fatores levam alguns a classificar os Estados contemporâneos em *pré-modernos* (ex.: Afeganistão, Somália, Libéria e a maioria dos Estados africanos), por não terem democracia ou a possuírem em um sentido frágil; *modernos* (Índia, China, Brasil, entre outros), nos quais a democracia ainda não é madura, mas caminha para tal perspectiva, embora o Estado continue com o monopólio da força; *pós-modernos* (Europa com a União Europeia), “nos quais a soberania tende a dar lugar a uma nova lógica de interdependência e de cooperação, apagando a separação entre assuntos interiores e exteriores” — negociação, cooperação internacional e Direito.⁵¹

48 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 71.

49 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 25-80.

50 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 4.

51 CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 21.

Independentemente da classificação que se confira ao Brasil e à sua democracia, o importante é perceber que a vigente racionalidade democrática deve-se, e muito, à tecnologia e à informação. Essa democracia está “permeada pelas ideias de transparência, uso inteligente de recursos e alcance social, que podem ser concebidas e implementadas em um passo”. Isso leva a uma alteração na forma de se fazer e de se perceber a política e as instituições, que servem, ainda, à exclusão social e ao conformismo,⁵² sintomas a serem combatidos também pelas políticas públicas.

Esse introito acerca do Estado e da Sociedade serve de pano de fundo para a edificação do sentido jurídico de política pública, devendo-se, de início, diferenciar os termos *politics* e *policy*. O primeiro pode ser entendido como a atividade humana para a obtenção e a manutenção de recursos necessários ao exercício do poder⁵³, ou como o conjunto de procedimentos formais e informais elucidativos de relações de poder destinado à resolução pacífica dos conflitos quanto aos bens públicos.⁵⁴ O termo *policy* está a significar programas elaborados e decididos pelos governos de cada localidade, direcionados à ação para a consecução de um objetivo específico,⁵⁵ sendo este o significante que inaugura a construção de sentido jurídico para o termo *política pública*.

Relevante destacar uma primeira discussão referente aos atores protagonistas da atividade de formulação, de execução, de controle, de avaliação e de, se necessário, reforma das políticas públicas, dividindo-se em duas correntes: (i) *estatista*; (ii) *multicêntrica*.⁵⁶

A corrente *estatista* (*state-centered policy-making*), adotada no Brasil, enfoca a personalidade jurídica do formulador, restringindo o protagonismo ao ator estatal,⁵⁷ que decide sobre a alocação de prioridades e de recursos, envolvendo a concretização dos direitos fundamentais para toda a sociedade. As ações privadas de interesse público, como o movimento do “Betinho”, contra a miséria e a fome, são importantes, mas não se inserem na ideia de política pública, como o programa do Bolsa Família, que, também, combate à miséria, o analfabetismo e a fome, porém foi instituído pelo Estado-Executivo (União).⁵⁸ O Decreto nº 8.243/14 institui um diálogo e uma gestão compartilhada da Administração Pública Federal brasileira com a sociedade civil; não se admite um protagonismo oriundo somente da sociedade civil.

A abordagem *multicêntrica* foca não em quem formula a política pública, mas na origem do problema a ser enfrentado, recebendo “o adjetivo de “pública” se o problema que tenta enfrentar é público”.⁵⁹ Nessa linha acham-se “organizações privadas, organizações não governamentais, organismos multilaterais, redes de políticas públicas (*policy networks*), juntamente com atores estatais, protagonistas no estabelecimento das políticas públicas”.⁶⁰

A abordagem estatista facilita a concretização das políticas públicas pelo fato de o Estado deter um maior número de informações e de recursos, podendo a sociedade civil cobrar de maneira mais eficaz o Estado acerca do instituto. A abordagem multicêntrica seria mais ampla. O fato é que a sociedade precisa ter a sua

52 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 6.

53 LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. *Interface* (Porto Nacional), Mato Grosso do Sul, n. 5, p. 49-53, out. 2012.

54 RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; VALADÃO, Maria Izabel. *O estado da política: temas selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.

55 LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. *Interface* (Porto Nacional), Mato Grosso do Sul, n. 5, p. 49-50, out. 2012.

56 LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. *Interface* (Porto Nacional), Mato Grosso do Sul, n. 5, out. 2012. p. 50.

57 SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 2.

58 LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. *Interface* (Porto Nacional), Mato Grosso do Sul, n. 5, out. 2012. p. 51.

59 LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. *Interface* (Porto Nacional), Mato Grosso do Sul, n. 5, out. 2012. p. 51.

60 SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010. p. 2.

demanda atendida, independentemente de quem formule a política pública.⁶¹ Para esse estudo, adota-se a postura estatista, acrescida do diálogo com a sociedade civil, como posto no Decreto nº 8.243/14.

Ultrapassada essa discussão, demonstra-se como as políticas públicas podem ter um variado suporte jurídico na legislação (ex.: CF/88, ordem econômica, financeira e social), assim como em decisões judiciais, a saber:

(a) Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81, com o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, por meio de fins, objetivos, princípios, diretrizes, instrumentos e sistema estruturante da mencionada política. Não há, contudo, nenhuma disposição relacionada aos meios financeiros, metas e resultados a serem alcançados na citada legislação;

(b) Política Nacional de Recursos Hídricos – Lei nº 9.433/97, regulamentando o art. 21, XIX, da CF/88, com fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos, como planos diretores para a construção e realização, a partir da instituição do PNRH e do Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH);

(c) Criação de Agências Reguladoras, por exemplo, como a ANATEL – Lei nº 9.472/97; – Lei Geral de Telecomunicações, que estabelece políticas para o setor;

(d) Plano Nacional de Viação – Lei nº 5.917/73; Lei nº 11.096/05, que instituiu o Programa Universidade para Todos (PROUNI);

(e) Plano diretor do art. 182 da CF/88, para política urbana, normas operacionais de saúde (NOB 1/93, NOB 2/96, NOAS 2000); diretivas da União Europeia, como o Decreto nº 82.597, que instituiu o Planasa – Plano Nacional de Saneamento;

(f) Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10), que dispõe sobre seus princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis. Destina-se tal política às pessoas de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos, e às que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos, embora ainda se tenha por princípio a ideia do poluidor pagador, crítica que será realizada em outro estudo;

(g) Atividade administrativa da Administração Pública, como, por exemplo, os sistemas de transporte municipais, cujo formato é conferido por meio do contrato de concessão de serviço público; política nacional de insumos ou bens, como a encomenda ou a construção de plataformas de petróleo, com incentivo à indústria nacional. Essas hipóteses são consideradas como de *soft law*, “situações em que a atuação do direito se faz não pela coação estatal (a violência legítima weberiana), mas pela indução à ação predefinida”. É o Estado-Incitador apontado por Charles-Albert Morand em *Le droit neo moderne des politiques publiques*, com a atuação de agências de fomento internacionais que estimulam as políticas públicas nacionais constituindo um exemplo dessa *soft law*;⁶²

(h) Controle judicial das políticas públicas, que num sentido estrito seriam as ações do Poder Executivo a partir dos marcos legislativos, com a atuação do Poder Judiciário, sendo considerada imprópria. Ocorre que o Poder Judiciário possui o dever de controlar a efetivação dos direitos fundamentais, aferindo o grau de vinculatividade da normativa jurídica (CF/88, art. 5º, XXXV, 102, I, q, 102, § 2º). A atuação do Poder Judiciário seria complementar, não podendo este se imiscuir na qualidade ou na adequação da política escolhida pelo Poder Executivo.⁶³

61 LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. *Interface* (Porto Nacional), Mato Grosso do Sul, n. 5, out. 2012. p. 52.

62 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 21.

63 Ver sobre o tema, BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari

Parece equivocado esse entendimento restritivo em relação aos limites do controle do Poder Judiciário, uma vez que se o Executivo escolhe inadequadamente a política e o modo de implementá-la, e isso viola direitos fundamentais e desperdiça dinheiro público, por que, então, o Judiciário não poderia discutir tais pontos? O que se cobra do Poder Judiciário é uma postura cooperativa qualificada, escutando todos os envolvidos e decidindo de forma fundamentada, como exige o art. 93, IX, da CF/88.⁶⁴ Qualquer decisão deveria observar obrigatoriamente o quadripé criado por MacCormick — coerência, consistência, princípios e consequência⁶⁵ —, a evitar decisionismos e solipsismos judiciais em qualquer esfera decisória. Esse tema será objeto de outro trabalho.

O modo tradicional de o Poder Judiciário atuar no controle das políticas públicas ocorre pelas demandas coletivas (Lei nº 7.347/85; CDC), com as causas civis públicas, o inquérito civil e os termos de ajustamento de conduta, em um comportamento proativo do Ministério Público, sem que haja o tolhimento do administrador público. Outros exemplos, como as demandas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF45; no AgRg no RE 410.715, no RE 436996, entre outros julgados, mormente em casos de direitos à educação e à saúde.⁶⁶

Feitas as considerações sobre a ampla temática que envolve as políticas públicas, poder-se-ia dizer que a *política pública* seria um programa de ação governamental ou uma tecnologia jurídica governamental que visa realizar, por meio de um processo ou de um conjunto de processos juridicamente organizados (ex.: processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo administrativo, processo judicial), diversos afazeres socialmente relevantes e politicamente determinados, de acordo com os recursos que o Estado dispõe, em parceria (ou não) com a iniciativa privada. Para tanto, deve-se verificar as prioridades sociais a serem perseguidas, os meios necessários para tal mister, bem como o tempo necessário para que o objetivo seja atingido.⁶⁷

Eugênio Parada indica critérios para a construção de uma política pública de excelência, quais sejam: 1 – fundamentação ampla e não somente específica; 2 – estimação dos custos e das alternativas de financiamento; 3 – fatores para uma evolução do custo-benefício social; 4 – benefício social marginal comparado com o de outras políticas, a indicar o que é prioritário; 5 – consistência interna e agregada; 6 – apoios e críticas prováveis da sociedade e da academia; 7 – oportunidade política; 8 – lugar da sequência de medidas pertinentes (qual localidade será atendida primeiro, quais são as condicionantes da atuação, entre outras); 9 – clareza de objetivos; 10 – funcionalidade dos instrumentos; 11 – indicadores de custo unitário, de economia, de eficiência e de eficácia.⁶⁸

Releva apontar, para que se edifique uma política pública de excelência, ainda que brevemente, os ciclos que se retroalimentam das políticas públicas (formação, execução, controle e avaliação), a fim de ensejar uma, se necessária, reforma na condução desse processo institucional, sendo certo que a avaliação não é realizada no final, mas no momento de execução da referida política pública.⁶⁹

(Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 22-36; FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. O Problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 187, p. 21-34, 2010; FREITAS FILHO, Roberto, et al. Políticas públicas e protagonismo judicial no STF. *Universitas/Jus*, v. 222, p. 105-193, 2011.

64 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55.

65 MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2011. Tradução de Fernando Atria y Samuel Tschorne. ; MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hüber Mendes; Marcos Paulo Veríssimo.

66 Ver: FREITAS FILHO, Roberto, et al. Políticas públicas e protagonismo judicial no STF. *Universitas/Jus*, v. 222, p. 105-193, 2011.

67 Com adaptações, BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 6.

68 SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. p. 67-95. (Coletânea, v. 1)

69 ARZABE, Patrícia Helena Massa. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74. p. 70.

A fase de *formação* caracteriza-se pela identificação dos problemas e pela construção de uma agenda (*agenda setting*), assim como pela proposição de soluções abrangendo a realização de estudos multidisciplinares para delimitar a abrangência, o escopo e as maneiras adequadas de condução da ação governamental a ser construída, por exemplo, quando se constata o problema da prostituição e do trabalho infantil em determinada região do país.⁷⁰

A *implementação* ou *execução* deve observar as diretrizes traçadas na fase de formação, com a *avaliação* ocorrendo por diversos métodos, a fim de saber se a política segue o rumo traçado, se precisa de correção ou se deve ser extinta por ineficácia ou pela obtenção do objetivo traçado. Essas fases servem de parâmetros e de conteúdo para a análise do Poder Judiciário, dos Tribunais de Contas, da sociedade civil⁷¹ e do próprio Estado-Executivo.

Verifica-se, por conseguinte, a riqueza conteudística e de fins que as políticas públicas carregam em seu bojo, com o seu sentido jurídico estando marcado por diversos arranjos institucionais para que haja a adequada organização formal, econômica, ambiental e social das ações governamentais. É saber como o domínio dos mecanismos técnicos dispostos pelo Poder Público pode ser organizado, a fim de que possibilite a formação, a execução e a avaliação da política pública de maneira condizente com as necessidades para as quais esta foi criada.

Comprova-se a ideia de que as políticas públicas seriam *tecnologias jurídicas* voltadas à construção de um cabedal de processos e de procedimentos para o soerguimento da ação governamental, com a absorção da ideia de contraditório, a fim de evitar a tecnocracia. Saliente-se que a construção da política pública demanda a legitimidade das decisões e o modo pelo qual elas foram tomadas,⁷² a tornar imprescindível o respeito ao dever de fundamentação em qualquer instância estatal em relação ao assunto, assim como no que toca às de constituição e desenvolvimento do instituto.

Nesse caminho, acolhe-se como marco teórico para pensar a institucionalização da tecnologia jurídica que envolve as políticas públicas a ideia dos planos macro, micro e mesoinstitucional erigidos por Maria Paula Dallari Bucci.⁷³ Isso porque tais planos possibilitam que a tríade *programa, ação-coordenação* e *processo* possa estar conectada e apta a soerguer a estrutura e a realizar a função das políticas públicas no Brasil.⁷⁴

Dissecando a mencionada tríade, o *programa* se refere ao delineamento geral da política pública a ser efetivada, respeitando-se a legalidade, os objetivos concretos, os elementos de avaliação, os instrumentos à disposição, os procedimentos e os arranjos político-administrativo e financeiro. É a *dimensão material* da política pública ou, noutros termos, a *modelagem jurídica do instituto*.⁷⁵

A *ação-coordenação* significa a concretização do programa, cujo substrato são os objetivos sociais mensuráveis, com a obtenção de resultados determinados, em certo espaço de tempo. É o momento de coordenação no poder público, por meio da gestão pública, de convênios, de consórcios, entre outros meios concretizadores da política pública programada.⁷⁶

O *processo* é a dimensão participativa da política pública, com o conjunto de atos coordenados por meio de procedimentos que respeitem o contraditório, contando com a participação popular nos processos polí-

70 ARZABE, Patrícia Helena Massa. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74. p. 70.

71 ARZABE, Patrícia Helena Massa. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74. p. 70-71.

72 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 8-9.

73 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

74 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 6.

75 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 41.

76 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 43-44.

ticos, nos conselhos diretivos trazidos na Constituição e na legislação infraconstitucional que regula direitos sociais, como a Lei Orgânica da Saúde, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação ambiental, a legislação da assistência social, o Decreto nº 8.243/14, que instituiu a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social, entre outros. O processo abarca, inclusive, o processo judicial, como nos casos da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), os derivados do Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99) etc. O processo açambarca o fator tempo, que se relaciona com o programa e a ação-coordenação.⁷⁷ Desse modo, a relação entre o Direito e a política, no campo das políticas públicas, serve à ideia de regulação do presente e de projeção do futuro.⁷⁸

Da dissecação da referida tríade, permite-se estudar os planos criados por Bucci. No plano *macroinstitucional*, há a análise do governo propriamente dito no campo das *políticas*; no plano *microinstitucional* existe a preocupação com a ação governamental, como unidade atomizada de atuação do governo, na perspectiva da *policy*; e no plano *mesoinstitucional* verifica-se a zona intermediária entre os dois planos, perquirindo-se os arranjos institucionais pelas ações governamentais agregadas em unidades maiores, também no campo da *policy*.⁷⁹

A *ação governamental*, portanto, é o movimento da máquina pública jungindo competências, objetivos e meios estatais, diante do impulso do governo. A exteriorização dessa ação governamental configurada pela política pública “se materializa num *arranjo institucional*, conjunto de iniciativas e medidas articulado por suportes e formas jurídicos diversos”.⁸⁰

O presente artigo se fixará em um aspecto específico do plano microinstitucional, qual seja o processo eleitoral. Isso porque, no plano microinstitucional, a ação governamental é a unidade em torno da qual agentes públicos e privados se movem, no intuito de obter a decisão e a sua execução. O termo *processualidade* é empregado para compreender os diversos processos jurídicos materializadores das políticas públicas, cuja relação jurídica processual se torna um ponto-chave para o entendimento desse plano. Abarca-se a atividade administrativa interna concretizada pelo *processo administrativo*; a defesa judicial nas demandas por realização e por implementação das políticas públicas no *processo judicial*; a participação do governo na feitura da legislação (*processo legislativo*) e na alocação orçamentária (*processo orçamentário e de planejamento*), a apresentar a conexão entre a Política e o Direito. O encontro institucionalizado dessa relação se perfaz no *processo eleitoral*,⁸¹ objeto de estudo do próximo e derradeiro tópico.

Esses três momentos evidenciam a forte relação entre as políticas públicas e o processo eleitoral no Brasil, que repercute em grande medida no processo decisório público,⁸² visualizado em três planos de aproximação — macro, micro e mesoinstitucional. O fio condutor dos três planos é a relação entre a política pública protagonizada no governo, em diálogo com a sociedade civil, e a sua institucionalização jurídica, reconhecidas pelo Estado. Dessa forma, a investigação se refere a como a técnica jurídica contribui para “gerar ou mover poder na sociedade.”⁸³

A construção teórica realizada até o presente momento servirá de esteio para a análise de como o federalismo e o processo eleitoral são afetados e afetam as perspectivas de direitos fundamentais e de políticas públicas postas neste artigo.

77 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. 44-45.

78 ARZABE, Patrícia Helena Massa. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74. p. 53.

79 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 9.

80 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 10.

81 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 10-11.

82 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 46.

83 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 9.

4. DINÂMICA ELEITORAL E POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DO FEDERALISMO BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como visto, a temática relacionada às políticas públicas no Brasil envolve diversas dimensões de sentido, de modelos, de formação da agenda e de elaboração no âmbito dos Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) e da sociedade civil democrática, inclusive no que tange ao processo eleitoral.⁸⁴ Dessa maneira, repisa-se a necessidade de se solidificar a democracia política, por meio do voto (direito fundamental individual), reconquistada nas eleições presidenciais de 1989, bem como a sua conjugação com as democracias econômica e social.⁸⁵

Esses três tipos de democracia demandam papéis claros e cooperativos das instituições jurídicas, políticas e sociais, com o fito de efetivar os direitos fundamentais. Deve-se levar em conta, de maneira articulada, as variáveis jurídicas das organizações políticas de cada sociedade, inclusive no que concerne ao corpo técnico de funcionários públicos ou de particulares que possam realizá-las.⁸⁶

É necessário que as visões desses titulares do exercício das políticas públicas atentem para a concreta realidade dos problemas que se apresentam, devendo também ser atuais os arranjos político-jurídicos e institucionais, a relevância da inter-relação das várias áreas do saber.

De início, cabe ressaltar que uma sociedade democrática não pode ser limitada a uma ideia de democracia política representativa como único meio de participação do cidadão na vida política do país. A democracia participativa, inclusive com maior intervenção do Poder Judiciário, conjuga o pacto federativo entre os poderes da República e a sociedade; é o que se pode inferir do Decreto nº 8.243/14, que institui a Política Nacional de Participação Social — PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social — SNPS, como um canal dialógico entre a Administração Pública Federal e a sociedade civil.

No referido programa, a perspectiva dialógica ocorrerá na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública, considerados os objetivos e as diretrizes da PNPS (Decreto nº 8.243/14, art. 1º, parágrafo único). É relevante destacar que o decreto, apesar das críticas a ele dirigidas⁸⁷, traz importantes mecanismos para a concretização do diálogo mencionado, como se extrai dos arts. 2º, 3º e 4º:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - sociedade civil – o cidadão, os coletivos, os movimentos sociais institucionalizados ou não institucionalizados, suas redes e suas organizações;

II - conselho de políticas públicas – instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas;

III - comissão de políticas públicas – instância colegiada temática, instituída por ato normativo, criada para o diálogo entre a sociedade civil e o governo em torno de objetivo específico, com prazo de funcionamento vinculado ao cumprimento de suas finalidades;

IV - conferência nacional – instância periódica de debate, de formulação e de avaliação sobre temas específicos e de interesse público, com a participação de representantes do governo e da sociedade civil,

84 BORGES, André. Federalismo, dinâmica eleitoral e políticas públicas no Brasil: uma tipologia e algumas hipóteses. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 12, n. 24, p. 120-157, maio/ago, 2010; BORGES, André. Eleições presidenciais, federalismo e política social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, p. 117-136, fev. 2013.

85 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49. p. 39.

86 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.

87 Veja entendimento favorável ao Decreto: Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/por-que-o-novo-decreto-de-dilma-nao-e-bolivariano-8992.html>>. Acesso em: 15 jun. 2014. Entendimento contrário: <<http://www.cacp.org.br/reinaldo-azevedo-critica-o-decreto-8243/>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

podendo contemplar etapas estaduais, distrital, municipais ou regionais, para propor diretrizes e ações acerca do tema tratado;

V - ouvidoria pública federal – instância de controle e participação social responsável pelo tratamento das reclamações, solicitações, denúncias, sugestões e elogios relativos às políticas e aos serviços públicos, prestados sob qualquer forma ou regime, com vistas ao aprimoramento da gestão pública;

VI - mesa de diálogo – mecanismo de debate e de negociação com a participação dos setores da sociedade civil e do governo diretamente envolvidos no intuito de prevenir, mediar e solucionar conflitos sociais;

VII - fórum interconselhos – mecanismo para o diálogo entre representantes dos conselhos e comissões de políticas públicas, no intuito de acompanhar as políticas públicas e os programas governamentais, formulando recomendações para aprimorar sua intersetorialidade e transversalidade;

VIII - audiência pública – mecanismo participativo de caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais;

IX - consulta pública – mecanismo participativo, a se realizar em prazo definido, de caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, que visa a receber contribuições por escrito da sociedade civil sobre determinado assunto, na forma definida no seu ato de convocação; e

X - ambiente virtual de participação social – mecanismo de interação social que utiliza tecnologias de informação e de comunicação, em especial a internet, para promover o diálogo entre administração pública federal e sociedade civil.

Parágrafo único. As definições previstas neste Decreto não implicam a desconstituição ou alteração de conselhos, comissões e demais instâncias de participação social já instituídos no âmbito do governo federal.

Art. 3º São diretrizes gerais da PNPS:

I - reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia;

II - complementaridade, transversalidade e integração entre mecanismos e instâncias da democracia representativa, participativa e direta;

III - solidariedade, cooperação e respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação sexual, religião e condição social, econômica ou de deficiência, para a construção de valores de cidadania e de inclusão social;

IV - direito à informação, à transparência e ao controle social nas ações públicas, com uso de linguagem simples e objetiva, consideradas as características e o idioma da população a que se dirige;

V - valorização da educação para a cidadania ativa;

VI - autonomia, livre funcionamento e independência das organizações da sociedade civil; e

VII - ampliação dos mecanismos de controle social.

Art. 4º São objetivos da PNPS, entre outros:

I - consolidar a participação social como método de governo;

II - promover a articulação das instâncias e dos mecanismos de participação social;

III - aprimorar a relação do governo federal com a sociedade civil, respeitando a autonomia das partes;

IV - promover e consolidar a adoção de mecanismos de participação social nas políticas e programas de governo federal;

V - desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento;

VI - incentivar o uso e o desenvolvimento de metodologias que incorporem múltiplas formas de expressão e linguagens de participação social, por meio da internet, com a adoção de tecnologias livres de comunicação e informação, especialmente, *softwares* e aplicações, tais como códigos fonte livres e auditáveis, ou os disponíveis no Portal do *Software* Público Brasileiro;

VII - desenvolver mecanismos de participação social acessíveis aos grupos sociais historicamente excluídos e aos vulneráveis;

VIII - incentivar e promover ações e programas de apoio institucional, formação e qualificação em participação social para agentes públicos e sociedade civil; e

IX - incentivar a participação social nos entes federados.

Não se fará uma crítica específica ao Decreto, por não ser este o objeto do presente trabalho, mas ele serve de exemplo de como os Poderes da República e a sociedade civil devem dialogar para a construção das políticas públicas no país, sempre balizadas pelos direitos fundamentais que norteiam tal diálogo.

Antes, porém, de se adentrar no processo eleitoral e na recíproca influência da e na política pública, algumas brevíssimas palavras sobre o federalismo pátrio, como formatado em nossa CF/88, nos auxiliarão na perquirição acerca do processo e da dinâmica eleitoral. O federalismo encontra-se tal um princípio estruturante da ordem jurídico-institucional do Estado brasileiro, assim como cláusula pétrea (CF/88, preâmbulo, arts. 1º e 60, § 4º, I). A Federação⁸⁸ — “unidade na diversidade” — é a forma organizativa da República brasileira, tendo por entes a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios), a ensejar uma união indissolúvel, ou seja, sem direito de secessão (CF/88, art. 1º).⁸⁹

Nesse passo, o objetivo dos entes federados deve ser, entre outros, minorar as desigualdades regionais (CF/88, art. 3, III), com a preservação da diversidade cultural, econômica e social no interior do país, sem admitir a desintegração da estrutura institucional estabelecida, pois regidas por uma mesma Constituição e integradas à União (governo central), a formar um Estado soberano e independente: o Estado brasileiro.⁹⁰

Para que isso seja possível, a Constituição deve prever normativas de relacionamento entre essas esferas de poder — de modo a fixar competências de cada ente —, distribuindo de modo equilibrado encargos e receitas com vistas a aliviar tensões internas, dotando-o de autonomia, autogoverno e auto-organização, a evitar um centralismo autoritário.⁹¹ O federalismo possibilita que as diferentes comunidades possam conviver harmonicamente, não obstante, na prática, muitas vezes isso não ocorra, como se viu em “guerras fiscais” entre Estados para que pessoas jurídicas multinacionais se instalassem em regiões com menor tributação. Isso se deu com a Ford do Brasil, quando instalou uma fábrica no interior da Bahia, ao invés de fazê-lo no Rio Grande do Sul, que já havia adiantado à multinacional mais de R\$ 100 milhões, bem como iniciado obras preliminares para a citada instalação.⁹²

A teoria federalista possibilita o desenvolvimento da democracia a coordenar a tripartição de poderes, por meio da divisão cooperativa de competência, mesmo quando exclusiva, vinculando-se ao constitucionalismo. Este viabiliza o sistema de freios e de contrapesos entre os entes federativos, e entre estes e a popu-

88 Marrafon aduz: “Em linhas gerais, pode-se compreender a Federação como uma forma de Estado, modelo de organização estrutural em que há a reunião de diversos Estados-membros em torno de uma Constituição Federal, com garantia de certa autonomia e preservação das identidades próprias de cada ente subnacional. Esse Estado opera no Direito Público Internacional como Estado Simples, já que os Estados-membros mantêm certa autonomia administrativa e legislativa, mas não possuem independência, sendo vedado o direito de secessão. A federação está relacionada mais fortemente à estrutura institucional e em seu coração (núcleo) encontra-se o federalismo, baseado na ideia de “unidade na diversidade”. (Cf. BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 32. Vide também p. 119-120.) Por sua vez, o federalismo pode ser inicialmente compreendido como princípio básico da federação, “um processo de governo que congrega um conjunto de idéias e valores que permitem a convivência de vários modelos de vida e/ou identidades culturais e sociais em um mesmo projeto ou pacto, conjugados a uma distribuição espacial de poder (Ibidem p. 119)”. MARRAFON, Marco Aurélio. *Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização*. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 95-121. p. 95.

89 MARRAFON, Marco Aurélio. *Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização*. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 95-121. p. 95.

90 MARRAFON, Marco Aurélio. *Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização*. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 95-121. p. 96.

91 MARRAFON, Marco Aurélio. *Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização*. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 95-121. p. 96-97.

92 Veja: Disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/caso-ford-maior-batalha-de-uma-guerra-que-nao-foi>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

lação, que se vê mais próxima das instâncias decisórias e com maiores possibilidades de controle do poder político,⁹³ a majorar a participação política.⁹⁴

Das diversas instituições do sistema federativo, destaca-se a existência de uma Corte Constitucional ou do Tribunal da Federação e de um Parlamento bicameral no âmbito nacional. No Brasil o Senado representa de modo igualitário os Estados da Federação, em contraposição à Câmara dos Deputados, com composição ligada ao contingente populacional de cada Estado (CF/88, arts. 44-46). O equilíbrio federativo passa pelas citadas instituições, mormente no controle das atividades do Executivo quanto à promoção de políticas públicas e às tendências de predomínio dos anseios majoritários nas deliberações parlamentares.⁹⁵

O princípio federativo funda a dinamicidade da atividade estatal ao rearranjar os interesses dos entes subnacionais e da União,⁹⁶ com o federalismo sendo um “indicativo de maior descentralização administrativa e legislativa, sem que se abrisse mão do foco no planejamento de políticas públicas pelo Governo Central”.⁹⁷ Desse modo, a realização de políticas públicas e a efetivação dos direitos fundamentais dependem dessa ideia de federalismo comunitário, para que seja concretizado o disposto no parágrafo único do art. 23 da CF/88: “*equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar no âmbito nacional*”, cabendo à União editar as leis complementares que podem ensejar essa cooperação.

O federalismo brasileiro centraliza o planejamento das políticas públicas, com a execução ocorrendo diretamente pela União ou em parceria com os entes subnacionais, a ensejar um modelo de organização federativa com maior capacidade institucional para reduzir as desigualdades regionais⁹⁸. Afirma-se, portanto, o federalismo brasileiro de coordenação e de cooperação na execução de políticas públicas, não obstante, como relatado com a “guerra fiscal” entre Estados, tenha-se constatado que a cooperação não se firmou como modelo operativo de políticas públicas no Brasil.⁹⁹

Apreendidas, no que interessa para a temática deste artigo, as questões atinentes ao federalismo, inicia-se a análise de como o processo eleitoral influencia e é influenciado pelas políticas públicas, a fim de que se compreendam as relações da base política de um governo e a dependência da configuração técnico-jurídica a que o sucesso das iniciativas governamentais está vinculado, mediante o processo eleitoral.¹⁰⁰

Nessa perspectiva, é indiscutível que o processo eleitoral reflete a formulação e a implementação das políticas públicas, a unir, novamente, o jurídico e o político. A essa relação também será aplicada a cognição da relação jurídica processual, lastreada no contraditório, com o intuito de que se apreendam as tensões entre os interesses que permeiam as decisões governamentais sobre políticas públicas.¹⁰¹

Traz-se à colação a distinta sistemática referente ao contraditório e às tensões sociais que o processo eleitoral abarca, pois não visam à obtenção de uma decisão governamental. Expressam sim a busca de uma

93 Nessa linha, Laufer sustenta que o federalismo é o mais adequado à democracia por favorecer a separação dos poderes, a concorrência política e pela promoção da unidade na pluralidade. LAUFER, Heinz. Os princípios e a estrutura organizativa do ordenamento federativo. In: *O federalismo na Alemanha*. [Berlim]: Konrad Adenauer Stiftung, 1995. p. 34-39. (Série Traduções, n. 7).

94 MARRAFON, Marco Aurélio. Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 95-121. p. 97.

95 MARRAFON, Marco Aurélio. Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 95-121. p. 97.

96 Nessa perspectiva, Baracho sustenta que essa perspectiva de federalismo substitui a ideia de Estado soberano pela de comunidade e concebe o federalismo como um mecanismo organizativo em constante evolução, “que serve para ordenar as relações entre comunidades existentes, com o objetivo de transformar em realidade institucional as comunidades centrais e periféricas que existem em estado latente”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982. p. 8-9.

97 MARRAFON, Marco Aurélio. Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 95-121. p. 107.

98 ARRETCHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV; Fiocruz, 2012. p. 17; 30; 72.

99 MARRAFON, Marco Aurélio. Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 95-121. p. 116-117.

100 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

101 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59-60.

decisão popular que legitime as ações governamentais vindouras, com o contraditório político se configurando pelo confronto de proposições da “situação” e da “oposição”, sendo possível ao processo eleitoral plasmar a composição de blocos e de forças de apoio nesses polos opostos.¹⁰²

Esse processo eleitoral é regido por uma legislação específica que disciplina o procedimento e o processo para que as eleições ocorram de maneira a gerar pequenas rupturas institucionalizadas da relação de poder expressa na política vigente. Isso leva a um rearranjo periódico e programado das bases que sustentam o Poder Público, considerando-se os agrupamentos e os partidos, bem como as ideias as quais eles se baseiam para construir uma organização para o enfrentamento eleitoral.¹⁰³

Ocorre que se o programa de governo não possui vinculatividade no sistema eleitoral, como ocorre no sistema político *presidencialista*, “as eleições pouco contribuem para a racionalidade do processo governamental”. Essa situação se torna diferente no sistema político *parlamentarista*, já que o “governo está atado ao programa apresentado por ocasião das eleições, o que não ocorre no presidencialismo, em vista da ausência de mecanismos de responsabilidade política”.¹⁰⁴

Dessa maneira, o poder pode ser criado pela base política instalada e pelos resultados da gestão governamental, com o governo sendo um foro de consumo de poder político, com os seus ônus e bônus, e um local de “produção” de poder, “com a modificação de estruturas e a geração de bem-estar que não existiriam sem a ação governamental”.¹⁰⁵

Essa dinâmica de busca e de manutenção do poder, com o auxílio das políticas públicas, no *presidencialismo*, é apreendida da seguinte maneira: como existe mandato governamental com prazo de curta duração, as medidas de maior impacto, normalmente, são realizadas no início do mandato, em regra no primeiro ano, pois a legitimação das urnas ainda consegue supedanear medidas tidas como “impopulares”, como asfixia econômica, social e institucional. Passada essa fase, inicia-se a legitimação do governo pelo próprio processo governamental caso, nas democracias maduras (Estado pós-moderno de Chavallier), o resultado dos programas seja justiça social, inclusão, com a condição de criação dessas situações a partir da modernização institucional, das melhorias produtivas e do financiamento das políticas estruturais. A ação governamental exitosa, portanto, retroalimenta o poder governamental, criando condições para uma gestão técnica, e não tecnocrática.¹⁰⁶

Esse processo pode ocorrer de maneira contrária se o processo político e a gestão governamental se dividirem por fatores fisiológicos, antropológicos, cujos instrumentos de governo sejam apropriados pelo “grupo dos vencedores” do certame eleitoral. A versão moderada dessa situação é o menor desgaste possível auferido ao final do mandato, com as escolhas realizadas ao longo dele. Após o processo eleitoral pátrio admitir a reeleição para o Poder Executivo, a valorização da gestão é um dos artifícios utilizados pelos concorrentes ao Poder, tendo em vista a ideia de gestão competente que tanto a “oposição” quanto a “situação” tentam passar aos eleitores, sem falar da proximidade do político ao governo federal e às fontes repassadoras de verbas públicas. Além disso, as circunstâncias econômicas e as condições de crescimento da atividade e do emprego favorecem quem está na situação¹⁰⁷, ou constituem matéria de discursos utilizados pela oposição para a tomada do poder nas eleições vindouras.

Isso demonstra o quão é relevante a ideia de processo (microinstitucionalidade), à medida que o contraditório, apesar de, no processo eleitoral, ocorrer em outras bases, é relevante para que a “oposição” e a “situação” disputem os votos em uma mesma base de eleitores, normalmente as classes de baixa e de média renda, a tornar difícil a ocorrência de retrocesso em relação às políticas públicas consolidadas, como o Bolsa Família, por parte de quem vença a disputa eleitoral.¹⁰⁸

102 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

103 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

104 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

105 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

106 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60-61.

107 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

108 BORGES, André. Eleições presidenciais, federalismo e política social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, p. 117-136,

Além disso, as circunstâncias econômicas e as condições nas quais as políticas públicas foram projetadas servem de esteio para a formulação da campanha eleitoral e para a angariação de votos. Importante destacar como as políticas públicas são um fator de agregação das plataformas políticas dos dois partidos que comandam o Poder Executivo brasileiro nos últimos 16 (dezesesseis) anos — o Partido dos Trabalhadores — PT e o Partido Social Democrata Brasileiro — PSDB.

Principia-se a análise lembrando que o PT apresenta-se como um partido com tendências de esquerda e que o PSDB, apesar de ter a sua gênese em uma tendência mais à esquerda, após a morte de Mário Covas se configurou como um partido mais ao centro e à direita. O que isso influencia nas políticas públicas? Para André Borges, incrivelmente, nada, pois em ambos os governos nos quais esses partidos possuem (ou possuíram) a chefia do Poder Executivo, de 1990-2014, tem havido um constante investimento e incremento nas políticas públicas.¹⁰⁹

A título de exemplo, o FUNDEF e a Bolsa Escola, criados no Governo Fernando Henrique, foram mantidos e intensificados no Governo Lula. Nesse governo foram criados outros programas, como o Bolsa Família, que juntamente com o FUNDEF, angariou prêmios internacionais. Além disso, pesquisas empíricas indicam que o comportamento do eleitorado desses dois partidos é o mesmo quando eles se encontram na oposição e na situação.¹¹⁰

Em regra, quando um dos dois partidos está na oposição, os eleitores mais abastados, mais conservadores politicamente e menos suscetíveis aos benefícios imediatos e diretos das políticas públicas votam na oposição, enquanto aqueles beneficiados imediata e diretamente por tais políticas votam na situação.¹¹¹

As regiões brasileiras menos abastadas (Norte e Nordeste) tendencialmente votam no partido da situação porque os eleitores percebem concretamente a efetividade das políticas públicas desenvolvidas no âmbito federal e executadas diretamente pela União ou com o auxílio dos Estados-Membros, dos Municípios e do Distrito Federal. O Bolsa Família é um exemplo de execução direta da União da política pública contra a miséria e o analfabetismo, já que as verbas são direcionadas diretamente dos cofres públicos para a conta vinculada ao programa dos beneficiários.¹¹²

Disso podemos extrair que independentemente da plataforma programático-ideológica que PT e PSDB enunciem, publicamente, no atual cenário brasileiro é pouco provável que haja um retrocesso em relação ao fomento das políticas públicas no país. Isso porque ambos os partidos disputam a mesma base eleitoral, as classes de baixa e de média renda, o que intensifica a manutenção da agenda de fomento ao instituto.¹¹³

O que pode ser alterado é o foco problema público (ex.: educação, saúde, assistência social, meio ambiente, segurança alimentar, entre outros,) a ser objeto da política pública, mas não se acredita em retrocesso quanto ao tema. Dessa forma, um discurso político-eleitoral de arrefecimento na consecução de tais políticas não parece muito inteligente na atual quadra histórica no país.

Essa constatação empírica serve também para afastar críticas ao sistema federalista brasileiro, baseadas nas ideias do federalismo predatório e das instituições públicas ineficientes. O federalismo predatório derivaria do fato de as competências institucionais serem exclusivas da União, o que acirraria a disputa entre os Estados da Federação.¹¹⁴

fev. 2013. p. 132.

109 BORGES, André. Eleições presidenciais, federalismo e política social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, p. 117-136, fev. 2013. p. 119.

110 BORGES, André. Eleições presidenciais, federalismo e política social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, p. 117-13, fev. 2013. p. 119-121.

111 BORGES, André. Eleições presidenciais, federalismo e política social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, p. 117-136, fev. 2013. p. 121-124. O artigo traz pesquisas empíricas que comprovam as conclusões postas no presente artigo.

112 BORGES, André. Eleições presidenciais, federalismo e política social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, p. 117-136, fev. 2013. p. 121-124.

113 BORGES, André. Eleições presidenciais, federalismo e política social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, p. 117-136, fev. 2013. p. 132.

114 BORGES, André. Eleições presidenciais, federalismo e política social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, p. 117-136. fev. 2013.

Esse argumento, diante das assertivas sobreditas, cai por terra, uma vez que se torna cada vez mais necessária uma coalizão partidária para que se governe o país, o que enseja maior habilidade política de quem está no poder. Tanto o é que partidos conservadores em relação ao aspecto social da base governista, como o PMDB, têm apoiado as políticas públicas instituídas pelo Poder Executivo, inclusive referendando o polêmico Decreto 8.243/14.

Mesmo que seja uma postura utilitarista, o resultado é a fortificação de políticas públicas nos governos do PT e do PSDB nos Estados e nos Municípios da Federação. Até candidatos que advieram da FIESP, em seus discursos políticos, ressaltam categoricamente a manutenção de tais políticas. Isso, de certo modo, ratifica a escassa probabilidade de retrocesso.

A ineficiência das instituições derivada do multipartidarismo, do clientelismo e da disputa pelas pastas ministeriais também não é um discurso que tenha servido para enfraquecer a ideia de federalismo e o fomento das políticas públicas, embora possa ter causado efetivações precárias em algum momento. Afora os casos de corrupção e de outros ilícitos, há um discurso de todas as alas partidárias relacionado à modernização da gestão administrativa e à redução das desigualdades sociais, a desaguar na manutenção da importância que as políticas públicas possuem antes, durante e após as eleições.

Uma das críticas que podem ser feitas a essa relação *processo eleitoral e políticas públicas* é justamente a ausência ou o direcionamento das informações relacionadas ao tema — seja pela situação, seja pela oposição, seja pela mídia. Outra crítica decorre do fato de a situação, em ano eleitoral, muitas vezes, conceder a majoração dos benefícios econômicos derivados de determinada política em patamares percentuais altíssimos (ex.: 70% em um ano), comparativamente com aqueles concedidos em anos não eleitorais (aumento igual ou acima da inflação). Outro problema, talvez a ser sanado, se adequadamente aplicado o Decreto 8.243/14, é o do pouco diálogo entre o Poder Público, a sociedade civil e os atingidos por tal política, com a imposição pelo Poder Público de determinada diretriz.

Isso ocorreu, por exemplo, no Distrito Federal quando o governo vigente cessou o diálogo com os catadores e as catadoras de resíduos sólidos e tentou impor um modelo de parceria público-privada, com o fechamento do “lixão” da Estrutural, em favor de sociedades empresárias estrangeiras que fariam o trabalho de incineração dos resíduos sólidos, deixando à margem diversos trabalhadores ou colocando-os em situação degradante. Felizmente, a parceria público-privada foi deixada de lado, diante das construções dialógicas que a comunidade de catadores e catadoras realizou com grupos de extensão do UniCEUB e da UnB, contando com o apoio do Governo Federal,¹¹⁵ para que a situação fosse discutida em outras bases, como estava ocorrendo há mais de dois anos em comissões mistas que envolviam a sociedade civil, a comunidade e membros dos três poderes da República.

Dessa maneira, “a competição vertical e interpartidária no presidencialismo de coalizão gerou incentivos para processos incrementais no desenvolvimento das políticas públicas, possibilitando a criação de programas sociais de caráter redistributivo e universalista”.¹¹⁶ Por isso é que se deve reforçar o implemento das políticas públicas, ainda que isso possa ser um fator de maximização de votos para a coalizão eleitoral que se encontre no poder, pois o que importa é a efetivação dos direitos fundamentais para a minoração das desigualdades socioeconômicas e ambientais existentes no país.

115 Sobre a situação social dos catadores e das catadoras no Brasil: IPEA. *Situação social das catadoras e dos catadores de material reciclável e reutilizável*. Brasil. Brasília, 2013. Disponível em: <chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbdmfmadadm/http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/situacao_social/131219_relatorio_situacao_social_mat_reciclavel_brasil.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2014.

116 BORGES, André. Eleições presidenciais, federalismo e política social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, p. 117-136, fev. 2013. p. 254.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se o trabalho demonstrando que os direitos fundamentais concretizados pelas políticas públicas, protagonizadas pelo Estado, em parceria com a sociedade civil, servem de maximização de votos de uma mesma base eleitoral, independentemente de quem esteja no poder.

O que se espera é que a dinâmica e o processo eleitoral, mesmo no presidencialismo, não somente por fator eleitoral, mas por respeito aos mandamentos constitucionais, fomentem políticas públicas que não se bastem na perspectiva da justiça distributiva, mas na de justiça social. A vinculação dos detentores do poder a essa justiça deve ser irreprochável e objeto de *recall* político, caso não seja respeitada, o que será objeto de estudo em outro trabalho. A justiça social se realiza na efetiva explicitação e resolução da desigualdade¹¹⁷ real em cada caso concreto, com um transbordamento, mesmo que parcial, para outras situações. Essas nuances promovem um contínuo repensar das premissas, das problematizações e das conclusões hauridas dos estudos desenvolvidos em relação aos direitos fundamentais, às políticas públicas e àquilo que o processo e a dinâmica eleitoral envolvem.

Dessa maneira, é preciso entender como indispensável a tal mister a permanência da intencionalidade de justiça, entre nós justiça social, como constitutiva do Direito, sendo, muitas vezes, necessário escutar os silêncios legislativos, doutrinários e jurisprudenciais para a postulação de outras perguntas e respostas aos questionamentos oriundos da sociedade. A concretização da liberdade ética permite a efetivação da justiça social em cada caso, porquanto acolhido o constructo teórico de função como liberdade, com a tutela e o incremento da “liberdade coexistencial”.¹¹⁸

A liberdade ética, por conseguinte, está conectada a um dos sentidos atribuídos à solidariedade constitucional, isto é, a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos, não à solidariedade restrita aos confins de um grupo, ou dissolvida na subordinação de cada um ao Estado: “a solidariedade constitucional não concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa”.¹¹⁹ Essa perspectiva serve à ressignificação do federalismo e do pacto federativo entre Estado, entes subnacionais e sociedade.

A coligação alteridade e justiça social vai ao encontro da tutela constitucional concreta, crítica e prospectiva da dignidade humana, que se efetiva na “realização da liberdade ética”, no momento da coexistência com o diferente. A liberdade negativa, positiva, material ou formal apresenta-se sob a forma de “responsabilidade pelo Outro”, “reconhecimento fático da alteridade”, e o seu exercício se torna uma questão ética. Em outras palavras, “a minha liberdade começa onde se inicia a liberdade do outro” — “liberdade investida” —, de acordo com Lévinas, porque o Outro “traumatiza as certezas”, repisando-se o afirmado anteriormente.¹²⁰

A teorização e a prática da alteridade podem levar a uma efetivação da justiça social como expressa no *caput* do art. 170 da CF/88; todavia, não se circunscreve às hipóteses previstas no aludido artigo, pois a justiça social permeia a juridicidade vigente com o propósito de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e em respeito à dignidade da pessoa humana (CF/88, arts. 3º, I, e 1º, III), até porque as desigualdades sociais e econômicas são tragédias evitáveis.¹²¹

A justiça social, em um primeiro sentido, pode ser entendida como uma justiça que equilibre, quando efetivada, as ideias de democracia e de crescimento socioeconômico e ambiental. De igual modo, a ideia

117 Sobre a densificação da igualdade e da desigualdade, GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade*: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: RT, 2014.

118 RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 167.

119 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 461-462. Tradução de Maria Cristina de Cicco.

120 SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 142-143; 149; 152.

121 RORTY, Richard. Duas profecias. *Folha de São Paulo*, Caderno “Mais”. 24 maio 1998.

de igualdade substancial para os cidadãos de forma coletiva e individual, pois um Estado que concretize a aludida harmonia “será um Estado de Justiça”.¹²²

A densificação da justiça social altera concretamente as desigualdades, porque é o aperfeiçoamento da justiça comutativa (dar a cada um o que é seu, com privilégio à igualdade formal) e da justiça distributiva (dar a cada um o que é seu, embora reconheça as desigualdades, por meio de legislação — CLT, CDC, ECA —, ou por outro modo, sem, porém, alterá-las).¹²³ A efetivação da justiça social no caso concreto fomentará a justiça relacional ou situacional, aquela derivada de uma determinada relação ou situação jurídica, a impedir a mercantilização da sociedade e da pessoa humana concreta.¹²⁴

A construção e a realização dos direitos fundamentais, por meio das políticas públicas, não podem resultar na confirmação do pensamento de Saramago, em texto apresentado no Fórum Social Mundial em 2002: “Não há pior engano do que o daquele que a si mesmo se engana. E assim é que estamos vivendo”.¹²⁵ As políticas públicas e as disputas eleitorais, por consequência, não podem contribuir para o permanente passamento da justiça social, como se ela jamais tivesse existido para quem nela confiou ou que dela esperava “o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça”.¹²⁶

Os sentidos da justiça social não podem ser aqueles que concretizam a justiça em cada caso de olhos vendados, em que o peso da balança se encontra viciado e a espada sempre fende mais um lado que o outro. Espera-se uma justiça rigorosamente ética, “uma justiça que seja a emanção espontânea da própria sociedade em acção”.¹²⁷

Reivindica-se justiça social, fruto da “angústia da responsabilidade pelo rosto que interpela”. Avulta a primazia dos contatos e da intersubjetividade, sob o “desafio do olhar sem contexto e da tentativa de tornar o trauma da diferença em encontro ético”.¹²⁸ Não se pode admitir o Direito como um “jogo jogado” *a priori* por quem quer que seja, pelas regras, pelos Códigos etc. O ideário de justiça social permanece, haja vista a necessidade de um porvir consentâneo com as respostas requeridas para os problemas das vítimas e dos danos potenciais e concretos produzidos hodiernamente no Brasil.

A alteridade e a justiça social, portanto, passam a ser o sustentáculo desse Direito que tutela a vida em relação, podendo-se utilizar o sentido de justiça haurido das construções relacionadas à filosofia da libertação, isto é, uma sociedade em que caiba o interesse de todos e o de cada um, inclusive os interesses ambientais, sendo este o direito fundamental. Esse sentido de justiça está umbilicalmente conectado àquele de liberdade plural intersubjetiva, a incorporar novos direitos, acrescentando-os aos que se encontram na condição de sem direitos (vítimas do sistema de direito vigente). Isso demonstra uma dualidade funcional do Direito: “de um lado, a função de conservação, onde a vida está afirmada; e, de outro, a função é de transformação, onde a vida está negada”,¹²⁹ a fortificar a ideia de desenvolvimento como liberdade.

122 COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 196.

123 LÓBO NETTO, Paulo Luiz. Transformações gerais do contrato. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 16, p.103-113, out./dez. 2003.

124 CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: FACHIN, Luiz Edson et al. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-165.

125 SARAMAGO, José. *Este mundo da injustiça globalizada*. texto lido na cerimônia de encerramento do Fórum Social Mundial 2002. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2913>. Acesso em: 30 jul. 2012.

126 SARAMAGO, José. *Este mundo da injustiça globalizada*. texto lido na cerimônia de encerramento do Fórum Social Mundial 2002. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2913>. Acesso em: 30 jul. 2012.

127 SARAMAGO, José. *Este mundo da injustiça globalizada*. texto lido na cerimônia de encerramento do Fórum Social Mundial 2002. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2913>. Acesso em: 30 jul. 2012.

128 PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *A pátria dos sem pátria: direitos humanos & alteridade*. Porto Alegre: Uniritter, 2011. p. 137-208; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Resenha. *Revista fórum de direito civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 291-296, set./dez. 2012. p. 294-295.

129 LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia da libertação. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São

A normatividade dos direitos fundamentais sociais, por meio das políticas públicas, exige garantias e meios financeiros e institucionais para que a sua efetivação seja real e possa auxiliar a reconstrução de uma sociedade mais justa e solidária (CF/88, art. 3º, I). Por isso se deve buscar exercer a democracia política, econômica e social de outra maneira.

A construção decisória dos direitos fundamentais individuais e sociais pelos poderes da República e o controle das políticas públicas dependem, destarte, de argumentos políticos, morais, econômicos, filosóficos e jurídicos, mormente em um país como o Brasil, no qual o Partido dos Trabalhadores (PT) assume o poder, por eleições diretas no ano de 2002, mas “declara, publicamente, não deter condições políticas que permitam colocar em prática seus postulados de justiça social”.¹³⁰

Independentemente do que aconteça no porvir, a sociedade e o Estado devem estar atentos, em qualquer fase ou plano por que passa a construção de uma política pública, para o dever de se concretizar o quadripé que Neil MacCormick requer em qualquer tipo de decisão político-jurídica: coerência, consistência, princípios e consequência.¹³¹

Noutros termos, deve-se procurar dialogar e cooperar para que os direitos fundamentais sejam efetivamente concretizados no país, fator que evoluiu nesses mais de vinte anos da CF/88, mas que ainda clama por uma construção sólida e direcionada à justiça social. As políticas públicas podem ser os fios condutores para tal objetivo, influenciando e sendo influenciadas pela dinâmica eleitoral.

Ao fim e ao cabo, não se pode olvidar jamais que, contemporaneamente, deve haver “um forte consenso sobre a necessidade de se viver em uma comunidade pautada por direitos”¹³² e deveres, cujas políticas públicas, hipertrofiadas ou valorizadas, pela dinâmica e pelas consequências do processo eleitoral, não deixam de ser um excelente meio de efetivação dos mencionados direitos e deveres fundamentais, que pautam o Direito na atualidade.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, Vitória, n. 11, p. 149-170, jan./jun. 2012.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- APPIO, Eduardo. *O controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.
- ARRETCHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV; Fiocruz, 2012.
- ARZABE, Patrícia Helena Massa. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.
- BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.

Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 326-333. p. 330-331.

130 APPIO, Eduardo. *O controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 17-18.

131 MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hüber Mendes; Marcos Paulo Veríssimo.

132 ROBL FILHO, I. N.; MARRAFON, M. A. Paradoxos da hipermodernidade: reflexões sobre a análise econômica do direito, os direitos fundamentais e o papel da jurisdição constitucional no Brasil à luz da filosofia de Gilles Lipovetsky. In: MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar; VALE, Julio Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. (Org.). *Direitos fundamentais, economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. Florianópolis: Conceito, 2010. v. 1. p. 265-285. p. 281.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORGES, André. Eleições presidenciais, federalismo e política social. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, p. 117-136, fev. 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- CAMARGOS, Luciano Dias Bicalho; ANJOS, Marcelo Adriano Menacho dos. Tipos de Estado. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (Orgs.). *Curso de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: 2009. p. 75-100.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: FACHIN, Luiz Edson et al. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-165.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.
- FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CHUEIRI, Vera Karam de. Prefácio. In: CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 7-12.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, p. 159-174, jan./jun. 2010.
- FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, José Renato. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 187, p. 21-34, 2010.
- FREITAS FILHO, Roberto et al. Políticas públicas e protagonismo judicial no STF. *Universitas/Jus*, v. 222, p. 105-193, 2011.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008. (Coleção Rubens Limongi França, v. 4).
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos. 2013. 275 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2013.
- GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas do ativismo judicial e da dogmática dos direitos fundamentais. *Palestra* proferida no UniCEUB em 5 de maio de 2014. Inédito, cedida gentilmente pelo autor.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Situação social das catadoras e dos catadores de material reciclável e reutilizável*. Brasil. Brasília, 2013. Disponível em: <chrome-extension://oemndcblldboiebfnladdacbfmadadm/http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/situacao_social/131219_relatorio_situacaosocial_mat_recicavel_brasil.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2014.

ROCHA JÚNIOR, José Jardim. *Os direitos humanos como problema do direito positivo*: apontamentos para uma análise deferente às demandas republicanistas do constitucionalismo. 2002. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2002.

LAUFER, Heinz. Os princípios e a estrutura organizativa do ordenamento federativo. In: *O federalismo na Alemanha*. [Berlim]: Konrad Adenauer Stiftung, 1995. p. 34-39. (Série Traduções, n. 7).

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LIMA, Waner Gonçalves. Política pública: discussão de conceitos. *Interface* (Porto Nacional), Mato Grosso do Sul, n. 5, p. 49-53, out. 2012.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista*: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. São Paulo: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. São Paulo: Manole, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Transformações gerais do contrato. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 16, p. 103-113, out/dez. 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais*: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

LUDWIG, Celso Luiz. Filosofia da libertação. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 326-333.

MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização. In: CLEVE, Clemerson Merlin. (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 3. p. 95-121.

NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: SANTOS, Luciano Nascimento (Coord.). *Estudos jurídicos de Coimbra*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 229-268.

PARADA, Eugênio Lahera. Política y políticas públicas. In: SARAVIA e FERRAREZI (Org.). *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. Pp. 67-95.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *A pátria dos sem pátria*: direitos humanos & alteridade. Porto Alegre: Uniritter, 2011.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Resenha. *Revista fórum de direito civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 291-296, set/dez. 2012.

- ROBL FILHO, I. N.; MARRAFON, M. A. Paradoxos da hipermodernidade: reflexões sobre a análise econômica do direito, os direitos fundamentais e o papel da jurisdição constitucional no Brasil à luz da filosofia de Gilles Lipovetsky. In: MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar; VALE, Julio Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. (Org.). *Direitos fundamentais, economia e Estado: reflexões em tempos de crise*. Florianópolis: Conceito, 2010. v. 1. p. 265-285.
- SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. p. 67-95. (Coletânea, v. 1)
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. (Org.). *Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17-30.
- RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RORTY, Richard. Duas profecias. *Folha de São Paulo*, Caderno “Mais”. 24 maio 1998.
- RUA, Maria das Graças. *Políticas públicas*. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2009.
- RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; VALADÃO, Maria Izabel. *O estudo da política: temas selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.
- SARAMAGO, José. *Este mundo da injustiça globalizada*. Texto lido na cerimônia de encerramento do Fórum Social Mundial 2002. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2913>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul/dez. 2006.
- SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça

Primitive societies and contemporary law: how tribal justice can help us rethink our justice

Amanda Rodrigues

Tiago Themudo

Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça*

Primitive societies and contemporary law: how tribal justice can help us rethink our justice

Amanda Rodrigues**

Tiago Themudo***

RESUMO

Este artigo busca analisar a fundamentação e hipóteses de concretização da justiça restaurativa como método alternativo de resolução de conflitos, bem como estabelecer um paralelo com a chefia indígena, apresentando-a como uma forma de aplicação desse método. Inicialmente, há uma análise sobre a justiça restaurativa e como ela está além do modelo penalista binário e do modelo retributivo, com suas características principiológicas e o seu funcionamento. Em seguida, apresentamos os atributos da chefia indígena, como exemplo de práticas jurídicas. Finalmente, discutimos as possibilidades de aplicação da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro e as relações enquanto justiça tribal no ordenamento organizacional da chefia indígena. Concluimos que, diante as falhas do modelo retributivo, torna-se necessária à busca por novas formas de resolução de conflitos, onde o olhar esteja na restauração do dano e no reestabelecimento dos laços rompidos. De modo que sejam recompostas as relações, não afastando as partes, mas dando a elas a chance de se reorganizarem, afirmando a autonomia da comunidade envolvida. Também é possível concluir que essa forma de manutenção da paz está presente desde as sociedades primitivas através da figura do chefe indígena, com sua função de agente pacificador. O aumento da justiça restaurativa no Brasil busca diminuir o medo da vítima diante do agressor, sanar e corrigir os danos causados. Ela será guiada pela descoberta e esclarecimento de quem foi prejudicado, de quem é a obrigação de reparar os danos e quais as necessidades tanto da vítima como do agressor.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Chefia indígena. Métodos alternativos de resolução de conflitos.

* Artigo convidado.

** Amanda Campos Fontenele Rodrigues, graduanda em Direito pela Faculdade 7 de Setembro e monitora da disciplina de Antropologia Jurídica.

*** Tiago Seixas Themudo, doutor em sociologia e professor titular da Faculdade 7 de Setembro, onde ministra a disciplina de Antropologia Jurídica. E-mail: seixas@fa7.edu.br

ABSTRACT

This article seeks to analyze the reasons and assumptions of implementation of restorative justice as an alternative method of conflict resolution, and to establish a parallel with the indigenous leadership, presenting it as a form of application of this method. Initially, there is an analysis of restora-

tive justice and how it is beyond criminal attorney binary model and retributive model, its principles and its operation. The following are the attributes of the indigenous leadership, as an example of legal practices. Finally, we discuss the possibilities of application of restorative justice in the Brazilian legal system and relations as tribal justice in organizational planning of the indigenous leadership. We conclude that, given the failures of the retributive model, it becomes necessary to search for new forms of conflict resolution, as the eye is the restoration of the damage and the reestablishment of severed ties. So that they are recomposed relations, not ruling parties, but giving them a chance to reorganize, affirming the autonomy of the community involved. It is also possible to conclude that this form of peacekeeping is present from primitive societies through the figure of the Indian chief, with his peacemaker agent function.

Keywords: Restorative justice. Indigenous leadership. Alternative methods of conflict resolution.

1. INTRODUÇÃO

Darcy Ribeiro, em três importantes obras de sua bibliografia, *O processo civilizatório*¹, *As Américas e a civilização*² e *Teorias do Brasil*³, se alinha a uma forte tradição das ciências históricas e sociais ao buscar elaborar, primeiro, uma teoria geral da organização e evolução das sociedades humanas, depois, uma teoria específica sobre o desenvolvimento das sociedades americanas, e, por último, uma teoria explicativa da sociedade brasileira. De onde viemos? Quem somos? E quem seremos no futuro? A expectativa era que, uma vez conhecendo cientificamente as leis que regem a organização e a evolução das sociedades, poderíamos desenvolver um controle cada vez mais sobre nosso próprio destino. Conhecer a lógica das sociedades, seus princípios de estruturação, bem como a dinâmica de suas transformações, permitiria à ciência compreender as razões de uma crise, por exemplo, sugerindo, em seguida, as ações necessárias para se sair dela. Da crise ao apogeu.

Para realizar essa análise geral das sociedades, Darcy divide o acervo cultural em três dimensões, ou sistemas: o sistema adaptativo, “que é o conjunto das formas de ação sobre a natureza para a produção das condições materiais de existência das sociedades”, o sistema associativo, “que é o conjunto de modos de organização das relações interpessoais para os efeitos da reprodução biológica, da produção e distribuição de bens e da regulação do convívio social”, e o sistema ideológico, “que compreende as ideias e os sentimentos gerados no esforço por compreender a experiência a experiência coletiva e por justificar ou questionar a ordem social.” A vitalidade de uma sociedade, seja ela uma sociedade tribal ou uma sociedade globalizada, irá depender no nível de articulação destes três sistemas. Esta vitalidade é traduzida em capacidade criativa de desenvolver tecnologia adaptativa, criar intuições capazes de solucionar os conflitos externos e internos, elevando o nível de mutualidade, de cooperação e honestidade das relações sociais, e de corpos de conhecimento aptos a explicar a realidade de forma realista, expressões artísticas autênticas e valores para o presente e o futuro produzidos de forma autônoma. Se estes três sistemas não funcionarem adequadamente, em seu funcionamento interno e em sua articulação com os outros dois, o resultado será uma sociedade fraca, entregue à degradação e à pobreza, resultante de seus conflitos sociais e de sua ignorância sobre si mesma.⁴

Dentre as formas possíveis de manifestação desta vitalidade, Darcy elabora o conceito de *criatividade institucional*, força diretamente articulada a grandes movimentos de transformação da sociedade, e que indica a compreensão na mudança dos cenários históricos e a capacidade de transformar seus sistemas culturais. A

1 RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

2 RIBEIRO, Darcy. *As Américas e a civilização: processo de formação e causas do desenvolvimento desigual dos povos americanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

3 RIBEIRO, Darcy. *Estudos de antropologia da civilização: os brasileiros: teoria do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

4 RIBEIRO, Darcy. *Estudos de antropologia da civilização: os brasileiros: teoria do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.

ausência desta criatividade pode levar a uma intensificação das crises, e a uma perda de forma cultural. Os índios do litoral brasileiro, por exemplo, em sua diversidade étnica, viviam, antes da chegada dos portugueses em estado de guerra permanente uns contra os outros. Esta guerra, da perspectiva de sua organização política, era fundamental para a manutenção da autonomia, da unidade jurídica de cada uma delas. Se todas estão em guerra potencial contra todas (um mundo todo feito de aliados e inimigos, e que, a todo momento, pode se reconfigurar), não há força capaz de unificá-las sobre a égide de um único poder político. Ou seja, a guerra contribuía para a preservação do valor jurídico fundamental destas sociedades, sua unidade. No entanto, com a chegada de portugueses e francesas, a instituição da guerra foi logo colocada à serviço dos interesses coloniais. As milenares dívidas de sangue, que colocavam em oposição as etnias litorâneas, eram utilizadas pelos europeus para facilitar o trabalho de captura e escravização do índio. Não havia um único destacamento militar português ou francês que não fosse composto também de índios de etnias rivais. Os índios não tinham a compreensão de que se tratava ali de um inimigo comum, de que uma forma comum de existência se encontrava ameaçada.

Por duas vezes apenas, as diversas etnias se uniram em um exército comum, a *Confederação dos Tamoios e a Revolta dos Tupinambás*, conseguindo quase inviabilizar a presença europeia no litoral brasileiro. No entanto, após a vitória nestes combates surgia sempre a memória tribal alimentada pela instituição da guerra, e a criatividade que levou a correta compreensão de um novo cenário político por parte dos índios, se confirmou como sendo sua maior fraqueza.

Vivemos situação semelhante na sociedade brasileira contemporânea. A quantidade de sistemas em crise, econômico, político, educacional, energético, ético, têm colocado em cheque o processo de desenvolvimento e prosperidade no qual mal acabamos de entrar e do qual fomos historicamente privados. O problema da violência em geral, e da instituição prisional, em particular, tem colocado a sociedade brasileira em um grande dilema, semelhante ao dos índios. Ou somos capazes de reinventar a maneira como compreendemos este problema e como respondemos subjetivamente a institucionalmente a ele, ou ele irá minar nossa capacidade de projetarmos nosso próprio futuro.

Vivemos um paradoxo, neste sentido. Há consenso de que a instituição prisional, peça chave do direito penal brasileiro, não tem capacidade de gerenciar e solucionar o problema da violência na sociedade brasileira, mas tampouco parecemos capazes de viabilizar novas maneiras de compreender e tratar o problema. Não parece haver um único estudo científico sobre o assunto, que indique redução da criminalidade devido ao bom funcionamento das prisões brasileiras. Pode-se argumentar que é justamente esse bom funcionamento, presente em outras sociedades, que devemos almejar. No entanto, e se estas outras sociedades, que nos servem de modelo, também estiverem repensando suas respostas institucionais à violência, distantes do modelo que se convencionou chamar de *retributivo*, e quem tem na cadeia sua principal ferramenta de ação? E se estas sociedades, muitas vezes inspiradas na maneira como as sociedades indígenas, desprovidas que eram de Estado e de qualquer forma de violência na gestão das relações sociais, resolviam seus conflitos, estiverem caminhando para outro paradigma de justiça?

A Justiça Restaurativa, segundo o *Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa*, publicado pelo escritório das Nações Unidas contra Drogas e o Delito, é uma forma de resposta às circunstâncias do crime, da vítima e do infrator analisando cada caso particularmente; uma resposta ao crime, respeitando a dignidade de cada um, buscando a harmonia pela reparação; um caminho possível para diminuição dos efeitos estigmatizadores sobre os delinquentes e um método que está dirigido às causas subjacentes do conflito.⁵

A publicação das Nações Unidas nos traz a Justiça Restaurativa como um método que tem foco na resolução dos problemas em suas mais diversas formas, envolvendo, sempre que possível, o infrator, a vítima, os agentes da justiça, as redes sociais que as partes integram e a comunidade. Essa comunidade não

5 DANDURAND, Yvon; GRIFFITHS, Curt Taylor. *Manual sobre programas de justiça restaurativa*. Nova Iorque: Escritório das Nações Unidas contra Droga e o Delito, 2006.

é – necessariamente – o mesmo que sociedade. Para a Justiça Restaurativa, o que é levado em consideração são as micro-comunidades, ou seja, as comunidades de cuidado, onde há relacionamento direto, e em que as pessoas que vivem no mesmo lugar serão atingidas diretamente pelo ato transgressor. Essa forma de resolução de conflitos parte do pressuposto que para além de uma violação à lei, o crime é também uma maneira de violar a comunidade e a vítima. Por essa razão torna-se necessária a presença de todos os sujeitos no método restaurativo.

No Brasil, herdeiro displicente da cultura indígena, o surgimento e desenvolvimento desta discussão ainda é tímido. Até mesmo a aplicação de penas alternativas, expressão suavizada do direito penal, ainda é insuficiente. O que dizer de práticas alternativas a este modelo? A arbitragem e outras práticas de justiça restaurativa ainda não tem a força necessária para contribuir na pacificação da sociedade brasileira. Uma maior compreensão do conceito de Justiça Restaurativa, a partir da análise de algumas formas de resolução de conflito das sociedades indígenas, define o objetivo central deste artigo. Através de revisão bibliográfica, com base em textos antropológicos e pelo estudo dos fundamentos da Justiça Restaurativa, o presente trabalho propõe-se a realizar um estudo de antropologia jurídica comparada. De modo que, a maior preocupação será mostrar como a Justiça Restaurativa se apresenta como uma opção à justiça ordinária e quais os princípios que justificam sua aplicação.

A Justiça Restaurativa, também chamada de Justiça Tribal pela inspiração que encontra nas formas de resolução das sociedades primitivas ou sem Estado, é fruto de um processo existente nas mais antigas comunidades humanas e ainda vigora em sistemas sociais e comunitários, como no caso das tribos indígenas. Essa modalidade de justiça caracteriza-se pela rapidez, desburocratização, reparação e a presença das pessoas prejudicadas com o objetivo de corrigir a injustiça, através de medidas materiais ou imateriais para que possam ser reduzidas as consequências do crime.⁶

A instituição da chefia, segmento político-jurídico a ser analisado, se apresenta como a principal “força” responsável pela manutenção da paz social, da unidade social nas sociais primitivas. No entanto, esta instituição de poder carece do elemento que, em nossa sociedade, aparece como a essência mesma do poder político-jurídico: a capacidade de, em última instância, impor suas decisões ao corpo social. Deste tipo de poder, o chefe indígena não dispõe. O chefe indígena não possui poder, não pode impor sua “vontade política” ao conjunto da sociedade. Ele atuará mais como uma espécie de mediador, tendo exclusivamente o bom funcionamento da solidariedade social como finalidade. Neste tipo de sociedade, a instituição da justiça se faz sem violência. Derivarão desta máxima todas as características da Justiça Restaurativa moderna. Antecipar a comparação do chefe indígena com o juiz arbitrário não se constitui em ato arbitrário. Analisaremos esta relação mais adiante.

2. A INSTITUIÇÃO DA CHEFIA

Pierre Clastres, antropólogo francês, em seu livro *A sociedade contra o Estado*, no qual analisa a instituição da chefia indígena, identifica os traços distintivos do tipo de chefe, e suas três propriedades fundamentais. A primeira delas é que o chefe é um fazedor de paz, é a instância moderadora, mediadora do grupo. A segunda característica observada é a sua generosidade em relação às demandas da sociedade, normalmente refletida numa série de gestos de generosidade simbólica ou material. Por fim, o chefe deve ser um bom orador. A tripla qualificação necessária ao detentor da função política existe nas sociedades sul-americanas e nas norte-americanas.⁷

Essas características são opostas em tempos de guerra e em tempos de paz. Quando estão em expedição guerreira, o chefe dispõe de um poder, que pode ser até absoluto, sobre os guerreiros. Mas, com o retorno da

6 LEAL, César Barros. *Justiça restaurativa: amanhecer de uma nova era*. Curitiba: Juruá, 2014.

7 CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

paz, o chefe perde sua potência. O poder coercitivo só é aceito em condições excepcionais, principalmente quando há ameaça externa. Essa união entre poder e coerção cessa desde que o grupo esteja em relação somente consigo mesmo. A autoridade dos chefes tupinambás, incontestada durante a guerra é a mesma submetida ao controle dos anciãos durante a paz. O poder civil é fundado no consenso e não em alguma pressão, a função do chefe é, na mesma medida, de pacificador. Ele deve manter a paz e a harmonia. Ele deve apaziguar disputas, regular divergências. Não usando força, pois ele não a possui, e não seria reconhecida, mas com base no seu prestígio. Ele é um árbitro que busca reconciliar. Se o chefe falha na reconciliação, ela permanece.

A segunda característica da chefia é a generosidade, que é mais que um dever, uma servidão. Os etnólogos puderam observar que em diversas sociedades da América do Sul, a obrigação de dar, a qual prende o chefe, é vivida pelos índios como uma espécie de direito de submetê-lo permanentemente a uma pilhagem. E se, por acaso ele se nega a entrega constante de presentes, todo o seu prestígio será negado. Clastres cita Francis Huxley “é papel do chefe ser generoso e dar tudo o que lhe pedem: em algumas tribos indígenas, pode-se sempre reconhecer o chefe porque ele possui menos que os outros e traz os ornamentos mais miseráveis. O resto foi-se em presentes”. Há situação análoga entre os Nambikwara “A generosidade desempenha um papel fundamental para determinar o grau de popularidade de que gozará o novo chefe”. Às vezes, após tantos pedidos, o chefe já esgotado, exclama: “Basta! Chega de dar! Que um outro seja generoso em meu lugar”⁸. Esse relacionamento ocorre em todo o continente. O poder e a avareza não são compatíveis. A generosidade faz com que o poder político e poder econômico não se cruzem jamais. Se for observado no chefe o sentimento de avareza ou acumulação de bens, será constatado um desejo de poder, e é isso que a tribo não deseja, de modo que levará o chefe a perder seu prestígio.

A tribo ainda aprecia o talento oratório em seu chefe, sendo uma condição e também um meio de poder político. O chefe deve, ao nascer ou pôr do sol, fazer um discurso para toda a tribo. Os chefes Tupinambá, Xerente e Pilaga falam todos os dias para o seu povo viver segundo as tradições. O tema dos discursos está diretamente ligado a função de agente pacificador, associados a paz, harmonia, honestidade, recomendando virtudes a todos da tribo. De certo, algumas tribos não valorizam o discurso do chefe, sendo indiferentes ao que é dito, como refere-se Clastres às tribos Toba do Chaco e aos Trumai do Alto do Xingu. Entretanto, isso não é um diminutivo do amor dos índios pela palavra. Quando valoriza-se a fala, desvaloriza-se o uso da força, da violência e do poder.

Não é possível situar em um mesmo plano a realidade sociológica, que é definida como conjunto das condições de possibilidade da esfera política, e por outro lado o que faz o funcionamento efetivo das funções cotidianas da instituição. Ter como elemento homogêneo o modo de constituição do poder e a forma de operação do poder constituído levaria a uma confusão entre o ser e o fazer da chefia, o transcendental e o empírico da instituição. As funções do chefe não são menos controladas pela opinião pública, independentemente do seu alcance. O líder não possui poder decisório, ele nunca está seguro que suas ordens serão executadas. E é essa fragilidade, o fato de seu poder ser permanentemente contestado que garante o exercício de sua função. O poder do chefe está ligado a boa vontade do grupo. Assim é possível entender o interesse do chefe em manter a harmonia. A destruição da paz interna pede a intervenção do poder, porém ao mesmo tempo, provoca o aparecimento da intenção de contestação, que o chefe não tem como superar.

Essa trindade de predicados ligados ao chefe dá ao mesmo, elementos cuja troca e circulação constituem a sociedade como tal. É pelos três níveis fundamentais que se define a sociedade e é igualmente por referência a esses três sinais que se constitui a esfera política das sociedades indígenas. O poder relaciona-se com os três níveis estruturais, na medida em que reconhece a essa concorrência um valor outro que não seja uma coincidência sem significado, que são essenciais à sociedade. É enfim na natureza dessa relação que devemos buscar as implicações estruturais.

8 CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

O chefe, enquanto possuidor de riquezas e mensagens apresenta sua dependência com o restante do grupo e a obrigação de manifestar a inocência de sua função. Pode-se, com efeito, pensar, medindo a confiança que o grupo credita a seu chefe, que devido a essa liberdade vivida pelo grupo em sua relação com o poder aparece, como que sub-repticiamente, um controle, mais profundo porque menos aparente do chefe sobre a comunidade. Durante o período de penúria, o grupo entrega-se totalmente ao chefe. Quando há ameaça de insegurança alimentar, as comunidades do Orinoco se instalam na casa do chefe até dias melhores. Assim como a tribo Nambikwara, com poucos alimentos espera do chefe que a situação melhore, e não de si. A tribo não pode ficar sem o chefe, dependendo inteiramente dele. Entretanto essa dependência é somente aparente, ela na verdade mostra uma chantagem do grupo sobre o chefe, pois se ele não faz o que a comunidade espera ele será morto, abandonado ou trocado por um outro líder que cumpra com as expectativas. É através dessa dependência real que o chefe pode manter seu posto. Podemos observar na relação do poder com a palavra, pois se a linguagem é o oposto da violência, ela deve ser interpretada mais do que como um privilégio do chefe, e sim como um meio de que o grupo possui para manter o poder fora da violência coercitiva, garantindo que a ameaça está afastada. “A palavra do líder encerra em si mesma a ambiguidade de ser desviada da função de comunicação imanente à linguagem”⁹. Segundo os Urubu, a linguagem da autoridade é uma linguagem dura, da qual não se deve esperar resposta. Essa dureza não compensa a impotência da instituição política. À exterioridade do poder corresponde o isolamento que é trazido pela palavra, que por ser dita duramente para não ser ouvida, testemunho de sua doçura.

3. CHEFIA E ARBITRAGEM: ASPECTOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Um dos princípios constitucionais do processo é a inafastabilidade da tutela jurisdicional. É ela que no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, garante o direito de apreciação no judiciário. Como não se pode exercer a autotutela, o Estado oferece meios de proteção jurídica. Por ser um direito fundamental, garantido a todos, muitas vezes leva-se até a justiça lides que possuem como raiz de todo o problema a falta de diálogo entre as partes.

As pessoas, de um modo geral, perderam a capacidade de superar as suas adversidades, acomodando-se na entrega de seus litígios para serem resolvidos por um terceiro: a cultura do litígio, bem presente na sociedade atual.¹⁰

A mediação busca a solução do conflito, e não somente o término do processo. Através do reequilíbrio entre as partes litigantes e não pela vitória de um em detrimento do outro. Retorna o protagonismo da resolução das divergências para as partes. Ela é uma das formas de pacificação autocompositiva e voluntária, em que terceiro imparcial será atuante, proporcionando a retomada do diálogo entre os litigantes. O mediador não fornecerá soluções diretas, mas sim, se utilizará de maneiras de orientação e estimulação de uma solução adequada.

A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. A proposta da técnica é proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as partes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos.¹¹

Ela é indicada para casos em que exista vínculo, seja ele jurídico ou pessoal, antes da existência do conflito. De tal modo que, ensaja a necessidade da busca de elementos internos que levaram a divergência, e deve-

9 CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

10 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva emenda n.1 de 31 de janeiro de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

11 TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008. p. 208.

rá criar um ambiente para que seja possível a superação de antigos ressentimentos, mitigando as discussões. Segundo Adolfo Neto e Lia Sampaio, “Um dos seus objetivos é estimular o diálogo cooperativo entre elas para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas”¹². O mediador é um coordenador que deve instigar incessantemente as partes a desenvolverem a dialética.

Segundo Adolfo Neto e Lia Sampaio, a mediação possui como princípios: a autonomia da vontade das partes, imparcialidade, independência, credibilidade, competência, confidencialidade, diligência e acolhimento das emoções dos mediados. A autonomia faz referência a ideia que a mediação possui caráter voluntário, pois é opção dos mediados seguirem esse método. Também são eles que escolhem o mediador, a escolha do procedimento e a solução do conflito. As partes são gestoras de seu destino. A imparcialidade recai sobre o mediador, que como terceiro deve resguardar seus valores pessoais para que esses não interfiram no andamento do procedimento. Assim como a independência, que também é relacionada ao mediador, ele não deverá ter qualquer vínculo com as partes, todavia, segundo Cahali, se as partes estiverem cientes da ligação preexistente e, respeitando a autonomia da vontade, aceitarem a possível dependência, a atuação do mediador não se comprometerá. As partes escolhem a mediação para proporcionar a autocomposição e pela confiança nesse instrumento. Esse é o princípio da credibilidade. O mediador só deverá atuar quando julgar-se competente para o assunto em questão na lide, e essa deverá transcorrer em absoluto sigilo. São esses os princípios da competência e confidencialidade, respectivamente. Deverá o mediador estar atento à condução do processo e da reação das partes. Esse princípio da diligência é diretamente ligado com o acolhimento das emoções, pois, para além da constante vigilância no processo e nas reações dos mediados – para que não exista uma quebra da comunicação, impedindo o avanço do diálogo – o mediador deverá tomar conhecimento das relações subjetivas que levaram até o conflito.

Anteriormente, a mediação somente estava positivada no Decreto nº1.572/95, sobre negociações trabalhistas. Entretanto, a discussão acerca da mediação no judiciário brasileiro não é nova e somente agora, com o Novo Código de Processo Civil, há a tendência da valorização dos meios alternativos de solução de conflitos, qualificando os mediadores como auxiliares da justiça e estabelecendo a criação, através dos Tribunais, de um setor de mediação e de programas que busquem a autocomposição.

A arbitragem, segundo a lei 9.307/96, refere-se ao método em que as partes, de comum acordo, havendo um litígio posto ou por cláusula contratual, escolhem um terceiro, ou colegiado, para trazer uma solução sem que seja necessária a intervenção estatal. Junto a jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos.

Ela traz benefícios como a confidencialidade, a celeridade, o conhecimento do objeto de litígio pelo árbitro que decidirá a informalidade e o baixo custo.

Embora na Lei de Arbitragem não seja feita a exigência de um procedimento sigiloso, os regulamentos das principais câmaras de arbitragem estabelecem uma reserva de publicidade. De modo que, tanto as partes como o objeto em questão não serão divulgados. É um sistema rápido, que segundo a Lei de Arbitragem deve encerrar em até 6 meses após a demanda da arbitragem. Um dos maiores benefícios da arbitragem é a liberdade de escolha do julgador dentre pessoas que possuem a confiança das partes. Eles deverão possuir conhecimentos específicos sobre o tema do conflito, experiência e conduta. O que é um atrativo pela decisão por esse método é justamente a erudição de certos conteúdos que trará maior tecnicidade na apreciação da matéria. E por fim, por ser um julgamento de instância única, sem ônus decorrentes de demora ou as despesas com os recursos, embora os valores para se instaurar um procedimento arbitral sejam mais caros, o custo-benefício é compensatório. A arbitragem só poderá ser utilizada para direitos patrimoniais disponíveis.

Não será administrada pelo Estado, mas sim pela Câmara de Arbitragem. Os árbitros, segundo a lei 9.307/96, poderão ser quaisquer pessoas, desde que possuam a confiança das partes. Necessariamente será

12 BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

feita a indicação à pessoa natural, devido ao caráter personalíssimo. Deverá ser imparcial, sem interesse no conflito, seja pessoal ou econômico. São juízes de fato e de direito. A sentença arbitral é irrecorrível e com força de coisa julgada. Pode-se ir à ao judiciário ver a validade da decisão do árbitro. Surgiu no direito brasileiro na Constituição Imperial, de 1824, todavia, as constituições que se seguiram não consagraram o instituto de forma expressa. Assim, permaneceu na legislação infraconstitucional, com o devido destaque para o Decreto 3.084 de 1898. Retorna à Constituição de 1988, prevista expressamente no artigo que se segue:

Art 114: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente¹³.

Entretanto, a arbitragem somente passou a ser utilizada de forma efetiva como método alternativo de resolução de conflitos com a promulgação da lei 9.307/96. Há imposição da decisão. Todavia não será por alguém que não represente nada para as partes, mas alguém que detém a confiança das mesmas. Os métodos alternativos de solução de disputas são ferramentas fundamentais para que seja posto o fim em litígios.

4. PILARES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa tem sua eficácia baseada em cinco pilares de ação, de acordo com o que nos é ensinado por Leal¹⁴. O primeiro deles é o encontro entre ofensor, a vítima e comunidade, que terá, com os dois, relacionamento, oferecendo igual assistência, em um ambiente seguro, neutro e imparcial. Esse encontro deverá ser comunicativo, propenso ao diálogo, onde é permitido aos envolvidos a chance de se conhecer e compartilhar visões do fato ocorrido, suas origens e consequências para cada um deles. A comunicação entre a vítima e o transgressor pode ser por correspondências ou vídeos, quando uma das partes não deseja se encontrar pessoalmente com a outra.

Possibilita-se às partes uma participação em condições de igualdade. A vítima, o transgressor e a comunidade compõem o processo, e todos devem fortalecer o diálogo de aceitação e respeito, prezando pelo domínio do senso de justiça. A Justiça Restaurativa propõe como segundo pilar, a participação dos afetados, de forma direta ou indireta na formulação das soluções. Essas soluções devem atender as necessidades que surgiram em consequência do delito. Busca-se uma justiça sensível, que reafirme os Direitos Humanos e que se tenha a chance de ouvir o outro, de entender também a sua perspectiva do fato.

O terceiro pilar consiste na reparação, devolução ou restituição material do bem. Essa restituição pode ocorrer por indenização, trabalho a favor da vítima ou das vítimas secundárias como a comunidade que também fora atingida. A reparação também pode ocorrer de forma simbólica, por carta de arrependimento, compromisso de mudar seu comportamento, conduta generosa para com a comunidade, mostras de pesar e pedido de desculpas. Deverá ser levada em consideração a internalização da responsabilidade por parte do transgressor em relação ao prejuízo ocasionado, sua prestação de contas e também a satisfação da vítima. Devido ao seu sistema onde prevalece o diálogo, a Justiça Restaurativa proporciona um caráter educativo ao transgressor, pois há conscientização do ato infracional e dos danos causados, e a reparação é mais satisfatória para a vítima e para a comunidade, pois elas participaram na sua escolha, retirando a passividade que seria originada por uma ordem judicial.

13 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

14 LEAL, César Barros. *Justiça restaurativa: amanhecer de uma nova era*. Curitiba: Juruá, 2014.

A reintegração é o quarto pilar da Justiça Restaurativa, tanto para vítima, que pode sofrer com a vitimização secundária, que pode levar a desequilíbrio emocional e sentimento de culpa pelo fato, como também para o ofensor, a quem cabe tratar sem humilhações e que se espera que ele se coloque no lugar do outro, refletindo sobre sua conduta e o mal causado à vítima. O sistema restaurativo busca diminuir a discriminação e a estigmatização.

Por fim, o último pilar consiste na transformação. A Justiça restaurativa compreende que é necessário transformar emocionalmente e cognitivamente os envolvidos no ato delituoso, construindo vínculos mais fortes. Não é somente a volta ao estado anterior entre vítima e transgressor, mas a percepção de um novo ambiente, de respeito mútuo e justiça social. Essa transformação deve ocorrer tanto para o autor do ato lesivo, que deverá perceber o mal causado e comunicar-se com a vítima que por sua vez terá sua autoestima recuperada, evitando traumas maiores e a comunidade que deverá contribuir para a melhoria da vida em sociedade e a paz pública.

5. PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Os princípios da Justiça Restaurativa por vezes confundem-se com os princípios da mediação, outra forma de autocomposição de resolução de conflitos. Seguir esses princípios é de fundamental importância para evitar desvios que possam comprometer as características basilares do processo.

O primeiro deles é a assunção de responsabilidade. O ofensor deve inicialmente assumir a sua responsabilidade na ofensa cometida. Essa conduta é premissa básica para que o conflito seja solucionado e que os laços rompidos possam ser reconstituídos, principalmente entre a vítima e o ofensor. Deverá ele reconhecer o cometimento do delito, explicar suas razões, pedir perdão e reparar o dano que fora causado.

O outro princípio consiste na boa-fé. O procedimento restaurativo não terá continuidade se seus participantes não demonstrem que estão movidos pela boa-fé, e assim, mereçam a confiança dos demais membros do processo. É de fundamental importância agir com honestidade, sinceridade, e que as condutas de ambas as partes não estejam influenciando no retardamento da ação, ou favorecendo algum dos lados. Caberá ao facilitador a missão de estar atento aos posicionamentos que possam levar a uma má-fé, levando até mesmo ao término do processo na Justiça Restaurativa.

Sem a morosidade da justiça tradicional e heterocompositiva, os trâmites restaurativos devem ser mais rápidos, até porque os procedimentos são simples e orais, mesmo que sua duração será definida pela complexidade do caso e as características de cada um. Difere a celeridade da Justiça Restaurativa com composição apressada, onde as partes não são ouvidas e o que conseqüentemente resulta em um acordo insatisfatório para as partes.

Também é importante ressaltar que não objetivo da Justiça Restaurativa substituir a Justiça comum. Pelo contrário, um dos seus princípios é a complementariedade entre as duas. Devem ser aplicadas sempre que possíveis as práticas restaurativas, pois são capazes de, por exemplo, fornecer sanções mais brandas, vantajosa assim para os envolvidos no delito. Ambos devem coexistir como instrumentos para gestão dos conflitos.

Os objetos dos encontros da Justiça Restaurativa deverão ser confidenciais, permitindo que o diálogo ocorra de forma mais natural. No caso de desistência, não se transmite nada à justiça comum, não podendo ser usada a participação do ofensor como meio de admissão de culpa em procedimento cível ou penal futuro.

Por ser um método autocompositivo de resolução de conflitos, as partes devem concordar em diversas instâncias, primeiramente na própria realização do encontro, na obediência dos princípios, na realização do acordo e no cumprimento do mesmo. A cooperação também é indispensável para a qualidade do acordo

restaurativo. As partes devem entender as necessidades umas das outras e colaborar para a realização do processo. Também, por ser autocompositivo, será voluntário. As partes devem buscar fazer uso da Justiça Restaurativa quando acharem adequado e estando dispostas a cumprir com todos os princípios.

Por fim, a Justiça Restaurativa baseia-se na informalidade, pois ela é isenta dos rituais da justiça ordinária. Essa falta de formalismo busca tornar o processo mais célere e menos burocrático, não abrindo mão de uma busca responsável pela justiça.

6. PRINCIPAIS MÉTODOS DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa é baseada na ideia que as pessoas são capazes de perdoar, aceitar o outro, reconhecer seus erros, buscando uma convivência harmônica e respeitosa dos direitos humanos, tanto para o ofensor como para o ofendido. Segundo Howard Zehr, os principais modelos da Justiça Restaurativa são os círculos e os encontros entre vítima e ofensor e também as conferências dos grupos familiares¹⁵.

As conferências de grupos familiares, método mais usado nas práticas restaurativas inclusive no âmbito penal, sejam os infratores adultos ou juvenis em países como Canadá, Austrália e Nova Zelândia. Além da vítima e do agressor, estarão presentes membros de ambas as famílias, amigos e pessoas relacionadas, onde com a presença de um facilitador, que será um terceiro imparcial, todos dialogam sobre o conflito e buscam encontrar um acordo que repare os danos causados pelo agressor. Ocorre um encontro prévio, somente com a vítima e o agressor para que esses possam escolher as pessoas que deverão fazer parte da conferência, para que sejam convocadas. Na reunião seguinte, se dá a palavra ao agressor e à vítima – não seguindo uma ordem de quem deverá falar primeiro – e aos demais para que possam dar seu parecer sobre o ocorrido e qual impacto isso teve para a comunidade envolvida. Serão observadas quais são as expectativas da vítima, o que ela busca como reparação, de modo que caberá aos outros membros da conferência tentar concretizar essa vontade. Por fim, assina-se um acordo para firmar e findar o a conferência.

Os chamados círculos são os espaços onde as pessoas se reúnem para buscar um acordo dialogado que seja capaz de restaurar a relação rompida devido ao ato transgressor. Em muitos lugares conserva-se o hábito de utilizar um objeto que passará pela mão de cada membro desse círculo, em sentido horário a partir do facilitador, dando a ele o poder da palavra de forma livre e independente.

Um desses círculos é o chamado Círculo de ajuda, que são reuniões que discutem os conflitos e apresentam formas de atuação. É definido um plano de reintegração do agressor, o que incluirá o monitoramento contínuo de sua conduta. O Círculo de pacificação é utilizado nas comunidades com alto índice de exclusão social visando solucionar os conflitos ocasionados por infrações ao Código Penal. É um método de mediação comunitária, onde o facilitador será alguém com prestígio da comunidade e escolhido por ela para desempenhar essa função, assim como a instituição da chefe indígena nas sociedades primitivas. Busca-se um consenso, evitando levar o caso às autoridades judiciais.

O Círculo de sentença ou decisórios, também chamados de cura ou cicatrização, tem como objetivo chegar à resolução do conflito. Vítima, transgressor, familiares, representantes da comunidade, advogados, promotores de justiça e policiais participarão em uma reunião, juntamente com a autoridade judiciária. Será dada voz à vítima, ao ofensor – que deverá mostrar arrependimento pelo ato delituoso – e à comunidade, proporcionando uma sentença eficaz, não geradora de estigmatizações e apta a evitar condutas semelhantes à transgressão já ocorrida.

Por fim, os encontros vítima-ofensor, onde eles terão um diálogo voluntário sobre o delito, com a participação de um facilitador, onde a vítima relata ao ofensor toda a experiência penosa ocasionada pelo ato

15 ZEHR, Howard. *O livro da Justiça restaurativa*. Pensilvânia: Good Books, 2003.

transgressor e o ofensor irá contar sua história, o que o levou a cometer tal delito, assumindo sua responsabilidade. Por fim, chega-se a um acordo com reparação do dano, restauração dos vínculos e reintegração social.

7. JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Segundo o *Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa*, publicado pelo escritório das Nações Unidas contra Drogas e o Delito, os métodos restaurativos podem ser aplicados dentro do sistema criminal ou paralelo a ele¹⁶. A opção por um deles estará relacionado às questões políticas e culturais, dependendo do nível de organização das comunidades. Estas têm a potencialidade de progredirem com projetos para resolução de conflitos, sem que seja necessário recorrer às agências controladoras formais.

No Brasil, com o fortalecimento da justiça comunitária, que fornece a comunidades vulneráveis programas de mediação para promover canais de comunicação entre grupos sociais, chegando assim a soluções dialogadas e a redução da violência. Eles têm como objetivo informar a população sobre seus direitos e meios necessários à cidadania. Em casos de desacordos, é estimulado que as próprias partes os administrem.

O instituto da Justiça Restaurativa é compatível com o ordenamento jurídico nacional, mesmo que no Direito Processual Penal vigorem os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade para a ação penal pública. Nos países adeptos ao *common law*, o sistema é mais receptivo à Justiça Restaurativa, existindo então grande demanda para programas alternativos de resolução de conflitos, diferentemente do sistema brasileiro, o *civil law*.

Com a Constituição de 1988 e o advento da lei dos juizados especiais, abre-se a possibilidade no sistema jurídico brasileiro de uma adoção do modelo restaurativo, sem que seja necessária mudança legislativa. Na CF/88, é prevista a possibilidade de conciliação, em procedimento oral e sumariíssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau¹⁷.

Bem como a lei 9.099/95, que prevê uma fase preliminar ao processo, podendo essa ser realizada com base na Justiça Restaurativa:

Da Fase Preliminar

Art. 70. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local,

16 DANDURAND, Yvon; GRIFFITHS, Curt Taylor. *Manual sobre programas de justiça restaurativa*. Nova Iorque: Escritório das Nações Unidas contra Drogas e o Delito, 2006.

17 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação¹⁸.

Quando cabe o instituto da suspensão condicional do processo, também pode se fazer uso da Justiça Restaurativa, com base no artigo Art. 89 da lei 9.099/95:

Art. 89 Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova.¹⁹

O Estatuto da Criança e do Adolescente também busca, implicitamente, os moldes restaurativos nas resoluções de seus conflitos, através das medidas socioeducativas previstas em seu texto. Também nos crimes contra idosos, pois o seu Estatuto prevê o mesmo procedimento da já referida Lei 9.099/95. Todavia, é necessário ressaltar que o modelo restaurativo não é ainda o devido processo legal formal. A aceitação caberá às partes que entenderem a importância e eficácia desse método de se chegar à justiça onde os membros atingidos, direta ou indiretamente, tomam para si as responsabilidades de decidir qual a melhor forma de solucionar o conflito.

Em 2005 foi desenvolvido, a partir do financiamento do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, três projetos de Justiça Restaurativa, em Brasília, Porto Alegre e São Caetano do Sul. Todos eles estão vinculados ao Poder Judiciário.

Na Capital gaúcha, começou a expandir a ideia de resolver os conflitos, inspirada pela Justiça Restaurativa, principalmente na Justiça da Infância e da Juventude. A incorporação desses valores se deu com atuação na 3ª Vara da infância e juventude, que é responsável pela execução das medidas sócio-educativas, previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com Rezende, o projeto incorpora os princípios restaurativos em duas fases diversas do processo de execução. Inicialmente quando ocorre a formação do plano do atendimento socioeducativo e ao ser feita a avaliação das possíveis medidas a serem aplicadas, para se verificar a chance do adolescente ter sua medida progredida²⁰

Eles seguem os princípios da Justiça Restaurativa, com organização em círculos familiares e encontros vítima-ofensor, seguidos dos círculos restaurativos, organizados por dois coordenadores com função de facilitadores, assegurando que todos possam se expressar e contribuir para a formação do acordo, que será redigido pelo coordenador e assinado pelas partes.

Após a homologação do acordo, o adolescente é encaminhado para o Programa de execução de medidas socioeducativas onde um técnico é responsável por acompanhar o cumprimento do que foi definido, e um dos facilitadores acompanhará as necessidades da vítima.

18 BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

19 BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

20 MELO, Eduardo Rezende. A experiência em justiça restaurativa no Brasil: um novo paradigma que avança na infância e na juventude. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 87, p. 125-128, set. 2006.

Em São Caetano do Sul, interior do estado de São Paulo, o programa é desenvolvido sob comando da Vara e da Promotoria da Infância e da Juventude. Ele possui duas correntes: uma jurisdicional, na Vara da infância e da juventude e outra educacional que ocorre no ambiente escolar, onde os professores são os facilitadores e para eles serão encaminhados casos até mesmo que não se enquadram em atos infracionais. Tanto o jurisdicional como o educacional seguem os princípios dos círculos da Justiça Restaurativa.

Na Capital federal, a Justiça Restaurativa é realizada no 1º e 2º Juizados especiais de competência geral do núcleo Bandeirante, abrangendo cinco regiões do Distrito Federal: Candangolândia, Núcleo Bandeirante, Riacho I e II e *Park Way*. Assim, somente os juizados especiais criminais fazem parte do projeto.

A equipe gestora busca escolher os conflitos nos quais os envolvidos possuem um relacionamento que se projeta para o futuro. Após a pré-seleção dos casos, faz-se a consulta a vítima e ao autor para saber se é do interesse deles participar da Justiça Restaurativa, já que um dos princípios é que seja voluntária.

8. CONCLUSÃO

Enquanto na justiça ordinária, comum e positivista o foco está voltado para a culpa do autor do crime, colocando sobre ele uma marca que será muitas vezes levada por toda a vida, na Justiça Restaurativa é uma tentativa de buscar uma resposta equilibrada ao crime, recorrendo ao diálogo pacífico, à responsabilização do autor, a reparação do mal proporcionado e a reintegração do agressor na sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro possui diversas possibilidades de aplicação da Justiça Restaurativa, mesmo que ainda não tenha sido positivada. Seguindo essas chances de empregabilidade, é possível uma real expansão na sua utilização.

Essas condutas fazem com que sejam reestabelecidos os enlaces sociais e que se fortaleça a segurança jurídica e cidadã. Não se trata de mera aplicação da lei penal, tampouco de uma visão romântica da justiça. O que se busca é uma mudança no enfoque da justiça. Não mais olhar somente para o passado e para a culpa, mas sim na busca do diálogo, da concordância e da reparação, não somente material, mas sim dos laços rompidos entre as partes. O enfoque é na comunidade e no seu papel de cooperação, o que a mantém indivisa.

REFERÊNCIAS

BEDOYA, José Raúl. *Infierno entre rejas*. México: Posada, 1984.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 3 abr. 2015.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva emenda n.1 de 31 de janeiro de 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia de la liberación*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. São Paulo: RT, 2002.

- CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.
- CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência: pesquisas de antropologia política*. São Paulo: Cosac & Naify, 2004.
- DANDURAND, Yvon; GRIFFITHS, Curt Taylor. *Manual sobre programas de justiça restaurativa*. Nova Iorque: Escritório das Nações Unidas contra Drogas e o Delito, 2006.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- KEMELMAJER, Aída. Em busca da terceira via. In: RAMÍREZ, Sérgio Garcia; MARISCAL, Olga (Coord.). *Direito penal: memória do congresso internacional de culturas e sistemas jurídicos comparados*. México: Instituto de investigações jurídicas, 2005. p. 271-324.
- LEAL, César Barros. *Justiça restaurativa: amanhecer de uma nova era*. Curitiba: Juruá, 2014.
- MARSHALL, Tony. *Justiça restaurativa: uma visão geral*. Londres: Diretoria de Pesquisa em Desenvolvimento e Estatística, 1999.
- MELO, Eduardo Rezende. A experiência em justiça restaurativa no Brasil: um novo paradigma que avança na infância e na juventude. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 87, p. 125-128, set. 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. *Resolução n. 12, de 26 de julho de 2002*. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.VSV_pPnF-0>. Acesso em: 2 abr. 2015.
- RIBEIRO, Darcy. *As Américas e a civilização: processo de formação e causas do desenvolvimento desigual dos povos americanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- RIBEIRO, Darcy. *Estudos de antropologia da civilização: os brasileiros: teoria do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1975.
- RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa como perspectiva para a superação do paradigma punitivo*. 2007. 183 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho (PR), 2007.
- SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SÃO PAULO. Tribunal De Justiça do Estado de São Paulo. *Justiça restaurativa*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/EGov/InfanciaJuventude/Coordenadoria/JusticaRestaurativa/>>. Acesso em: 30 mar. 2015.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.
- TRINDADE, Antônio Augusto. *Caso Miguel Castro-Castro Prison v. Peru*. San José: Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2008.
- ZEHR, Howard. *O livro da justiça restaurativa*. Pensilvânia: Good Books, 2003.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Direito privado, justiça
distributiva e o argumento da
dupla distorção: uma revisão da
literatura**

**Private law, distributive justice,
and the double-distortion
argument: a review of the
literature**

Leandro Martins Zanitelli

Direito privado, justiça distributiva e o argumento da dupla distorção: uma revisão da literatura*

Private law, distributive justice, and the double-distortion argument: a review of the literature

Leandro Martins Zanitelli*

RESUMO

O presente trabalho apresenta “argumento da dupla distorção” (ADD), de Kaplow e Shavell, e uma síntese das críticas que lhe são endereçadas. Segundo o referido argumento, regras legais em geral, incluindo-se as do direito privado, devem atender à eficiência, deixando-se objetivos redistributivos para serem perseguidos (à medida que a perseguição desses objetivos contrarie a eficiência) exclusivamente pela tributação da renda. Com base em um inventário das críticas ao ADD encontradas na literatura, o trabalho também enumera linhas de investigação sobre as possibilidades de um uso redistributivo do direito privado.

Palavras-chave: Direito privado. Igualdade. Redistribuição. Dupla distorção.

ABSTRACT

The paper presents Kaplow and Shavell’s “double distortion argument” (DDA), as well as summarizes criticisms raised against it. According to the argument at issue, legal rules in general, including private legal rules, should aim at efficiency, leaving redistributive goals to be pursued (to the extent that pursuing those goals contradicts efficiency) exclusively through the income tax. Based on the objections against the DDA found in the existing literature, the paper describes lines of research concerning the possibilities of a redistributive private law.

Keywords: Private law. Equality. Redistribution. Double distortion.

1. INTRODUÇÃO

A qual objetivo último, se algum, deve o direito privado, em seu todo, atender? Um ramo poderoso da literatura sobre política do direito privado, a análise econômica do direito, considera que esse objetivo constitui a eficiência. O mal do objetivo da eficiência, contudo, em qualquer das suas variantes, é a indiferença aos lotes individuais. Um estado de coisas ótimo,

* Recebido em 19/03/2015

Aprovado em 20/04/2015

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). *E-mail:* leandrozanitelli@gmail.com

no sentido da eficiência, é um no qual alguns podem ter muito mais do que outros, ainda que não haja razão alguma (afora a própria eficiência) a justificar tal diferença.¹

As implicações contraigualitárias da eficiência podem se tornar mais palatáveis, no entanto, se levarmos em consideração que ao direito privado corresponde apenas uma parte das políticas públicas, de modo que eventuais consequências indesejáveis de um direito privado eficiente possam ser, se não de todo desfeitas, ao menos minoradas pela aplicação das regras de algum outro setor. Mais propensos a aceitar a eficiência como objetivo para o direito privado, poderemos ficar ainda, caso haja uma razão qualquer, não apenas para contar com meios de redistribuição alternativos, como a tributação, como também para considerar que algum desses meios realiza a tarefa em questão com vantagem, isto é, mostra-se, como meio de redistribuição, superior ao direito privado. Se, finalmente, a razão para considerar outro meio de redistribuição superior ao direito privado for a própria eficiência, tanto mais inclinados ficaremos a ignorar a abandonar a pretensão de um direito privado igualitário quanto mais afinidade houver entre a nossa concepção de igualdade e a eficiência. A concepção de justiça igualitária de Rawls, para ficar com o exemplo mais proeminente dos últimos cinquenta anos, aproxima-se da eficiência ao exigir que as expectativas dos cidadãos em pior situação sejam maximizadas,² o que impede um governo de abolir diferenças além do ponto em que essas diferenças se tornem vantajosas ao que estão em pior situação. Todo o restante sendo igual, um rawlsiano é, pois, compelido a escolher como meio legal de redistribuição aquele que maximiza as expectativas dos cidadãos mencionados, e é provável que esse meio seja o que menos desperdiça recursos ou, em outras palavras, o mais eficiente.

Há vários argumentos contra o uso redistributivo do direito privado.³ Um é o argumento da imprecisão, segundo o qual as regras de direito privado são meios inadequados de redistribuição porque se aplicam a classes de pessoas diferentes das que verdadeiramente importam, quando o que se tem em vista é a justiça distributiva. Se, por hipótese, nossos padrões de justiça requererem que os pobres sejam beneficiados com mais recursos, uma lei de locações com regras favoráveis aos inquilinos seria um meio impreciso para alcançar esse fim, porque nem todos os inquilinos são pobres.⁴ Outro argumento, o do “escape contratual” (*contracting around*), chama a atenção para o fato de que a pretensão redistributiva de certas regras de direito privado esbarra na liberdade para estipulação das cláusulas contratuais. Além de imprecisa, uma regra de locações que obrigasse a indenizar o inquilino pela realização de benfeitorias, ambicionando, assim, transferir recursos de locadores para locatários, poderia ter o seu propósito frustrado por uma simples elevação dos aluguéis que compensasse os locadores pela despesa com o pagamento das indenizações.

Nenhum argumento contra regras redistributivas de direito privado tem ocupado mais a atenção da literatura nos últimos tempos, entretanto, do que o argumento da “dupla distorção” (ADD), de Kaplow e Shavell.⁵ O ADD leva à conclusão de que o direito privado constitui não apenas um instrumento de redis-

1 À luz da eficiência, um estado de coisas pode ser considerado ótimo em dois sentidos, os quais constituem, pois, duas acepções diversas de eficiência. No sentido de Pareto, atinge-se ponto ótimo quando não é possível melhorar a situação de alguém sem também com isso piorar ao menos a de outra pessoa. No sentido de Kaldor-Hicks, um ponto ótimo é aquele no qual não se pode melhorar a situação de alguém sem que a soma das perdas infligidas a outras pessoas seja superior aos ganhos somados. Para ilustrar a afirmação do texto, imaginemos um estado de coisas atual em que as duas únicas pessoas, A e B, tenham, respectivamente, 2 e 8, e que a única mudança possível seja para um estado de coisas em que A passará a ter 4 e B, 5. Em tal hipótese, o estado inicial é reputado ótimo em qualquer dos dois sentidos recém referidos, não havendo qualquer razão de eficiência para uma alteração do status quo. O estado inicial é ótimo no sentido de Pareto porque a melhora da situação de A implica uma piora na situação de B, e ótimo no sentido de Kaldor Hicks porque o ganho de A é inferior à perda de B.

2 RAWLS, John. *A theory of justice*. 2. ed. Cambridge: Belknap, 1999. p. 68.

3 KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 23, n. 2, p. 667-681, June, 1994. doi: 10.1086/467941.p. 674-675.

4 Outra versão do argumento da imprecisão acusa o direito privado de ser subinclusivo. Mesmo que todos os motoristas fossem ricos e todos os pedestres pobres, a ideia de redistribuir renda mediante um aumento das indenizações por acidentes de trânsito teria o seu impacto limitado, à primeira vista, aos motoristas e pedestres que de fato se envolvessem em acidentes.

5 KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 23, n. 2, p. 667-681, June, 1994. doi: 10.1086/467941. A expressão *double distortion* foi cunhada por um

tribuição defeituoso, como sugerem os argumentos da imprecisão e do escape contratual, mas também mais defeituoso, e inferior ao imposto de renda, o instrumento de redistribuição alternativo considerado pelos autores. Diferentemente dos argumentos antes referidos, o ADD também parece não se prender a características contingentes das regras de direito privado,⁶ dando assim a impressão de uma geral inferioridade do direito privado (em relação à tributação) como meio redistributivo.

O objetivo deste trabalho é singular. Apresentamos abaixo uma revisão da literatura sobre o ADD dividida em duas partes, uma primeira, na qual o argumento é esmiuçado, e uma segunda, em que fazemos inventário conciso das críticas que lhe foram endereçadas. Não obstante o fato de a literatura ser relativamente abundante, o assunto, ainda é, de um modo geral, desconhecido do leitor brasileiro, ao qual o presente trabalho pode servir, então, como uma introdução. Além disso, embora exposições resumidas sobre o debate sejam encontradas em trabalhos estrangeiros sobre o tema, há contribuições recentes, como as de De Geest⁷ e Dagan,⁸ para as quais vale a pena chamar a atenção.

2. O ARGUMENTO DA DUPLA DISTORÇÃO (ADD)

Suponha que um governo queira ajudar os pobres, mas esteja em dúvida sobre como fazer isso. Será melhor elevar o imposto sobre a renda ou as indenizações pagas pelos ricos às vítimas de atos ilícitos? De modo mais geral, deve o governo perseguir seu objetivo redistributivo por meio da tributação ou de outras regras, como as do código civil (ou ambos)?

O argumento da dupla distorção (ADD) de Kaplow e Shavell⁹ é um argumento em favor da tributação (mais exatamente, do imposto sobre renda) como meio de redistribuição. Para compreendermos por que o imposto de renda é um meio de redistribuição preferível a outros, como a responsabilidade civil, consideramos o caso de duas regras, uma de imposto de renda, A, e outra de responsabilidade civil, B, cujo ônus sobre os ricos seja o mesmo. Trata-se de duas regras cujo custo esperado¹⁰ para cada cidadão rico é igual. A única diferença é que, em um caso, o custo em questão será arcado com o pagamento do tributo, e, no outro, mediante a imposição de uma regra de responsabilidade civil mais severa.

dos críticos do argumento. SANCHIRICO, Chris William. Taxes versus legal rules as instruments for equity: a more equitable view. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 29, n. 2, p. 797-820, June, 2000. p. 799.

6 O argumento da imprecisão ignora, por exemplo, que uma regra de responsabilidade civil em favor dos pedestres pode ser definida de maneira a se aplicar somente quando o pedestre vítima de acidente é pobre, e que, graças ao seguro, o impacto da regra em questão pode não se limitar àqueles que de fato se envolvem em acidentes (LOGUE, Kyle; AVRAHAM, Ronen. Redistributing optimally: of tax rules, legal rules, and insurance. *Tax Law Review*, New York, v. 56, n. 2, p. 157-258, Winter, 2003. p. 184). O argumento do escape contratual, por sua vez, além de limitado, em geral, às relações contratuais, ignora que a livre estipulação de cláusulas nem sempre é possível, bem como que o efeito redistributivo de uma regra pode ser “horizontal”, isto é, entre pessoas que estejam em posição análoga (por exemplo, entre consumidores de planos de saúde, ao invés de entre operadoras de planos de saúde e consumidores) (LOGUE, Kyle; AVRAHAM, Ronen. Redistributing optimally: of tax rules, legal rules, and insurance. *Tax Law Review*, New York, v. 56, n. 2, p. 157-258, Winter, 2003. p. 181).

7 DE GEEST, Gerrit. *Removing rents: why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720.

8 DAGAN, Tsilly. *Pay as you wish: the global market for tax & legal rules*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2506051>>. Acesso em: 25 maio 2014.

9 KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 23, n. 2, p. 667-681, June, 1994. doi: 10.1086/467941.

10 Como o que interessa acima é a reação do cidadão rico à mudança na legislação, pode-se lançar mão da noção de custo esperado, ou custo provável. No caso da responsabilidade civil, o custo esperado é determinado pela probabilidade de ocorrência de um evento danoso mais a indenização a pagar em tal hipótese (presumindo-se que a aplicação da lei seja infalível). O custo esperado aumenta, portanto, com o aumento da indenização a pagar (mantendo-se a probabilidade do dano constante). A presunção acima é que, uma vez alterada a legislação, o incentivo para o trabalho dos cidadãos ricos é influenciado pelo aumento do custo esperado com a responsabilidade civil, ainda que, para alguns desses cidadãos (aqueles que não causarem dano algum), a mudança na legislação venha a se mostrar inócua.

Kaplow e Shavell presumem que, se o custo esperado das regras A e B é o mesmo, o mesmo será também o seu efeito de desincentivo para o trabalho.¹¹ Supõe-se, em outras palavras, que o incentivo para o trabalho seja uma função inversa do montante da renda de que o trabalhador é “expropriado”,¹² não importando se a base legal para tal expropriação é a legislação tributária ou o código civil. Sou encorajado a trabalhar menos sempre que a lei determinar que uma parte maior do produto do meu trabalho me seja tomada, não importando como, e é porque o desencorajamento, ao trabalho, acaba em geral reduzindo o montante total da produção que se chama isso de uma “distorção” comum aos dois modos (tributário e não tributário) de redistribuição de renda.

Pois bem, o cerne do ADD consiste em dizer que, embora as regras A e B tenham um efeito distorcivo comum, há uma outra distorção provocada exclusivamente pela regra de responsabilidade civil, B. Essa distorção adicional, a “segunda”, é que confere vantagem ao imposto de renda como meio legal de redistribuição. Vejamos, então, em que consiste a referida distorção adicional causada pela regra B. Para tanto, imaginaremos que essa regra B institua um aumento percentual na indenização a pagar por ilícitos civis sempre que o causador do dano seja rico, e a vítima, pobre. Sigamos presumindo, tal como observado acima, que o custo esperado da regra em questão para os cidadãos ricos e o desestímulo para o trabalho (a primeira distorção) sejam os mesmos da regra A. A regra B tem, contudo, a particularidade de fazer com que o custo dela decorrente não seja necessariamente suportado com o pagamento de indenizações. Influenciados pela regra B, alguns cidadãos ricos podem tomar medidas adicionais de precaução, a fim de evitar a ocorrência de atos ilícitos e, em consequência, o dever de indenizar. Deve-se considerar, portanto, que o custo que a regra B impõe aos ricos (o mesmo, repita-se, da regra A) pode estar relacionado tanto ao pagamento de indenizações quanto a medidas adicionais para prevenção de danos.

O problema da regra B, segundo Kaplow e Shavell, reside justamente no fato de ela dar lugar às citadas medidas de precaução adicionais.¹³ Isso soa paradoxal, mas pode ser entendido se presumirmos que a precaução induzida pelo sistema legal antes da regra B é eficiente e levamos em conta o que isso significa. O nível eficiente é atingido quando o custo marginal das medidas de precaução se iguala ao custo marginal esperado dos danos que tais medidas evitam. Esse é o ponto, em outras palavras, em que, para cada R\$ 1,00 adicional investido em precaução, poupar-se-á exatamente R\$ 1,00 em danos (considerando-se a magnitude desses danos e a probabilidade de que eles ocorram). Dizer que a precaução está além do nível eficiente significa, pois, que estão sendo tomadas medidas de precaução cujo custo é superior ao benefício (em termos de redução de danos).

Precisamos nos ater um pouco mais ao caso da precaução excessiva, já que a acusação contra a regra B é justamente o de ensejar essa distorção. Aprender melhor o significado de “excesso” leva-nos ao cerne do ADD. Muito bem, já vimos que, quando a precaução é reputada excessiva (segundo o critério da eficiência), é porque estão sendo tomadas medidas de precaução cujo custo é superior ao benefício. Exemplificando, então, suponhamos que, para cada R\$ 1,00 que as medidas (excessivas) de precaução consomem, R\$ 0,80 são poupados com redução de danos. Observe que o custo do dano é o custo para quem o sofre, de modo que, ao dizermos que as medidas de precaução adicionais levam a uma redução de danos de R\$ 0,80 para cada R\$ 1,00 investido, estamos dizendo que R\$ 0,80 (para cada R\$ 1,00) é a perda de que certas pessoas (as vítimas em potencial) são poupadas graças à precaução. Qualquer que seja o modo como se traduz em moeda o custo do dano para as vítimas, essa monetarização parece ser essencial ao argumento, já que, sem ela, não se mostra possível aplicar o critério da eficiência mediante a comparação do custo e do benefício da precaução adicional.

11 KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 23, n. 2, p. 667-681, June, 1994. doi: 10.1086/467941. p. 667-668.

12 O termo “expropriação” (assim como “redistribuição”) sugere direitos de propriedade anteriores à tributação, o que é controverso, para dizer o mínimo. Uso-o acima sem essa conotação, simplesmente pela falta de um termo melhor.

13 Para simplificar, presumimos acima que a probabilidade do dano não é alterada pelo comportamento da vítima. Quando o contrário é verdadeiro, a regra B também causa ineficiência ao induzir as potenciais vítimas a tomarem pouca precaução. KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 23, n. 2, p. 667-681, June, 1994. doi: 10.1086/467941. p. 669.

Uma vez aceito que o custo do dano evitado é de R\$ 0,80 (para cada R\$ 1,00 investido em precaução), a acusação de ineficiência contra a regra B pode ser descrita do seguinte modo. Ao elevar o montante da indenização a pagar pelos ricos e induzi-los, com isso, a tomar medidas de precaução excessivas, a regra B de fato ajuda os pobres, presumindo-se que eles sejam os beneficiados pelas medidas de precaução adicionais. Essa ajuda, entretanto, é de R\$ 0,80 (em danos evitados) para cada R\$ 1,00 investido pelos ricos em precaução, o que leva a pensar que, ao invés da mudança no regime da responsabilidade civil, seria preferível elevar em um patamar equivalente o imposto de renda dos ricos e transferir aos pobres o adicional arrecadado.¹⁴

À primeira vista, o problema com a regra B é diferente do de políticas distributivas que transferem aos pobres outros bens a não ser o dinheiro e são, por isso, acusadas de paternalismo. Uma interpretação, ao menos, do ADD é que o pecado da regra B não é oferecer aos pobres maior segurança (graças ao incremento das medidas de precaução) ao invés de mais dinheiro, mas sim que essa segurança custa mais do que o que as potenciais vítimas de dano estão dispostas a pagar por ela. Não haveria mal em induzir o aumento das medidas de precaução se as grandezas do exemplo acima se invertessem, isto é, se, para cada R\$ 0,80 investidos em precaução, R\$ 1,00 em danos fosse poupado (caso no qual a regra B seria eficiente). A verdade, no entanto, é que, quando não há mercado para certos bens (como pode ser o caso de alguns dos bens que a responsabilidade civil protege), é difícil saber o quanto as pessoas estão dispostas a pagar por eles. Portanto, se a vantagem concedida por uma regra redistributiva não é monetária, pode ser impossível saber se o custo que essa regra impõe aos ricos é maior, menor ou igual que o benefício dado aos pobres.

Consideremos agora o caso de uma regra redistributiva (não tributária) B que tenha como consequência conferir aos favorecidos pela redistribuição uma vantagem exclusivamente monetária. Um exemplo pode ser o de uma regra sobre salário mínimo. Se o benefício concedido pela regra redistributiva é monetário, afasta-se, com isso, a hipótese de o seu custo ser superior (abstraindo-se, naturalmente, os custos administrativos) ao benefício que oferece. Cada R\$ 1,00 pago a mais pelos ricos como salário vale exatamente R\$ 1,00 para os pobres aos quais é transferido.

Decorre daí que regras de redistribuição não tributárias que confirmam benefícios exclusivamente monetários não são vulneráveis ao ADD? Não. Essas regras são, de qualquer modo, distorcivas, devido ao fato de alterarem “preços”. Nessa perspectiva, utilizamos o vocábulo “preço” entre aspas porque nem sempre se tratamos de bens que são, de fato, comprados e vendidos. O que regras de redistribuição contratuais e de responsabilidade civil¹⁵ fazem, na verdade, é modificar o incentivo para a realização das atividades sobre as quais incidem, tornando essas atividades menos atraentes do que de outro modo seriam.¹⁶ Ao instituir um salário mínimo, a regra trabalhista torna menos atraentes (aumentando-lhes, pois, o “preço”) as atividades de produção que usam o trabalho mais intensivamente. Isso é tido como uma distorção devido ao fato de levar a uma oferta subótima (consideradas as preferências dos consumidores) dos bens cuja produção é desencorajada. No caso do imposto de renda, em contrapartida, essa distorção não se verifica devido à “neutralidade” do imposto, isto é, ao fato de o imposto de renda ser devido independentemente do modo (isto é, da espécie de atividade) pelo qual a renda é auferida.

Pode-se afirmar, em resumo, que a ineficiência adicional de que podem ser acusadas as regras redistributivas de direito privado verifica-se de duas maneiras. Em um caso, a ineficiência decorre do fato de se conceder aos pobres uma vantagem não monetária cujo custo, para os ricos, é de valor superior ao da vantagem em questão para os que a recebem, o que designarei doravante como “problema dos benefícios em espécie”.

14 É evidente que, para cada R\$ 1,00 que o imposto de renda custa aos ricos, menos de R\$ 1,00 é transferido aos pobres. O ADD não ignora os custos administrativos da redistribuição tributária, mas presume que esses custos não sejam inferiores aos da redistribuição por outros meios. Voltarei a esse ponto na seção seguinte.

15 Isso vale também para regras tributárias que não apresentem a mesma generalidade ou “neutralidade” atribuída acima ao imposto de renda, tais como as que incidem sobre o consumo de certos bens.

16 Em alguns casos, o efeito da regra distributiva pode ser também o de tornar certas atividades artificialmente mais atraentes. Por exemplo, para as potenciais vítimas de dano, a regra que majora as indenizações pode tornar comportamentos de risco mais atraentes.

No outro, o benefício dado é em dinheiro, mas a regra redistributiva causa distorção ao elevar os “preços” de certas atividades, o que se pode então referir como “problema de preços”.¹⁷

3. LIMITES DO ADD

Nesta segunda seção, faço um inventário das críticas a que o ADD se sujeita. Vale lembrar, no entanto, que o ADD não é o único argumento contra o uso redistributivo do direito privado. Outros argumentos, como os da imprecisão e inocuidade, embora não mencionados a seguir, também devem ser considerados antes de uma palavra final sobre o tema.¹⁸

3.1. Distorção do trabalho e lazer

Como visto, uma presunção do ADD é que o desincentivo ao trabalho seja o mesmo independentemente de como os recursos são redistribuídos. Uma vez que isso seja falso e que regras redistributivas não tributárias induzam menos intensamente (ou até não induzam de todo) a substituição do trabalho por lazer, o ADD perde a sua força, e a questão sobre qual meio de redistribuição é superior passa a depender de uma comparação entre a ineficiência da distorção do trabalho e lazer causada pelo imposto de renda e a que decorre da regra de distribuição alternativa (a qual consiste em uma distorção do trabalho e lazer menor, nula ou até negativa mais a ineficiência relacionada aos problemas dos benefícios em espécie e dos preços). A questão se torna, então, empírica.

Pois bem, de que maneira regras redistributivas como as do direito privado podem desincentivar menos o trabalho do que as suas congêneres do imposto de renda? Uma possibilidade, aventada pelos próprios Kaplow e Shavell,¹⁹ é que regras redistributivas elevem o preço de certas atividades recreativas, desencorajando, assim, a substituição do trabalho pelo lazer. A regra de responsabilidade civil cogitada na seção anterior será um exemplo disso se, entre as atividades sobre as quais incida, estiverem atividades de lazer (como um passeio de iate). Isso não evita que essa regra possua os problemas antes mencionados, mas faz com que um juízo final acerca da sua eficiência quando comparada à do imposto de renda tenha de levar em conta a diferença entre o decréscimo de produção (menor, em se tratando da regra de responsabilidade civil) verificado em cada um dos casos.

17 Como deixa patente o exemplo da regra de responsabilidade civil examinado anteriormente, os dois problemas são distintos. Quando as indenizações a pagar são majoradas, há um desperdício do ponto de vista das pessoas beneficiadas pela regra, que ganham mais segurança quando prefeririam ter mais dinheiro (isto é, a segurança vale, para elas, menos do que custa) e outro decorrente da redução das atividades com potencial para causar dano, cujo preço relativamente a atividades inofensivas é elevado pela regra em questão. A distinção entre os problemas dos benefícios em espécie e dos preços é feita por Kaplow e Shavell no seguinte trecho, em que os autores se referem a uma regra que eleve a um patamar ineficiente as medidas de precaução tomadas por donos de iates. KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 23, n. 2, p. 667-681, June, 1994. doi: 10.1086/467941. p. 680: “a ineficiência causada por essa regra terá três componentes: o cuidado excessivo é por definição mais custoso do que o dano prevenido; usar iates se torna mais caro, distorcendo escolhas entre andar de iate e outras atividades (por exemplo, jogar golfe); e a renda perde seu poder de compra para os ricos, distorcendo suas escolhas entre trabalho e lazer” (“(t)he inefficiency caused by this rule will have three components: excessive care is by definition more costly than the harm prevented; yachting is made more expensive, which distorts choices between yachting and other activities (for example, playing golf); and income buys less for the rich, which distorts their labor-leisure choices”).

18 Assim também como a crítica formalista de Weinrib, segundo a qual o direito privado não deve ter qualquer fim político (como a igualdade ou a eficiência) que transcenda a estrita regulação de uma relação bilateral. WEINRIB, Ernst J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard, 1995.

19 KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 23, n. 2, p. 667-681, June, 1994. doi: 10.1086/467941. p. 681; KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Should legal rules favor the poor?: clarifying the role of legal rules and the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 29, n. 3, p. 821-835, June, 2000. p. 825-827. A respeito, v. também GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. *Exploring the Shavellian boundary: violations from judgment-proofing, minority rights, and signalling*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=932908>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.932908. p. 6-8.

Outros argumentos no mesmo sentido, mas com premissas bastante diversas, são apresentados por Jolls, que se vale de estudos de psicologia para aventar diferenças entre os efeitos distorcivos de regras de redistribuição tributárias e de responsabilidade civil.²⁰ Essas diferenças são atribuídas, em primeiro lugar, ao fato de a redistribuição baseada na responsabilidade civil depender da ocorrência do dano e ser, portanto, incerta. Admitindo-se uma tendência dos agentes a subestimar riscos (manifestação de um “otimismo irrealista” acerca do qual há robustas evidências), é então de esperar que o desincentivo ao trabalho provocado por uma regra de responsabilidade civil redistributiva seja menor do que o do imposto de renda, ainda que o montante redistribuído seja o mesmo nos dois casos.²¹ Outra cogitação é que a relação entre o trabalho e o imposto da renda seja particularmente saliente para os agentes, ensejando reação comportamental mais intensa à redistribuição baseada na tributação da renda do que a da feita por intermédio da responsabilidade civil.²²

3.2. Benefícios em espécie

Afirmamos, na seção anterior, que um dos problemas de certas regras distributivas de direito privado consiste no fato de elas concedem vantagens não monetárias a um custo de valor superior ao que tais vantagens possuem para os que as recebem. Com o que aufere mediante a cobrança do imposto de renda, em contrapartida, o governo se torna capaz de promover a igualdade mediante a simples transferência de dinheiro, evitando, assim, o problema em questão.²³

Essa vantagem do imposto de renda desaparece, no entanto, quando há razões para querer que os beneficiários da redistribuição recebam outros bens a não ser o dinheiro.²⁴ Uma dessas razões é paternalista, a

20 JOLLS, Christine. Behavioral economic analysis of redistributive legal rules. *Vanderbilt Law Review*, v. 51, p. 1653-1677, 1998. É importante observar que o artigo de Jolls faz referência a estudos gerais acerca das peculiaridades comportamentais mencionadas acima, sem apresentar, portanto, evidências acerca dos impactos de diferentes regras de redistribuição.

21 JOLLS, Christine. Behavioral economic analysis of redistributive legal rules. *Vanderbilt Law Review*, Tennessee, v. 51, n. 6, p. 1653-1677, Nov. 1998. p. 1658-1663. Uma ressalva, feita pela própria Jolls é que a incerteza sobre o custo que a responsabilidade civil impõe a cada agente individualmente considerado pode ser eliminada pelo seguro. JOLLS, Christine. Behavioral economic analysis of redistributive legal rules. *Vanderbilt Law Review*, Tennessee, v. 51, n. 6, p. 1653-1677, Nov. 1998. p. 1663.

22 JOLLS, Christine. Behavioral economic analysis of redistributive legal rules. *Vanderbilt Law Review*, Tennessee, v. 51, n. 6, p. 1653-1677, Nov. 1998. p. 1670-1673. Lewinsohn-Zamir também levanta a hipótese de que o desincentivo ao trabalho decorrente de regras redistributivas de direito privado seja menor do que o das congêneres do imposto de renda devido ao fato de as primeiras muitas vezes conferirem benefícios em espécie. LEWINSOHN-ZAMIR, Daphna. In defense of redistribution through private law. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 91, n. 2, p. 326-397, 2006. p. 352. A autora pouco diz, entretanto, sobre por que se deve esperar que o efeito distorcivo dos benefícios em questão seja menor do que o do dinheiro, limitando-se a supor que eles não sejam vistos como um acréscimo patrimonial pelas pessoas às quais são concedidos. Tampouco é considerado por Lewinsohn-Zamir o fato de que a redistribuição baseada no imposto de renda também pode prover benefícios em espécie ao invés de dinheiro.

23 É claro que o governo pode usar, e frequentemente usa, a receita do imposto de renda para ajudar os pobres de outra maneira que não pela simples entrega de dinheiro, o que acaba sujeitando a política redistributiva baseada na tributação ao problema dos benefícios em espécie. A diferença é que a transferência de dinheiro permanece sempre possível quando a redistribuição se vale do imposto de renda, enquanto que, no caso das regras de direito privado, as vantagens conferidas são às vezes por natureza não monetárias.

24 Note que o ponto referido acima nada tem a ver com a razão pela qual alguém faz jus à redistribuição. A despeito do que afirmam Blumkin e Margalioth, é um erro entender que o ADD somente tem validade quando a única razão para transferir recursos do cidadão X para o cidadão Y é a diferença de renda ou riqueza entre ambos. BLUMKIN, Tomer; MARGALIOTH, Yoram. On the limits of redistributive taxation: establishing a case for equity-informed legal rules. *Virginia Tax Review*, v. 25, n. 1, p. 1-29, June, 2005. p. 18. O fato de haver uma razão distinta para a redistribuição – por exemplo, a de que Y está em pior situação de saúde do que X – não significa que haja uma solução redistributiva melhor do que transferir uma certa quantia em dinheiro de X para Y e, portanto, não afasta o problema dos benefícios não monetários. Fazer com que X arque com as despesas de um tratamento de saúde para Y pode ter o mesmo inconveniente da regra de responsabilidade civil mencionado acima, isto é, conceder a Y uma vantagem cujo custo para X é superior ao valor que a mesma vantagem tem para Y. A fim de que a natureza da razão redistributiva (isto é, da razão para tirar recursos de X e dá-los a Y) tenha alguma implicação para o problema dos benefícios não monetários, é preciso que essa razão seja tal que somente justifique a redistribuição caso a vantagem conferida a Y seja não monetária. Por exemplo, uma regra de igualdade de oportunidades pode não apenas tratar algo diverso da diferença de riqueza (a desigualdade de oportunidades) como razão para uma redistribuição contra X e em favor de Y, como também somente justificar essa redistribuição caso ela ocorra na “moeda” das oportunidades (isto é, mediante uma redução das oportunidades de X e um correspondente aumento das de Y). Por certo, em tal hipótese, não se poderia reputar a transferência de dinheiro de X para Y por meio da tributação como uma solução

qual pode tornar preferível uma legislação que garanta certa cobertura aos contratantes de planos de saúde preferível, como meio redistributivo, a uma política de transferência de dinheiro baseada na tributação.

É também possível que a concessão de um benefício em espécie seja superior a transferências em dinheiro devido a algum problema de ação coletiva que acometa os beneficiários da redistribuição. Por exemplo, pessoas com deficiência podem estar dispostas a pagar o necessário para que lhe sejam providas acomodações especiais no lugar de trabalho. Como, no entanto, essas acomodações têm características de um bem público (isto é, são de uso não excludente), é bem possível que, a depender das decisões individuais dos envolvidos, elas acabem não sendo oferecidas. O interessante, nesses casos, é não só que o problema dos benefícios em espécie de fato não existe (porque os beneficiários da redistribuição recebem uma vantagem pela qual estão dispostos a pagar o que custa), como também, ao ajudar a superar o mencionado problema de ação coletiva, uma regra redistributiva que garanta acomodações especiais é, ao menos em certo sentido, superior, em termos de eficiência, a uma regra congênere de transferência de dinheiro.

Vale ressaltar que, ao menos nas hipóteses consideradas neste estudo, o fato de certas regras redistributivas de direito privado não se sujeitarem ao problema dos benefícios em espécie (porque a concessão desses benefícios se justifica, seja por razões paternalistas, seja de eficiência, em face de problemas de ação coletiva) não chega a constituir argumento em defesa da superioridade do direito privado como meio de redistribuição. Políticas de transferência de benefícios não monetários, como tratamento de saúde ou acomodações especiais para pessoas com deficiência, podem ser mantidas com recursos advindos da tributação, sem depender, portanto, de instrumentos característicos do direito privado, tais como regras limitadoras da liberdade contratual. Somente o que se pode dizer, nos casos em que há razões paternalistas ou relacionadas a problemas de ação coletiva para que a redistribuição se dê mediante a concessão de benefícios em espécie, é que desaparece um dos argumentos em favor da redistribuição baseada no imposto de renda.

Algo diverso se dá quando a justificativa para que a redistribuição não se dê mediante a entrega de dinheiro é que o bem a redistribuir está entre aqueles que o dinheiro não pode comprar.²⁵ Quando a redistribuição tem por objeto um bem assim, o direito privado pode se mostrar, de fato, um instrumento preferível à tributação. Isso ocorre quando o bem em questão é daqueles que somente as regras de direito privado podem prover.

Por exemplo, considere-se que o bem em jogo seja a oportunidade para o trabalho, e que esse bem só esteja corretamente distribuído, segundo nossos parâmetros de justiça, caso os candidatos a postos de trabalho não sejam vítimas de certas práticas discriminatórias. A igualdade de oportunidades — ou a proteção contra a discriminação — não é um bem que se pode comprar. Não se pode esperar que as potenciais vítimas de discriminação paguem para ter um tratamento equânime, porque esse é um direito que geralmente não se comercializa. Além disso, mesmo que o direito em questão esteja disponível para compra (isto é, que os empregadores aceitem se abster, mediante pagamento, das práticas discriminatórias) o fato de que alguém ter de pagar para não sofrer discriminação é, provavelmente, ele mesmo atentatório contra a regra da igualdade de oportunidade (as oportunidades não são iguais se alguns precisam pagar para ter oportunidades iguais). Em tais circunstâncias, portanto, uma política redistributiva que procurasse compensar monetariamente as vítimas de discriminação fracassaria em dar a essas pessoas aquilo que lhes é moralmente devido (que é, como estou presumindo, a igualdade de oportunidades em si, e não algum benefício a ela relacionado), porque o que lhes é devido é algo que elas não podem comprar.

Um caso particular em que o bem a redistribuir não pode ser comprado, e no qual, portanto, o direito privado pode se mostrar um meio de redistribuição superior à tributação, é aquele no qual se atribui relevância

redistributiva superior, já que, ao ter lugar de outra maneira que não pela supressão das diferenças de oportunidades, a redistribuição simplesmente deixaria de se justificar.

25 BLUMKIN; Tomer; MARGALIOH, Yoram. On the limits of redistributive taxation: establishing a case for equity-informed legal rules. *Virginia Tax Review*, v. 25, n. 1, p. 1-29, June, 2005. p. 14-18; GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. *Exploring the Shavellian boundary*: violations from judgment-proofing, minority rights, and signalling. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=932908>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.932908. p. 8-12.

à força simbólica, ou expressiva, da regra redistributiva.²⁶ Todo o restante sendo igual, é plausível que se deva preferir a regra redistributiva com melhor impacto sobre a autoestima (e, portanto, o bem-estar) daqueles a quem favorece. O argumento do valor expressivo nega, portanto, que o dinheiro (ou outros bens que o dinheiro pode comprar) seja o único bem relevante do ponto de vista da distributiva. Ao invés disso, esse argumento inclui entre os bens cuja distribuição é relevante a autoestima, o que torna possível que a melhor política redistributiva seja constituída também por regras não tributárias que, embora menos aptas à redistribuição de bens materiais, amenizem o potencial negativo da redistribuição sobre a autoestima. Tudo isso pressupõe, por óbvio, não apenas que a autoestima seja relevante, mas também que regras redistributivas de direito privado sejam ocasionalmente menos perniciosas à autoestima do que as do imposto de renda.²⁷

3.3. Propinas

Um argumento apresentado recentemente em favor do uso redistributivo das regras de direito privado é o argumento das “propinas” (*rents*).²⁸ Propinas se definem como “ganhos que não seriam auferidos em uma economia perfeitamente competitiva e transparente.”²⁹ O cerne do argumento de De Geest é simples. Quando se trata de propinas, a tributação da renda tem uma atuação *ex post*, já que, ao invés de fazer cessar a prática por meio da qual a propina é obtida, limita-se a atacar seus resultados, expropriando parte do ganho excessivo. Além disso, as regras tributárias geralmente são inaptas a diferenciar a parte da renda total de uma pessoa correspondente à propina, a fim de onerá-la mais pesadamente. Em contrapartida, regras não tributárias, como as regras antitruste,³⁰ atuam preventivamente ou *ex ante*, impedindo a prática ensejadora da propina (no caso, a concertação anticoncorrencial).³¹ Admitindo-se que haja uma razão para considerar a

26 KEREN-PAZ, Tsachi. *Torts, egalitarianism and distributive justice*. Hampshire: Ashgate, 2007. p. 48.

27 O argumento acima tem certa similitude com o que é usado por Lewinsohn-Zamir, a qual situa as regras distributivas, de acordo com o seu efeito sobre o bem-estar das pessoas favorecidas, em um contínuo que vai do “prêmio” (*reward*) à “humilhação” (*humiliation*). LEWINSOHN-ZAMIR, Daphna. In defense of redistribution through private law. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 91, n. 2, p. 326-397, 2006. p. 331. Diferentemente de atentar apenas para o impacto psíquico dos diferentes instrumentos legais de redistribuição, no entanto, Lewinsohn-Zamir tem em vista a relação entre redistribuição e uma concepção objetiva de bem-estar. Graças a isso, seu argumento em defesa das regras redistributivas de direito privado não é contingente do efeito psicológico dessas regras. Segundo LEWINSOHN-ZAMIR, Daphna. In defense of redistribution through private law. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 91, n. 2, p. 326-397, 2006. p. 349-350: “se nossa meta é redistribuir bem-estar definido objetivamente, e não apenas a renda como meio de satisfazer preferências atuais, então regras legais redistributivas são por natureza mais apropriadas para a tarefa do que tributos e políticas de transferência de dinheiro. Regras de direito privado emitem uma mensagem sobre as coisas que vale a pena ter e diretamente provê os bens tidos como necessários para o bem-estar das pessoas” (“[i]f our aim is to redistribute well-being, objectively defined, rather than just income as a means for actual preference satisfaction, then redistributive legal rules are by their very nature better suited to the task than taxes and money transfers. Private law rules convey a message as to the things worth having and directly provide for the goods deemed necessary for people’s well-being”). Lewinsohn-Zamir também apresenta, não obstante, um argumento sobre qual pode ser, de um modo geral, a vantagem psicológica das regras redistributivas de direito privado, a saber, a de que essas regras são endereçadas a classes de pessoas (como as dos consumidores ou vítimas de acidentes de trânsito) que não correspondem perfeitamente às dos pobres ou cidadãos em pior situação, o que faz com que, no caso do uso redistributivo do direito privado (comparado, por exemplo, a políticas assistenciais que definam seus beneficiários com base na renda), a motivação para ajudar os pobres seja menos explícita. LEWINSOHN-ZAMIR, Daphna. In defense of redistribution through private law. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 91, n. 2, p. 326-397, 2006. p. 359-360. Com isso, Lewinsohn-Zamir curiosamente transforma, pois, o argumento da imprecisão em um argumento a favor da redistribuição por intermédio do direito privado.

28 DE GEEST, Gerrit. *Removing rents: Why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720. Em português, o termo “rent” é usualmente traduzido como “renda”. Ao invés de “renda”, porém, prefiro acima “propina” pela simples necessidade de uma palavra diferente da usada para traduzir o termo “income”.

29 DE GEEST, Gerrit. *Removing rents: why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720. p. 4: “(P)rofits that would not have been earned in a perfectly competitive and transparent economy.”

30 Além da legislação antitruste, De Geest afirma que as propinas podem ser combatidas por regras mais frequentemente vistas como pertencentes ao âmbito do direito privado, como as regras sobre propriedade intelectual e de proteção ao consumidor. DE GEEST, Gerrit. *Removing rents: why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720. p. 20-24; 26.

31 De Geest descreve a vantagem do controle *ex ante* (não tributário) da propina sobre o controle *ex post* (tributário) como uma

propina mais odiosa, do ponto de vista da justiça distributiva, do que a renda auferida em um mercado perfeitamente competitivo, regras como a da legislação antitruste podem ser consideradas, pois um instrumento de redistribuição mais preciso do que as regras tributárias.³²

O próprio De Geest admite, no entanto, que é duvidoso se a existência de propinas é de fato perniciosa para a igualdade.³³ A resposta a essa questão depende, por um lado, da concepção de justiça distributiva que se queira aplicar e, por outro, de outras características relevantes (como, por exemplo, a riqueza total) dos sujeitos envolvidos. Um mundo sem propinas é um no qual as rendas são resultado de mercados perfeitamente transparentes e competitivos. Se esse mundo é mais ou menos igualitário do que um mundo com propinas, é algo que parece difícil determinar *a priori*.

Outra ressalva é a que se refere à relação entre o argumento de De Geest e o ADD. Se o ADD for entendido como um argumento sobre a comparação entre o imposto de renda e regras não tributárias de redistribuição *ex post*, então o argumento da propina não é um argumento contrário ao ADD, porque não afirma que regras não tributárias como as do direito privado sejam um meio superior ao imposto de renda para realizar tal redistribuição.³⁴ O que o argumento da propina nega é que o imposto de renda seja um instrumento mais apropriado para qualquer redistribuição, incluindo a que tem lugar mediante a repressão a práticas que engendrem propinas (isto é, a redistribuição *ex ante*).³⁵

3.4. A alternativa tributária paretianamente superior

Uma das afirmações de Kaplow e Shavell em seu trabalho sobre o ADD é que, tendo em vista a ineficiência provocada por regras de direito privado, o imposto de renda se mostra uma alternativa redistributiva paretianamente superior, isto é, que melhora a situação de ao menos uma pessoa sem piorar a de quem quer que seja.³⁶ Pode-se dizer que parte da força do ADD está, então, em apresentar o imposto de renda como instrumento de redistribuição que, quando comparado a outros, como as regras de direito privado, não é desvantajoso para ninguém.

vantagem informativa. DE GEEST, Gerrit. *Removing rents: why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720. p. 9-10. Enquanto o controle *ex post* requer informação sobre a propina que cada contribuinte amealhou individualmente, para o controle *ex ante* é suficiente a informação sobre o montante de propina agregado. Retornemos, para ilustrar, ao exemplo da legislação antitruste: para fazer uma análise de custo-benefício sobre a conveniência de combater a formação de cartéis, a administração pública precisa tão-somente de informação sobre os custos globais decorrentes da prática em questão, e não de informação sobre a magnitude do ganho de cada uma das pessoas envolvidas.

32 DE GEEST, Gerrit. *Removing rents: why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720. p. 8-10. Uma razão de eficiência para tratar diferenciadamente a propina e o restante da renda é que a propina é em geral duplamente distorciva. Ela é comparável a um imposto sobre o consumo, cuja receita não é, entretanto, apropriada pelo estado, mas por um particular. Assim sendo, a propina é não só um desincentivo ao trabalho (com exceção das hipóteses em que incide sobre o lazer) como reduz a demanda pelos bens sobre os quais é cobrada. DE GEEST, Gerrit. *Removing rents: why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720. p. 11.

33 DE GEEST, Gerrit. *Removing rents: why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720. p. 30.

34 DE GEEST, Gerrit. *Removing rents: why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720. p. 32-33.

35 DE GEEST, Gerrit. *Removing rents: why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720. p. 33.

36 KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 23, n. 2, p. 667-681, June, 1994. doi: 10.1086/467941. p. 669.

Uma crítica ao ADD diz respeito a essa afirmação.³⁷ A pretensão de que o imposto de renda seja uma alternativa redistributiva paretianamente superior às regras de direito privado depende ou da presunção de uma certa homogeneidade entre os agentes, ou de uma estimativa irrealista acerca da aptidão da legislação tributária para obter informações sobre os contribuintes e tratá-los diferentemente de acordo com essas informações.

Retomemos o exemplo da regra de responsabilidade civil (B) que majora a indenização a pagar se o réu é rico e o autor da ação, pobre. Para afirmar que um aumento do imposto de renda (regra A) para os ricos, combinado com políticas de transferência em favor dos pobres, é uma alternativa paretianamente superior à regra em questão, podemos simplesmente presumir que o impacto da regra B seja o mesmo entre ricos e pobres, de tal modo que esse impacto possa ser replicado (salvo o desperdício correspondente à precaução excessiva) por uma elevação uniforme do imposto de renda a ser pago pelos ricos acompanhada de uma política de transferência, também uniforme, em favor dos pobres. No entanto, presumir que o impacto da regra B seja uniforme entre ricos e pobres significa presumir, de maneira um tanto irrealista, que as diferenças entre os cidadãos de cada uma das classes não ocasionem variações no efeito da regra sobre cada um. Considere, ao contrário, que diferenças individuais determinem variações no impacto da regra em exame, como na hipótese em que alguns ricos sejam mais desastrados do que outros e, conseqüência, mais suscetíveis a causar acidentes — ou em que alguns pobres sejam mais vulneráveis a acidentes do que outros e estejam, assim, mais propensos a serem beneficiados por uma regra de responsabilidade redistributiva. Em tais hipóteses, um aumento do imposto de renda que realize uma redistribuição sem distinções de recursos dos ricos para os pobres não é uma alternativa paretianamente superior à responsabilidade civil, já que, em comparação com um mundo no qual parte da redistribuição se faça mediante o pagamento de indenizações, algumas pessoas (os ricos com menor chance de causar acidentes na primeira hipótese, e os pobres com maior chance de sofrê-los na segunda) estarão em pior situação.

Quando os agentes são heterogêneos, o imposto de renda somente se mostra um meio de redistribuição paretianamente superior, quando comparado à regra de direito privado em relação à qual a heterogeneidade se verifica, caso sua incidência seja modulada de tal maneira a replicar as variações de impacto do direito privado. Nas hipóteses aventadas acima, isso requereria, respectivamente, elevar mais o imposto dos ricos com maior probabilidade de causar acidentes e transferir uma quantidade maior de recursos para os pobres com maior probabilidade de sofrê-los. Como observam Logue e Avraham, entretanto, a tarefa de desenhar uma política de tributação e transferência em tais moldes demanda informações de que os órgãos governamentais encarregados habitualmente não dispõem.³⁸

Em suma, afastadas certas presunções irrealistas, é falso que o imposto de renda seja uma alternativa paretianamente superior ao direito privado como meio redistributivo. Pode-se indagar, no entanto, o quão relevante para o debate é essa conclusão, tendo em vista a dificuldade de qualquer reforma legal atender ao requisito da superioridade paretiana.³⁹ O que pode ser mais grave do que contrariar esse requisito é o eventual fato de a redistribuição do imposto de renda se mostrar insensível a características individuais relevantes, que constituam, segundo a justiça, razões para dispensar às pessoas em questão um tratamento diferenciado. Admitindo-se que a solução eficiente seja o pagamento de uma indenização de valor igual ao do dano, uma regra de responsabilidade civil eficiente seria suficiente, por si só, para prover às pessoas mais propensas a

37 LOGUE, Kyle; AVRAHAM, Ronen. Redistributing optimally: of tax rules, legal rules, and insurance. *Tax Law Review*, New York, v. 56, n. 2, p. 157-258, Winter, 2003. p. 191-193; AVRAHAM, Ronen; FORTUS, David; LOGUE, Kyle. Revisiting the roles of legal rules and tax rules in income distribution: a response to Kaplow and Shavell. *Iowa Law Review*, Iowa City, v. 89, n. 4, p. 1125-1158, Apr. 2004.; SANCHIRICO, Chris William. Deconstructing the new efficiency rationale. *Cornell Law Review*, New York, v. 86, n. 6, p. 1003-1089, Jul. 2001. p. 1057-1064.

38 LOGUE, Kyle; AVRAHAM, Ronen. Redistributing optimally: of tax rules, legal rules, and insurance. *Tax Law Review*, New York, v. 56, n. 2, p. 157-258, Winter, 2003. p. 192-193.

39 O que vale em um sentido valeria também no outro, caso o desperdício de recursos decorrente do uso redistributivo do direito privado fosse inferior ao da tributação. Também parece virtualmente impossível forjar um regime de responsabilidade civil que, dando conta das diferenças entre os agentes, consiga replicar os resultados da legislação sobre o imposto de renda.

sofrer danos um montante proporcionalmente maior do total das indenizações. Isso, contudo, talvez não baste, isto é, talvez a justiça exija conceder a essas pessoas uma quantidade de recursos ainda maior do que a decorrente da aplicação da regra eficiente. Em tal caso, a substituição da responsabilidade civil pelo imposto de renda como meio de redistribuição não apenas desatenderia ao requisito da superioridade paretiana como, ao menos em princípio, seria indesejável do ponto de vista da justiça.⁴⁰

3.5. Custos administrativos

O ADD tem em vista apenas os custos relacionados aos efeitos comportamentais de diferentes instrumentos legais redistributivos, sem considerar os custos “administrativos”, uma categoria abrangente na qual se incluem tanto os custos incorridos por autoridades para aplicação das regras como pelos particulares para cumpri-las. Mesmo que o ADD seja, portanto, em si mesmo correto, uma conclusão definitiva sobre se o imposto de renda é um meio de redistribuição superior, em termos de eficiência, ao direito privado depende de uma comparação entre os custos administrativos envolvidos em cada caso.⁴¹

3.6. Entraves políticos

Outra ressalva ao ADD é que de nada serve demonstrar que o imposto de renda é, em tese, o melhor meio legal se o caminho político para o uso da tributação com fins redistributivos estiver obstruído.⁴² Em um mundo com entraves políticos a que a justiça se realize por intermédio da tributação, regras redistributivas de direito privado podem, apesar de ineficientes, mostrar-se atraentes.

A ressalva recém feita se enfraquece, no entanto, se considerarmos que a falta de disposição dos órgãos políticos para reformar a legislação tributária é também provavelmente um empecilho ao uso redistributivo do direito privado. Para acreditar no contrário, seria preciso admitir que haja uma boa razão para que, embora se recusem a lançar mão da tributação para a promoção da igualdade, os legisladores não apresentem a mesma resistência quando se trata de perseguir o referido objetivo de outras maneiras. Outra possibilidade é que regras redistributivas de direito privado acabem instituídas graças a decisões de outros órgãos que não os incumbidos de alterar a legislação tributária. No Brasil, por exemplo, enquanto a definição das alíquotas do imposto de renda compete exclusivamente aos órgãos legislativos, o direito privado é por vezes modificado de maneira substancial pelos juízes. Isso suscita, é claro, uma questão sobre a repartição de competências entre os órgãos do Estado que não é objeto deste estudo.⁴³

40 Um exemplo de Logue e Avraham é o de pessoas acometidas por doenças de causas exclusivamente genéticas, como a síndrome de Huntington. Um direito contratual eficiente pode se mostrar injusto para essas pessoas ao permitir, por exemplo, que elas recebam tratamento diferenciado de empregadores e companhias seguradoras. Para resolver o problema, pode-se então lançar mão de uma solução no âmbito do próprio direito privado, a proibição da discriminação, ou de uma solução tributária, como a redução do imposto a pagar pelas pessoas portadoras da doença. Para Logue e Avraham, entretanto, admitindo-se que não deva haver discriminação contra as pessoas em questão, o resultado justo é muito mais fácil de alcançar por meio do direito privado do que da tributação, para a qual seria preciso dispor de informação sobre não apenas quem são as vítimas da doença, mas também o montante de recursos adicionais de que elas necessitam para acabar em situação análoga à que decorreria do fim da discriminação por empregadores e seguradoras. LOGUE, Kyle; AVRAHAM, Ronen. Redistributing optimally: of tax rules, legal rules, and insurance. *Tax Law Review*, New York, v. 56, n. 2, p. 157-258, Winter, 2003. p. 213-214.

41 BLUMKIN; Tomer; MARGALIOH, Yoram. On the limits of redistributive taxation: establishing a case for equity-informed legal rules. *Virginia Tax Review*, v. 25, n. 1, p. 1-29, June, 2005. p. 11-14.

42 KEREN-PAZ, Tsachi. *Torts, egalitarianism and distributive justice*. Hampshire: Ashgate, 2007. p. 53-54.

43 KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 23, n. 2, p. 667-681, June, 1994. doi: 10.1086/467941. p. 675. Kaplow e Shavell parecem sugerir que uma atuação das cortes em favor da justiça redistributiva acabaria contra-atacada por legisladores contrários a esse objetivo. Pode ser, mas vale considerar que o argumento dos entraves políticos pode dizer respeito não tanto a uma aversão à igualdade, mas, simplesmente, à paralisia dos órgãos legislativos. Um parlamento pode se manter inerte a mudanças progressivas da jurisprudência, não porque está de acordo com essas medidas, mas sim porque, mesmo se opondo, encontra-se paralisado.

O problema dos entraves políticos também pode ser entendido de uma outra maneira, como dificuldade não para que sejam instituídas regras de redistribuição, mas para fazer com que essas regras sejam cumpridas. À medida que o ADD prova a superioridade do imposto de renda como meio redistributivo, prova-a para circunstâncias ideais nas quais a legislação é invariavelmente obedecida ou para circunstâncias (não ideais) nas quais a disposição a cumprir regras pertencentes a diferentes áreas da legislação se mantenha constante. Contudo, se houver uma propensão maior a atender a certas regras redistributivas do que a outras, uma razão de eficácia pode tornar preferível outro meio de redistribuição que não o imposto de renda.

3.7. Fuga da jurisdição

Uma nova perspectiva para o debate sobre o meio legal mais adequado de redistribuição é defendida por Galle⁴⁴ e, mais recentemente, Dagan.⁴⁵ Esses autores chamam a atenção para um ponto totalmente ignorado por Kaplow e Shavell em seus trabalhos sobre o ADD, a saber, o de que, entre os possíveis efeitos comportamentais de uma regra redistributiva, estão providências tomadas pelos agentes para submeter-se a outra jurisdição e fugir, com isso, da aplicação da regra em questão. Por exemplo, o efeito de uma regra majorando o imposto de renda no Brasil pode ser o de fazer com que alguns contribuintes tomem medidas a fim de escapar à lei fiscal brasileira para se sujeitar à de algum outro país.

Considerar a possibilidade de fuga da jurisdição altera substancialmente a análise sobre o melhor meio de jurisdição. Mesmo que seja inferior sob outros pontos de vista, uma regra redistributiva A pode se mostrar, ao fim e ao cabo, superior a uma outra regra B se a probabilidade de fuga da jurisdição for menor sob a primeira do que sob a segunda, já que, quanto maior a referida probabilidade, mais ineficaz, potencialmente, é o instrumento redistributivo em questão.

Implícita no que acaba de ser afirmado, e fundamental para estimar a importância das contribuições de Galle (2010) e Dagan (2014) para o debate, é a ideia de que a probabilidade de fuga da jurisdição não é necessariamente constante. Segundo Dagan, dois fatores determinam que essa probabilidade varie: o custo das medidas necessárias para que um agente se submeta a uma jurisdição diversa e a magnitude das diferenças entre uma legislação e outra.⁴⁶ Em relação ao primeiro fator, seria preciso avaliar, tendo em vista o debate ora sob exame, o custo a incorrer pelos agentes para fugir à legislação tributária e ao direito privado.⁴⁷ Em relação ao segundo, a magnitude das diferenças entre as legislações de cada país é importante porque dela depende o eventual benefício que a fuga da jurisdição proporciona. De nada adianta a fuga da jurisdição poder ocorrer a um baixo custo se as leis de diferentes países⁴⁸ são bastante similares, tornando desprezível o benefício da mudança.

4. CONCLUSÃO

A literatura crítica ao ADD constitui bom guia para os que se interessam pelo tema de um direito privado igualitário. Seguindo a ordem das considerações feitas acima, deveríamos então procurar determinar:

44 GALLE, Brian. Is local consumer protection law a better redistributive mechanism than the tax system? *New York University Annual Survey of American Law*, New York, v. 65, p. 525-544, June 2009.

45 DAGAN, Tsilly. *Pay as you wish: the global market for tax & legal rules*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2506051>>. Acesso em: 25 maio 2014.

46 DAGAN, Tsilly. *Pay as you wish: the global market for tax & legal rules*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2506051>>. Acesso em: 25 maio 2014. p. 5-7.

47 O custo da fuga pode variar inclusive no interior do direito privado, isto é, pode não ser o mesmo em setores diferentes do direito privado, como os dos contratos e da responsabilidade civil.

48 A referência a “países”, acima, é uma simplificação. Pode haver fuga da jurisdição no interior de um mesmo país (quando há variação da legislação aplicável a diferentes regiões de um mesmo país) e fuga para jurisdições pertencentes a país algum (como no caso em que contratantes decidam se submeter a uma *lex mercatoria*).

a) se, e quando, o desincentivo ao trabalho (a distorção do trabalho e lazer) decorrente de regras redistributivas de direito privado é menor do que o do imposto de renda;

b) se, e quando, razões paternalistas e problemas de ação coletiva minoram a ineficiência do direito privado como meio redistributivo;

c) quais, se algum, entre os bens que o dinheiro não pode comprar devem ser redistribuídos e só podem ser redistribuídos pelo direito privado;

d) se, e em que casos, o combate às propinas promove a igualdade;

e) se, e em que casos, as regras redistributivas de direito privado podem ter um impacto diferenciado ao mesmo tempo relevante, do ponto de vista da justiça, e difícil de reproduzir por outras áreas da legislação;

f) se, e em que casos, os custos administrativos da redistribuição são menores para o direito privado do que para outras áreas;

g) se, e em que casos, os entraves políticos à redistribuição baseada no direito privado são comparativamente menores, e se, e em que medida, é aceitável fazer uso do direito privado nessas circunstâncias;

h) se, e em que casos, as regras redistributivas de direito privado correm menos risco (sempre comparativamente falando) de se tornarem ineficazes devido à fuga da jurisdição.

Embora as linhas de investigação correspondentes a cada um desses itens sejam, de um modo geral, multidisciplinares, é fácil perceber que a contribuição a esperar de certas áreas do conhecimento é maior em alguns casos do que em outros. A psicologia tem papel imprescindível para avaliar hipóteses sobre o efeito de desincentivo ao trabalho das regras redistributivas de direito privado (item “a”). A filosofia política deve ter algo a dizer sobre o padrão a seguir na redistribuição, sobre a motivação paternalista para as transferências de bens não monetários (item “b”), sobre a questão, mais geral, dos bens a redistribuir (entre eles, bens que o dinheiro não pode comprar) (item “c”) e sobre razões para a redistribuição para as quais o imposto de renda e outras áreas da legislação que não o direito privado costumem se mostrar insensíveis (item “e”). A economia é útil para mensurar o impacto de problemas de ação coletiva (item “b”), das propinas (item “d”), dos custos administrativos comparados (item “f”) e da fuga da jurisdição provocada por diferentes instrumentos legais de redistribuição (item “h”). A ciência política e a sociologia do direito ajudam a estimar os entraves políticos, enquanto que a teoria do estado se ocupa da divisão de competências entre os diferentes órgãos de estado capazes de realizar a redistribuição (item “g”). O direito, finalmente, é fundamental para definir o grau de vulnerabilidade de diferentes regras redistributivas ao problema da fuga da jurisdição (item “h”).

REFERÊNCIAS

AVRAHAM, Ronen; FORTUS, David; LOGUE, Kyle. Revisiting the roles of legal rules and tax rules in income distribution: a response to Kaplow and Shavell. *Iowa Law Review*, Iowa City, v. 89, n. 4, p. 1125-1158, Apr. 2004.

BLUMKIN, Tomer; MARGALIOH, Yoram. On the limits of redistributive taxation: establishing a case for equity-informed legal rules. *Virginia Tax Review*, v. 25, n. 1, p. 1-29, June, 2005.

DAGAN, Tsilly. *Pay as you wish*: the global market for tax & legal rules. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2506051>>. Acesso em: 25 maio 2014.

DE GEEST, Gerrit. *Removing rents*: why the legal system is superior to the income tax at reducing income inequality. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2337720>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.2337720.

GALLE, Brian. Is local consumer protection law a better redistributive mechanism than the tax system? *New York University Annual Survey of American Law*, New York, v. 65, p. 525-544, June 2009.

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. *Exploring the Shavellian boundary: violations from judgment-proofing, minority rights, and signalling*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=932908>>. Acesso em: 25 maio 2014. doi: 10.2139/ssrn.932908.

JOLLS, Christine. Behavioral economic analysis of redistributive legal rules. *Vanderbilt Law Review*, Tennessee, v. 51, n. 6, p. 1.653-1.677, Nov. 1998.

KLAPOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 23, n. 2, p. 667-681, June, 1994. doi: 10.1086/467941.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Should legal rules favor the poor?: clarifying the role of legal rules and the income tax in redistributing income. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 29, n. 3, p. 821-835, June, 2000.

KEREN-PAZ, Tsachi. *Torts, egalitarianism and distributive justice*. Hampshire: Ashgate, 2007.

LEWINSOHN-ZAMIR, Daphna. In defense of redistribution through private law. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 91, n. 2, p. 326-397, 2006.

LOGUE, Kyle; AVRAHAM, Ronen. Redistributing optimally: of tax rules, legal rules, and insurance. *Tax Law Review*, New York, v. 56, n. 2, p. 157-258, Winter, 2003.

RAWLS, John. *A theory of justice*. 2. ed. Cambridge: Belknap Press, 1999.

SANCHIRICO, Chris William. Taxes versus legal rules as instruments for equity: a more equitable view. *Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 29, n. 2, p. 797-820, June, 2000.

SANCHIRICO, Chris William. Deconstructing the new efficiency rationale. *Cornell Law Review*, New York, v. 86, n. 6, p. 1003-1089, Jul. 2001.

WEINRIB, Ernst J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard, 1995.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Distorções no controle cadastral das entidades sindicais e contribuição sindical

Discrepancies in base of registered labor and employe unions and compulsory contribution

Ricardo Bravo

Distorções no controle cadastral das entidades sindicais e contribuição sindical*

Discrepancies in base of registered labor and employe unions and compulsory contribution

Ricardo Bravo**

RESUMO

Este texto objetiva a discussão sobre a qualidade dos dados de registros de entidades sindicais no Ministério de Trabalho e Emprego (MTE), como dados de contribuições trabalhistas dos trabalhadores dessas entidades e outros repasses. São elementos importantes para que se compreendam falhas na distribuição da contribuição sindical obrigatória, assim como evidenciar a existência de associações meramente formais que se aproveitam da compulsoriedade das contribuições. Para essa abordagem, analisou-se a base cadastral de entidades sindicais disponível no MTE com cerca de 17 mil associações e suas inter-relações. Com base nesses dados se constatam diversas discrepâncias tais como vigência de atos de cadastro e processos, falhas na informação sobre a pirâmide sindical e excesso de homonímia entre dirigentes sindicais. Tais circunstâncias influem na contribuição compulsória e ainda prejudicam o balanço entre liberdade e unicidade sindical, já que certos casos criam barreiras à constituição de sindicatos efetivamente representativos. Também analisaram-se dados sobre regularidade das entidades sindicais em relação à contribuição previdenciária e ao fundo de garantia, no qual se constatou que a maior parte das entidades encontra pendências – o que indica, no mínimo, desídia em relação aos seus trabalhadores. Os resultados sugerem falta de transparência e de controle sobre o cadastro, e tal abordagem representa inovação enquanto método potencial de avaliação de políticas públicas.

Palavras-chave: Cadastro sindical. Unicidade. Contribuição sindical.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the quality of the data records of the Ministry of Labour and Employment (in portuguese *Ministério do Trabalho e Emprego* [MTE]), as data about labor contributions of employees of these entities and other monetary transfers. These elements are important in order to understand failures in the distribution of compulsory union dues, which can serve as evidence of the existence of formal associations built only to take advantage of obligatory contributions. In order to achieve those objectives, we analyze the base of registered labor and employer unions available at the MTE web site, which consists of about 17,000 associations and their

* Recebido em 01/07/2014
Aprovado em 05/10/2014

** Possui graduação em Engenharia da Computação pelo Instituto de Tecnologia da Aeronáutica (ITA) e graduação em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). É mestre em Engenharia Eletrônica e Computação pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (2004). Atualmente é analista legislativo (Senado Federal) e mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – Uni-CEUB. E-mail: ricardobravo@uol.com.br

interrelations. Based on these data, the paper shows many discrepancies such as validity of acts and registration processes, gaps in information about the union pyramid structure, and excessive homonymy between managers in different unions. These circumstances influence the compulsory contribution and influence the balance between freedom and unicity, since some cases create barriers to the creation of labor unions that effectively represents its members. The paper also analyzes data on regularity of labor union in relation to taxes such as Brazilians Employment Compensation Fund and social security contributions. Such data indicates that most associations held debts or irregularities, which indicates at least negligence in relation to its own employees, if not unlawful. The results suggest lack of transparency and control over the registration and influence to transfer, and such an approach represents an innovation related to indicators of public policy of compulsory transfers and taxes.

Keywords: Labor and trade unions registration. Labor unions unity. Labor union taxes.

1. INTRODUÇÃO

Um tema constante na pauta sobre a atuação sindical no cenário nacional é o *déficit* de representatividade e efetividade da representação sindical em relação aos trabalhadores, seus representados. Muito se questiona no modelo brasileiro a questão da unicidade, que é a imposição de exclusividade de representação para uma categoria econômica ou profissional em determinada área não menor que um município, sendo que a aferição desse preceito é feito no momento do cadastro da entidade sindical junto ao Ministério do Trabalho. Tal configuração cadastral repercute na forma de recolhimento de contribuição dos associados, mas principalmente naqueles que são somente membros de categoria profissional e mesmo assim recolhem contribuições compulsoriamente, o que leva a reflexos no conceito de liberdade sindical.

O registro do sindicato serve para dar segurança jurídica aos representados nas negociações coletivas, bem como se mostra adequado ao controle da unicidade sindical, mas, também, pode significar ingerência estatal no funcionamento dos sindicatos, uma vez que a concretização do conceito de unicidade sindical ocorre em normativos legais ou infralegais. Outrossim, pode gerar conflito se a associação que deveria representar determinada categoria em determinado local tem a representação legal, mas não a representatividade de fato. Considerando-se a rigidez da regra cronológica do registro, os vícios na classificação de categorias, mudanças sociais, a existência de contribuição compulsória para os membros das categorias independentemente de filiação e chega-se a uma situação limite em que o empregado não é representado, não pode escolher outro sindicato e ainda sua desfiliação exerce pouca influência sobre o cenário, pois não influencia nas verbas e nem na estrutura sindical. Nessa linha, uma questão que provoca debates calorosos é o recebimento compulsório de renda garantida pelos sindicatos, o que contribui para sua acomodação, com conseqüente pouca representatividade e cria distorções de grande parte da estrutura sindical. O recente reconhecimento das centrais sindicais, ao lado da destinação de polpudas verbas, reacendeu o debate sobre o controle e aplicação desses recursos, que não deixa ser uma espécie de verba pública.

Neste texto são elencados diversos dados que corroboram a ideia de que muitos sindicatos apenas buscam a representação formal, e recebimento de verbas, em detrimento de sua função constitucional de representação dos trabalhadores. Mesmo se utilizando apenas de dados públicos, se observam diversos indícios de ilegalidades e distorções na aplicação das verbas recebidas compulsoriamente ou via ações governamentais. A partir da coleta e análise de dados públicos sobre o cadastro sindical, contribuição sindical, dados de dirigentes sindicais, recolhimento de impostos e contribuições previdenciárias, pode-se evidenciar que a combinação desses fatores se traduz em oportunismo, abuso de direito para um número substancial de entidades sindicais, em detrimento daqueles que deveriam representar. De certa forma, busca-se questionar elementos que, conjugados, não representam a liberdade sindical ou seu sentido teleológico. Na mesma linha, questiona-se o papel do próprio cadastro e do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), seu gestor,

no que tange as questões referentes a sindicatos. Não se almeja discorrer sobre todas as facetas da liberdade sindical e da efetividade da atuação sindical, mas são evidenciados indicadores em amostras de dados que corroboram a ideia de que existem profundas e inaceitáveis distorções no sistema sindical brasileiro, especialmente no que tange ao cadastro de sindicatos e de informações relacionadas.

A partir da massa de dados busca-se responder algumas perguntas sobre a qualidade do cadastro, as indicações de dirigentes sindicais, sobre participação efetiva de entidades sindicais em negociações coletivas, sobre quantidade de empregados em sindicatos, e pagamento de contribuições e recolhimentos compulsórios sobre estes e, de um modo geral, se as discrepâncias e distorções se coadunam com a liberdade sindical em si.

Na sequência se destacam aspectos normativos e históricos da contribuição sindical e evolução do reconhecimento das entidades sindicais. Também se destaca a evolução do tratamento constitucional dado aos sindicatos, formas de representação, incluindo a unicidade sindical. Após esse esclarecimento normativo e conceitual, indicam-se algumas conclusões a partir de dados empíricos e, ao final, destacam-se conclusões sobre a situação apresentada.

1.1. Breve histórico sobre reconhecimento dos sindicatos e contribuição compulsória

O financiamento sindical tem sido palco de discussões que vão desde a interferência indevida do Estado nas entidades, questionamentos entre direito de associação, liberdade sindical e efetiva representatividade, algo que é evidenciado pelo histórico, evolução normativa e contradições que são apontadas na doutrina.

A história dos sindicatos no país é recente, inclusive, pela formação tardia de mercado de trabalho assalariado urbano. Conforme menciona Sandor Zapata, os primeiros sindicatos brasileiros surgiram em 1903, sendo que, em 1906, é fundada a Confederação Sindical Brasileira.¹ Os sindicatos passaram a ter mais influência no país com o processo de urbanização e industrialização, após Primeira Guerra, período que foi marcado por acentuado intervencionismo estatal, algo que permitia ao Estado-maior controle das massas, seus anseios e limites de insurgência.

A primeira lei sindical da Era Vargas, Decreto nº 19.770, de 1931, adotou como estratégia domesticar os sindicatos. A terceira, do Estado Novo, tratou de incluí-los na organização corporativa do Estado, criando o sindicalismo oficializado. Para sobrepor-lo a qualquer formação marginal que ressuscitasse os sindicatos de resistência, era preciso dar-lhes sustentação. Já que estava se distanciando da classe trabalhadora. A carta de 1937 antecipou a providência valendo-se de cópia de Carta de Trabalho como artifício de outorgar-lhe função delegada do Poder Público para impor uma contribuição compulsória a categorias nas quais se incluíam todos empregados, sindicalizados ou não.²

Exemplo da ingerência estatal, mesmo quando a representação sindical estava pautada em liberdade de associação é o Decreto nº 24.694 de 1934, que permitia aos sindicatos reconhecidos o desconto nos salários dos sindicalizados de importâncias previstas em lei³. Já, no Estado Novo, e no contexto da Constituição de 1937, houve legislação admitia desconto imposto a todos da categoria ou profissão representada pelo sindicato, independentemente da efetiva associação:

1 ZAPATA, Sandor Ramiro Darn. A crise do paradigma sindical brasileiro: unicidade, contribuição obrigatória, sistema confederativo e poder normativo da justiça do trabalho. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, v. 37, n. 142, p. 391, abr./jun. 2011

2 AROUCA, José Carlos. A liberdade sindical e a imposição da cobrança de contribuição. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 2, p. 73-79, jan. 2012. p. 73.

Art 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

3 REIS, Daniela Muradas. A imposição da contribuição sindical e o princípio da liberdade associativa: reflexões sobre o regime democrático e o financiamento sindical brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 5, p. 158, mar. 2012.

Assim o Decreto-Lei nº 1.402 de 1939, entalhou novos contornos à atividade sindical no Brasil, atribuído pelo art. 3º, alínea f, entre outras prerrogativas sindicais, a de “impor contribuições a todos aqueles que participam de profissões ou categorias representadas”.⁴

Deve-se destacar também o texto inicial da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-lei 5.452 de 1º de maio de 1943. O diploma indica elementos de distinção entre sindicato por categoria profissional ou de atividade em cada região (art. 540). O sistema de unicidade sindical do Decreto-Lei foi recepcionado e admitido pelas Constituições de 1946 e 1967, com poucas alterações.

A Constituição de 1946, considerada democrática, estabelecia no art. 159, que a lei ordinária poderia tratar da unidade ou pluralidade sindical, dependendo do critério que o legislador viesse adotar, tendo a Consolidação das Leis do Trabalho recepcionada pela Constituição, com seu sistema de unicidade.

A Constituição de 1967 estabelece no seu art. 159, ser livre a associação profissional ou sindical, modificando um pouco a situação que existia na Constituição de 1937, pois limitava a liberdade de o sindicato impor contribuições, para apenas arrecadar as contribuições de custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais.⁵

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) trouxe diversas inovações tais como as disposições do art. 8º IV e V que definem o que pode ser caracterizado como liberdade sindical negativa, e contribuição que atendia a sindicatos e confederações e a autonomia dos sindicatos perante o Poder Público. Apesar de ter estabelecido tais garantias, a Carta Magna condicionou a liberdade à unicidade sindical em base territorial mínima como sendo a área de um município. A liberdade de associação constitucionalmente prevista no art. 8º conjugada com a unicidade em princípio não gera espaço para a liberdade sindical negativa, ou de não associação:

Conclusivamente, a liberdade sindical, o teor do inciso V do art. 8º da Constituição configura direito individual negativo de filiação, que não se confunde com a submissão à representação sindical e à regência pelos instrumentos normativos subsequentes. Não fosse assim o empregador poderia invocar a liberdade sindical para excluir-se da aplicação da convenção e o trabalhador também, ainda mais quando se tratasse de negociação *in pejus* que o obrigasse, por exemplo, a deixar seu trabalho extraordinário num banco de horas (CLT, art. 59, §1º).⁶

A compulsoriedade da contribuição e o sentimento de garantia de fonte de renda ensejam acomodação da atividade sindical e diminuição de representatividade já motivou diversas discussões acerca de sua extinção ou retirada da compulsoriedade. Por exemplo, no início do governo militar o tema ganhou relevo com o presidente Marechal Castelo Branco⁷, que apresentou projeto de lei a esse respeito que acabou sendo arquivado. Na mesma linha, destacam-se mobilizações dos presidentes José Sarney e Fernando Collor:

A “Nova Democracia” começou com José Sarney, que num primeiro momento, já pensou em modernizar as relações de trabalho. O Projeto de Lei nº 164, de 1987, cuidou da receita sindical, admitindo uma contribuição pela representação nas negociações coletivas, que obrigava também os não sindicalizados [...]. No triste período em que estivemos sobre o Governo de Fernando Collor de Mello, de igual modo seu Ministro do Trabalho, Antônio Rogério Magri, propôs a extinção da contribuição, chegando a encaminhar para o Congresso projeto de lei que não foi adiante por falta de empenho, especialmente do presidente, que, pouco depois, seria deposto. Mais tarde, sua Comissão de Notáveis construiu o

4 REIS, Daniela Muradas. A imposição da contribuição sindical e o princípio da liberdade associativa: reflexões sobre o regime democrático e o financiamento sindical brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 5, p. 157, mar. 2012.

5 ZAPATA, Sandor Ramiro Darn. A crise do paradigma sindical brasileiro: unicidade, contribuição obrigatória, sistema confederativo e poder normativo da justiça do trabalho. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, v. 37, n. 142, p. 391, abr./jun. 2011.

6 AROUCA, José Carlos. A liberdade sindical e a imposição da cobrança de contribuição. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 2, p. 69, jan. 2012.

7 AROUCA, José Carlos. A liberdade sindical e a imposição da cobrança de contribuição. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 2, p. 70, jan. 2012.

Projeto elaborado por seu Ministro do Trabalho, Arnaldo Lopes Sússekind
Art. 17. Fica extinto o imposto sindical, de forma decrescente, a partir de 1º de janeiro de 1967, cumprindo ao Ministro do Trabalho e Previdência Social designar comissão integrada por representantes do Governo e das entidades sindicais de grau superior, para realizar os necessários estudos e apresentar o respectivo plano, a ser aprovado e expedido por decreto do Poder Executivo.

anteprojeto que o Deputado João Melão Neto, que ocupava a pasta do Trabalho, apresentou à Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 390, de 1995).⁸

No governo Fernando Henrique Cardoso, destaca-se a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 623/1998 que visava alterar a redação do art. 8 da CF/88, deixando às assembleias-gerais a fixação do montante a ser descontado. Já no governo Lula, cita-se a tramitação da PEC 369/2005⁹ que buscou realizar uma minirreforma sindical, que não se exauria com a retirada da compulsoriedade da contribuição.

No campo das incoerências legislativas não se pode deixar de mencionar o não atendimento de uma reivindicação histórica: a ratificação da Convenção OIT 87 de 1948. É importante salientar a contribuição compulsória não se adéqua ao modelo de liberdade sindical preconizado pela convenção:

A Convenção nº 87, da Organização Internacional do Trabalho, estipula que trabalhadores e as entidades patronais, sem distinção de qualquer espécie, têm o direito de constituírem organizações de sua escolha. Todavia, o Brasil não ratificou mencionada Convenção, de forma que o modelo sindical em nosso país não é de liberdade plena, mas parcial.

Ainda que não façam qualquer esforço ou reivindicação em nome de seus representados os sindicatos recebem elevadíssimos valores a título de contribuição sindical, já que se trata de contribuição obrigatória, o que facilita a posição acomodada de alguns sindicatos, já que não precisam conquistar seus representados para receber as contribuições. Daí a propensão à inércia.¹⁰

A despeito de toda polêmica, a solução do ordenamento jurídico atual consiste na manutenção da contribuição, com a ressalva de que persistirá enquanto não se discipline contribuição negocial (art. 7º da Lei 11.648 de 31-Mar-2008¹¹). Deve-se pontuar que a existência do parágrafo em nada acrescenta ao ordenamento jurídico, pois a presunção de continuidade da norma é um dos princípios basilares do direito. A artimanha legislativa revela, por outro lado, a dificuldade em eliminar distorções corporativas. A mesma lei inova ao reconhecer as centrais sindicais, que representa um pleito antigo da categoria, uma vez que tais centrais consistem em estruturas de debate que vão além das tradicionais categorias, mas aumenta a distorção ao atribuir-lhes custeio com as verbas compulsórias e buscar evitar toda e qualquer forma de controle sobre o uso de uma verba que é pública. Na lei supracitada, houve o reconhecimento jurídico das Centrais Sindicais, que, se por um lado reconhece a importância de uma estrutura representativa, não vinculada ao conceito de categoria, por outro ampliou distorções na contribuição sindical, inclusive na possibilidade da fiscalização do destino desta verba pública¹²:

8 AROUCA, José Carlos. A liberdade sindical e a imposição da cobrança de contribuição. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 2, p. 72, jan. 2012.

9 BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC 369/2005*. Dá nova redação aos arts. 8º, 11, 37 e 114 da Constituição. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=277153>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

Art. 8º. É assegurada a liberdade sindical, observando o seguinte:

I - O Estado não poderá exigir autorização para fundação de entidade sindical, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção nas entidades sindicais;

II - O Estado atribuirá personalidade sindical às entidades que, na forma da lei, atenderem a requisitos de representatividade, de participação democrática dos representados e agregação que assegurem a compatibilidade de representação em todos os níveis da negociação coletiva;

III - Às entidades sindicais cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais no âmbito da representação, inclusive em questões judiciais e administrativas;

IV - A lei estabelecerá o limite da contribuição em favor das entidades sindicais que será custeada por todos os abrangidos pela negociação coletiva, cabendo à assembléia geral fixar seu percentual, cujo desconto, em se tratando de entidade sindical de trabalhadores, será efetivado em folha de pagamento;

VII - É obrigatória a participação das entidades sindicais na negociação coletiva;

Art. 11. É assegurada a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, na forma da lei.

10 ANDRADE, Alexsander Fernandes. Os desafios para a liberdade sindical plena. *Jornal trabalhista Consulex*, Brasília, v. 28, n. 1385, p. 7, jul. 2011.

11 Art. 7º Os arts. 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, vigorarão até que a lei venha a disciplinar a contribuição negocial, vinculada ao exercício efetivo da negociação coletiva e à aprovação em assembléia geral da categoria.

12 Art. 6º Os sindicatos, as federações e as confederações das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais

Foi renovada, não como medida provisória, mas como o Projeto de Lei nº 1.999. Bem avaliado o texto, fácil de concluir que era ruim, como o propósito de desmontar as confederações que já tinham perdido importância e espaço, mas veio como queriam as centrais sindicais, com direito de receberem 10% do total da contribuição sindical, mesmo tendo antes, as principais, CUT e Força Sindical, clamado por sua extinção. Só que para surpresa geral, até dos deputados governistas, A Câmara aprovou a emenda do Deputado Augusto de Carvalho (PPS-DF), que dando nova redação ao art. 582 da Consolidação das Leis do Trabalho, condicionava o desconto à expressa autorização dos empregados. Surpresa maior foi a emenda do Deputado Antônio Carlos Panunzio (PSDB-SP) que determinava a submissão da receita advinda da Contribuição ao Tribunal de Contas. [...] No dia 31 de março, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva promulgou a Lei nº11.648, reconhecendo as centrais que tanto defendeu e manteve a contribuição sindical que tanto combateu. Mas vetou o art. 6º, que dispunha sobre a fiscalização de contas, acatando pedidos cruzados do capital e do trabalho.¹³

Deve-se notar que, de certa forma, pinça-se o argumento da liberdade sindical para afastar qualquer controle sobre os gastos de uma contribuição que se dissocia frontalmente da liberdade de associação. A possibilidade de algum controle, além do cadastro sindical, é estabelecida no diploma que também criou a contribuição sindical, a CLT¹⁴. Há que se distinguir entre controle ou ingerência estatal e um mínimo de transparência que interessa a sociedade e aos representados pelas entidades.

O histórico é importante para que se evidencie se as razões que justificam a estrutura sindical e contribuições continuam presentes, assim como para verificar a compatibilidade das regras impostas já há certo tempo com os atuais ditames constitucionais. Na sequência é tratada a forma como as categorias são organizadas em sindicatos, aspecto relevante para entender sobre quem pode recair a cobrança em tela.

1.2 Unicidade sindical, enquadramento e liberdade sindical

Para que se evidencie distorções no sistema de contribuição compulsória e na representatividade sindical, é mister que se explicitem conceitos operacionais acerca de unidade sindical e da forma como empregados são enquadrados nas diversas categorias e seus efeitos na liberdade sindical no cenário nacional.

Acerca de liberdade e unicidade sindical, cita-se Davi Furtado Meirelles, para quem é contraditório que a liberdade sindical abarque a organização interna das entidades sindicais, mas não as relações externas: entre os sindicatos e entre estes e seus representados.¹⁵ O autor destaca ainda que as quatro grandes contradições entre liberdade sindical e a forma de organização sindical brasileira são 1) *unicidade sindical*, 2) *o sistema confederativo sindical e o agrupamento por categorias*, 3) *a contribuição sindical* e 4) o poder normativo da Justiça do trabalho. Os três primeiros têm respaldo constitucional, o que não significa que a Carta exauriu a possibilidade hermenêutica destes conceitos nem que as leis anteriores tenham sido recepcionadas da mesma forma. A seguir são explicados aspectos dos três primeiros conceitos, destacando pontos de interesse.

e as centrais sindicais deverão prestar contas ao Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos provenientes das contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas, de que trata o art. 149 da Constituição Federal, e de outros recursos públicos que porventura venham a receber.

Razões do veto: “O art. 6º viola o inciso I do art. 8º da Constituição da República, porque estabelece a obrigatoriedade dos sindicatos, das federações, das confederações e das centrais sindicais prestarem contas ao Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos provenientes da contribuição sindical. Isto porque a Constituição veda ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical, em face o princípio da autonomia sindical, o qual sustenta a garantia de autogestão às organizações associativas e sindicais.”

13 AROUCA, José Carlos. A liberdade sindical e a imposição da cobrança de contribuição. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 2, p. 70-71, jan. 2012.

14 CLT art. 592 [...]

§ 2º Os sindicatos poderão destacar, em seus orçamentos anuais, até 20% (vinco por cento) dos recursos da contribuição sindical para o custeio das suas atividades administrativas, independentemente de autorização ministerial. (Incluído pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976)

§ 3º O uso da contribuição sindical prevista no § 2º não poderá exceder do valor total das mensalidades sociais consignadas nos orçamentos dos sindicatos, salvo autorização expressa do Ministro do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 6.386, de 9.12.1976)

15 MEIRELLES, Davi Furtado. Liberdade sindical: o modelo ideal. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, v. 36, n. 137, p. 45-75, jan./mar. 2010.

A *unicidade sindical* por meio de base territorial mínima e enquadramento em categorias profissionais e econômicas são elementos importantes para a compreensão de distorções no sistema sindical brasileiro. O controle da unicidade sindical é de competência do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)¹⁶, que realiza o cadastro das entidades sindicais. Algo que pode parecer uma mera formalidade ou questão de aplicação de regras esbarra em dificuldades tais como determinação entre limite da liberdade sindical e do controle, na definição de categorias, na interpretação destas a partir da atividade econômica exercida pela empresa, o que é algo que despreza idiosincrasias dos empregados. O que se constata é que as regras de enquadramento (território e categoria) não representam categorias precisas, o que gera insegurança jurídica, assim como há dissenso jurisprudencial e doutrinário sobre como deveria ser a normatização do cadastramento.

O MTE expediu a Portaria nº 186/2008 como escopo de regulamentar os procedimentos acerca do registro sindical, preservando-se a unicidade sindical.

Todavia, não obstante a exigência de registro do sindicato no MTE e a obrigatoriedade da observância de procedimentos da unicidade sindical, é certo que, na prática, verifica-se a coexistência de vários sindicatos em uma mesma base territorial, representando a mesma categoria.

O impasse foi criado em razão da vedação da ingerência do Estado sobre a criação dos sindicatos que acaba instituindo situação limítrofe entre o direito de associação e a necessidade de controle da unicidade sindical, que poderá ser entendida como cerceamento à liberdade.¹⁷

Para alguns o texto Constitucional retirou toda atribuição estatal em qualificar o que viria a ser o conceito de categoria profissional ou econômica.

Com a vinda do novo Texto Constitucional de 1988, alguns sustentam que as regras de enquadramento sindical capitulado pela CLT, artigos 575, 576 e 577, estão revogados, fato que torna muito dificultoso fazer o enquadramento sindical. Neste sentido temos: Os considerandos da Portaria 896 do Ministro de Estado do Trabalho de 14.2.1997, que dispõe: “- considerando que a Constituição Federal proibiu a interferência e a intervenção do Estado na organização sindical, e atribuiu aos trabalhadores e empregadores interessados a competência para definir o âmbito da categoria e da respectiva base territorial (art. 8º, incisos I e II); - considerando-se que em face deste preceito constitucional, cessou a competência do Ministério do Trabalho para reconhecer entidades sindicais e proceder ao respectivo enquadramento, razão pela qual foi extinta a Comissão de Enquadramento Sindical.¹⁸

Na prática, todavia, o MTE continua a controlar a unicidade com base nas definições de categorias a partir do significado do nome atribuído no registro, algo que gera distorções. A literalidade do registro por si só não muda, mas seu sentido pode ser ampliado ou principalmente restrito com o tempo, especialmente por conta da especialização de profissões. Nessa linha definições amplas como “sindicato dos servidores públicos de Lugar”, “sindicato dos servidores municipais de Lugar”, “sindicato dos empregados no comércio de Lugar”, “sindicato dos empregados do comércio varejista de Lugar”, “sindicato do comércio varejista de feirantes”, etc., podem ser restritivos à entrada de nova associação. Por exemplo, servidores municipais envolveriam também os terceirizados, que eventualmente teriam interesses contraditórios. Na mesma linha, comércio e comércio varejista poderiam levar a uma disputa sobre a possibilidade da entrada de um ou de outros; já sindicato de comércio varejista de feirantes pode tanto ser sindicato de autônomos como sindicato patronal e poderia conflitar com sindicato dos comerciantes de Lugar. Deve-se ter em mente que a socie-

16 INSTRUÇÃO NORMATIVA MTE Nº 01, DE 27 DE AGOSTO DE 1991.

considerando que o egrégio Superior Tribunal de Justiça por jurisprudência predominante vem decidindo que não pode o Poder Público estabelecer condições ou restrições para a criação de associação sindical e que, na ausência de lei complementar, o registro competente é o das pessoas jurídicas (MS 189-DF, MS 362-DF e MS 435-DF, dentre outros); considerando, ainda, que o egrégio Superior Tribunal de Justiça fixou jurisprudência no sentido de que o depósito de atos constitutivos de associações sindicais, no Arquivo de Entidades Sindicais Brasileiras -AESB, deste Ministério, não tem caráter autorizativo de funcionamento, nem significa interferência vedada na Constituição, e que, havendo impugnação de terceiros interessados, deverão as partes dirimir a controvérsia em juízo (MS 362-DF, MS 448-DF, MS 457-DF, MS 458-DF, MS 474-DF e outros).

17 CASTRO, Ismênia E. Oliveira de; FARANI, Veruska. Dos conflitos legais decorrentes da coexistência de idênticos sindicatos de categoria. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 7, p. 215-211, abr. 2011.

18 MORALES, Cláudio Rodrigues. *Enquadramento sindical após a Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2003. p. 25.

dade, profissões e, como decorrência, a organização sindical não são elementos estáticos, o que justifica a iminente necessidade de atualização e ajustes, o que muitas vezes conflita com regras territoriais ou tabela de ocupações inadequada.

A mutabilidade na situação cadastral sindical em relação à criação envolve ao menos quatro situações: categoria não foi organizada em sindicato, por desmembramento da categoria, por desmembramento da base territorial, por fusão de base territorial ou categoria. Dessas se verifica que a maior parte dos conflitos surgem com relação ao desmembramento, pois em certo sentido perde-se verba da contribuição sindical compulsória, como também por ser difícil comprovar a especificidade da categoria.

A situação mais conflitante é o desmembramento em razão da categoria profissional mais específica, derivada da categoria originária geral, e ainda, se esta exige a criação de um sindicato específico não tem sido tarefa fácil, especialmente para as empresas na análise da adequação de sua atividade preponderante com os sindicatos da categoria.¹⁹

[...] o Judiciário tem sido receptivo à tese de desmembramento de categorias pelo critério territorial, desde que um dos entes (o preexistente ou o novo) mantenha ao menos a área de um Município [...] Essa possibilidade tem estimulado alguns sindicatos de base maior que um município a constituírem um novo ente sindical em cada um dos municípios que compõem a base territorial original, com a finalidade única de garantir a unidade da categoria e evitar que “aventureiros” venham tentar dividir a no futuro. Assim, estão nascendo muitos “sindicatos de gaveta”, cuja existência está apenas no papel, sem qualquer ação sindical concreta, colaborando para o crescente aumento no número de sindicatos registrados no Ministério do Trabalho e Emprego.²⁰

Outra questão tormentosa é o enquadramento dos trabalhadores em função da atividade do empregador. É de duvidosa constitucionalidade e adequação à liberdade sindical a definição da categoria do empregado pela atividade econômica do empregador, já que esta pode não representar interesses dos trabalhadores. Exceção ao enquadramento por categoria é a previsão legal expressa para o enquadramento por categoria diferenciada, que são profissões com regulamentação legal específica, assim como regras para enquadramento para sindicatos de empresas e de servidores públicos.

Categoria diferenciada – a regra de é de que a categoria dominante definida pelo objetivo econômico explorado exerce a *vis attractiva*. O § 3º do art. 511 da CLT há de ser interpretado com razoabilidade, pena de se criar impasse dentro da empresa, com a presença de inúmeros empregados, com especialidades diversas, ditos diferenciados, pertencentes a categorias diversas.²¹

Além da categoria preponderante e diferenciadas destacam-se enquadramento para sindicatos de empresas e de servidores públicos.

Estabilidade – Dirigente sindical – Categoria diferenciada – O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente (Item nº 145 da Orientação Jurisprudencial da SDI). Recurso de Revista desprovido.²²

O cenário de dificuldade de verificação da representação pode ser identificado pelo número expressivo de decisões sobre enquadramento sindical. Mesmo orientações jurisprudenciais como a 9 da Seção de Dissídios coletivos, pela qual o dissídio coletivo é via imprópria para enquadramento e estabelecendo a competência para Justiça comum evidencia por outro ângulo que representação formal distingue-se de representatividade. Outra orientação jurisprudencial que pode ser destacada nessa seara é a Orientação Jurisprudencial

19 CASTRO, Ismênia E. Oliveira de; FARANI, Veruska. Dos conflitos legais decorrentes da coexistência de idênticos sindicatos de categoria. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 7, p. 213, abr. 2011.

20 MEIRELLES, Davi Furtado. Liberdade sindical: o modelo ideal. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, v. 36, n. 137, p. 53, jan./mar. 2010.

21 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). Recurso Ordinário. RO n. 02980429850-SP, ac. N. 19990382053. 5ª Turma. Relator: Juiz Francisco Antonio de Oliveira. São Paulo DOJ 27.7.1999.

22 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Reconhecedor de Remissões. RR 411496. 5ª Turma. Relator: Min. Rider Nogueira de Brito. Brasília, 07 de fevereiro, 2001.

(OJ) do TST nº 55, da Seção I de Dissídios Individuais²³, pois se evidencia que os acordos coletivos não são feitos, por vezes, com o envolvimento do sindicato que o representa determinado trabalhador. Destaca-se, a seguir, o comentário sobre algumas agruras derivadas do conflito representativo entre sindicatos com atribuições coincidentes ou próximas.

Esse cenário gera insegurança jurídica à empresa, por não ter condições legais de realizar o repasse das contribuições sindicais dos trabalhadores de maneira adequada, bem como aplicar uma convenção coletiva em detrimento de outra, sem o fantasma do passivo trabalhista (nos âmbitos individual e coletivo).

O passivo trabalhista, no caso da aplicação da convenção coletiva, se daria em razão da existência de diferentes beneficiários insculpidos nas normas coletivas dos sindicatos “irmãos”.²⁴

O descompasso entre o texto constitucional e diversas regras que existiam antes do texto constitucional, não necessariamente recepcionadas, é evidenciado em outra regra cuja aplicação é relevante neste trabalho. Trata-se do art. 10²⁵ da Lei 4.725/1965, referendado pela OJ 37 da Seção de Dissídios Coletivos do TST. Basicamente exclui da liberdade sindical que os trabalhadores do sindicato tenham seu sindicato. É certo que tais representações poderiam colidir com um modelo piramidal do sindicalismo brasileiro, mas serviria para a fiscalização pelos trabalhadores da atuação dos sindicatos. No trabalho, o ponto é crucial, pois se demonstra que as entidades sindicais são, na maioria, descumpridoras contumazes de normas protetivas trabalhistas acerca de contribuições previdenciárias e do Fundo de Garantia do tempo de Serviço (FGTS).

Além de definir, por meio de enquadramento, em que sindicato um trabalhador pode vir a se filiar, outro ponto de destaque é que as entidades sindicais em si podem se associar, criando o que se denomina pirâmide sindical. Sindicatos podem se associar, desde que haja identidade, similaridade ou conexão entre as profissões (CLT, art. 533) em número não menor que 5 para formar federações, em regra estaduais, mas podendo ser interestadual ou nacional. Já as federações podem ser reunir em número de pelo menos três para formar confederações. É possível que um sindicato não se filie a numa federação, assim como é possível a existência de mais de uma federação para dada atividade ou profissão²⁶, mas cada sindicato só pode se filiar a uma federação, sendo que nenhuma pode ter menos de cinco sindicatos. De qualquer forma, tal estrutura piramidal é relevante porque em função das filiações, parcelas das contribuições obrigatórias são destinadas às federações e confederações. Destaca-se que as centrais sindicais estão ao lado desta estrutura, e desde o reconhecimento em 2008 recebem 10% do total arrecadado pelas contribuições sindicais.

Estabelecidas as regras gerais de enquadramento e estrutura destacam-se alguns elementos da contribuição sindical. Trata-se de mecanismo de natureza tributária, parafiscal (ou seja, cuja arrecadação não é voltado para o Estado) que é um dos principais meios de financiamento das entidades e vincula a contribuição com-

23 “NORMA COLETIVA. CATEGORIA DIFERENCIADA. ABRANGÊNCIA. Empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria.”

24 CASTRO, Ismênia E. Oliveira de; FARANI, Veruska. Dos conflitos legais decorrentes da coexistência de idênticos sindicatos de categoria. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 7, p. 212, abr. 2011.

25 Art. 10. Os ajustamentos de salário fixados em decisões da Justiça do Trabalho, aprovados em julgamento de dissídios coletivos ou em acordos homologados, serão aplicados, automaticamente, nas mesmas condições estabelecidas para os integrantes das categorias profissionais litigantes ou interessadas, aos empregados das próprias entidades suscitantes e suscitadas, observadas as peculiaridades que lhes sejam inerentes, ficando, desde logo, autorizado o reajustamento das respectivas verbas orçamentárias.

26 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Recurso Ordinário. RO 0000200-29.2011.5.03.0061. Belo Horizonte, 23 de abril de 2012. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/noticias/3095281/principio-da-unicidade-sindical-nao-se-aplica-a-federaçao>>. Acesso em 30.05.2014

Conforme esclareceu o juiz sentenciante, o artigo 534 da CLT dispõe que os sindicatos podem se organizar em federações, desde que representem a maioria absoluta de um grupo de ocupações ou profissões iguais, semelhantes ou conexas, observado o número mínimo de cinco sindicatos. Já o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo possibilitou a criação de nova entidade de segundo grau. A condição é que seja mantida a filiação de cinco sindicatos na federação já existente. Ou seja, a filiação é voluntária e não obrigatória. “O termo filiação traz ínsita a ideia de voluntariedade, significando agregar-se, unir-se, inscrever-se como sócio ou membro, sempre de forma espontânea, sendo que se a obrigatoriedade fosse a regra, o termo filiação não teria sido introduzido na norma supra, e sua redação seria, necessariamente outra”, ressaltou.

pulsória a todos de uma categoria, aplicando-se as mesmas regras do enquadramento sindical. Sua base legal é o art. 580 da CLT. A contribuição sindical é o nome dado ao que era o imposto sindical, e a denominação atual surgiu com o Decreto-Lei nº 27, de 14 de novembro de 1966.

A contribuição sindical é paga uma vez por ano. Em relação aos empregadores corresponde a um dia de salário, qualquer que seja a forma da referida remuneração. Neste sentido, os empregadores são obrigados a descontar, da folha de pagamento de seus empregados, relativa ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical devida aos respectivos sindicatos.

Em relação aos empregadores, a contribuição será proporcional ao capital social das empresas, registrada na Junta Comercial ou órgãos equivalentes, mediante a aplicação de alíquotas, conforme tabela progressiva prevista em lei.²⁷

Estabelecidos alguns pressupostos legais e teóricos, o próximo passo é a análise de dados do cadastro sindical e derivados, com os quais se reúnem elementos que subsidiam a respostas das questões formuladas inicialmente.

2. CADASTRO E CONTROLE DE LEGALIDADE DAS ENTIDADES SINDICAIS

Nesta segunda parte do artigo, delinham-se possibilidades de respostas às questões formuladas na introdução — que são reapresentadas nesta seção — em função de dados públicos coletados e agrupados em confronto das situações fáticas identificadas com a regras e entendimentos sobre a unicidade e cadastro.

Uma primeira análise consiste na análise cadastral. No *site* do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) podem ser encontrados 15.228 sindicatos²⁸, sendo 80 inativos e os demais em situação ativa. São 3.265 sindicatos de empregados e os demais de empregados autônomos [303], rural [4.179], servidores públicos [1.501], categoria diferenciada [473], empregados [4.764], empregados e avulsos [3], oficial econômico [5], oficial profissional [17], profissionais liberais [450]). A Solicitação de Registro Sindical é regida pela Portaria MTE nº. 186/08 e é realizada por meio de formulário eletrônico e segundo o *site*²⁹ são requeridos algumas características mínimas do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) junto à receita. Um dos requisitos para o cadastramento do sindicato é a convocação de Assembleia Geral com propósito específico inclusive como publicação no Diário Oficial da União (DOU). Desde 2005 foram encontrados 7.292 convocações com esse propósito³⁰, o que de certa forma indica um grande crescimento na criação de sindicatos, já que representariam quase metade dos sindicatos reconhecidos. Também deve-se destacar que, no mesmo período, foram realizadas 9.580³¹ convocações de assembleias para outros fins tais como ampliação de base territorial, filiação a federação/confederação/central. De certa forma, tais dados demonstram uma acelera-

27 FIORAVANTE, Tamira Maira; ALOUCHE, Luiz Fernando. Fontes de custeio dos sindicatos no Brasil: panorama geral. *Jornal trabalhista Consulex*, Brasília, v. 28, n. 1366, p. 4, mar. 2011.

28 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Registro Sindical*. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/cnes/reg_sindical.asp>. Acesso em: 24 jul. 2012.

29 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Cadastro Nacional de Entidades Sindicais*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/cnes/registro-sindical-sc.htm>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

Uma entidade só pode iniciar uma Solicitação de Registro Sindical se ela possuir um número de CNPJ com situação ATIVA junto à Receita Federal e com a Natureza Jurídica cadastrada como Entidade Sindical (código 3131), Associação (código 3026) ou Outras Formas de Associação (código 3999).

30 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Análise de dados públicos*.

Pesquisa realizada em 27-julho-2012, chaves “Assembleia Geral sindicato data:[2005 TO 2012] fundação”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/adp/Web/busca/results.jsp?maxresults=20&query=Assembl%EA9ia+Geral+sindicato+data%3A%5B2005+TO+2012%5D+funda%EA7%E3o>>.

Para efeitos de comparação tem-se que entre anos de 2000 e 2004 foram apenas 171 documentos do tipo publicados no Diário Oficial da União.

31 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Análise de dados públicos*.

Pesquisa realizada em 27-julho-2012, chaves de pesquisa: “Assembleia Geral sindicato data:[2005 TO 2012] -indexa:fundação “ Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/adp/Web/busca/results.jsp?maxresults=20&query=Assembl%EA9ia+Geral+sindica to+data%3A%5B2005+TO+2012%5D+-indexa%3Afunda%EA7%E3o>>.

ção na busca do reconhecimento dos sindicatos, sua oficialização, o que lhe permite receber a contribuição sindical. A seguir apresenta-se tabela com algumas classificações na estrutura sindical, que permite entender a complexidade da própria estrutura. É importante ressaltar que algumas classificações se interpenetram (especialmente grupo e classe), assim como existem algumas não classificações.

Tabela 1: visão geral da classificação das entidades sindicais.

Grau da entidade	Área econômica	Grupo	Abrangência	Classe
38 Confederações	2 rurais, 36 urbanos	10 empregador, 28 trabalhadores	Base nacional	2 profissionais liberais/17 Oficial Profissional/6 oficial econômico/8 empregados/3 empregadores
524 federações	44 rurais, 480 urbanos, sendo 5 inativos	157 empregador, 365 trabalhadore	331 estaduais, 97 interestaduais, 5 intermunicipais, 1 municipal (FIBRA - Federação das Indústrias de Brasília), 90 sem classificação	44 rurais, 3 de trabalhos avulsos, 37 de servidores públicos, 31 profissionais liberais, 12 categoria diferenciada, 7 de autônomos, 110 não se aplica, 258 empregados, 21 empregadores, 1 sem classificação
14.665 sindicatos	4.134 rurais, 10.531 urbanos, sendo 75 inativos	4.687 empregadores e 9.978 de trabalhadores	6.780 municipais, 4.340 intermunicipais, 151 interestadual, 3.313 estaduais, 81 sem classificação	296 de autônomos, 461 de categorias diferenciadas, 3.184 de empregadores, 4.498 de empregados, 3 de avulsos, 7 não se aplica ou sem classificação, 417 de profissionais liberais, 4.134 rurais, 1464 servidores públicos, 201 de trabalhadores avulsos

Fonte: dados coletados pelo autor.

A corrida dos sindicatos por sua oficialização e participação na contribuição sindical de cerca de um bilhão de reais/ano não enseja, como pode ser avaliado por diversas heurísticas e cruzamentos de dados, que as muitas entidades estejam mais representativas ou preocupadas com adequação às leis. Na mesma linha, também se menciona o papel do MTE, que mesmo só avaliando aspectos formais e sem adentrar no que seria o âmbito de autonomia das entidades sindicais, não utiliza mecanismo que seria mais eficiente e apto a manter o cadastro atualizado. Em relação à atualização do cadastro, deve-se mencionar que tais dados são utilizados para legitimar diversos fins, como a distribuição das contribuições sindical e publicidade das representantes das entidades.

Acerca do cadastro em si, pode-se mencionar que o MTE não exige o uso de certificado e assinaturas digitais para o cadastro de entidades sindicais, apesar de outros órgãos exigirem o uso da tecnologia de todas pessoas jurídica³², o que foi a grande barreira de entrada para o uso da tecnologia citada³³. Considerando o

32 BRASIL. Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa RFB nº 969, de 21 de outubro de 2009, Dispõe sobre a obrigatoriedade de apresentação de declarações com assinatura digital, efetivada mediante utilização de certificado digital válido, nos casos em que especifica. *DOU* de 22.10.2009

Art. 1º A partir de 1º de janeiro de 2010, para a transmissão de declarações e demonstrativos pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, no lucro presumido ou no lucro arbitrado, é obrigatória a assinatura digital, efetivada mediante utilização de certificado digital válido.

Art. 1º É obrigatória a assinatura digital efetivada mediante utilização de certificado digital válido, para a apresentação, por todas as pessoas jurídicas, exceto as optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), das declarações e dos demonstrativos a seguir relacionados: (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 995, de 22 de janeiro de 2010)

CIRCULAR Nº 547, DE 20 DE ABRIL DE 2011

Estabelece a certificação digital emitida no modelo ICP-Brasil, de acordo com a legislação em vigor, como forma de acesso ao canal eletrônico de relacionamento Conectividade Social.

33 Além da Receita Federal, que paulatinamente tem exigido certificação digital de pessoas jurídicas e físicas, também Caixa

volume de entidades bem como a necessidade de manter atualizados diversos dados, por força de diversas diplomas legais em situações que não só a unidade e contribuição sindical³⁴, tais como endereços, membros, mandatos da diretoria³⁵, área de atuação até filiação sindical parece ser prudente que se exija o uso dessa solução tecnológica, uma vez que a ausência dessa solução poderia ocasionar lesão à confiabilidade, veracidade e não repúdio das informações oficiais. A emissão dos certificados ICP-Brasil requer apresentação de certidão do registro em Registros Cíveis de Pessoas Jurídicas, que a pessoa física responsável tenha poderes conforme o estatuto/contrato ou assembleia e que haja conferência personalíssima dos documentos de identidade apresentados. Tais providências seriam salutares e representam elementos exigíveis de quaisquer outras corporações e podem embasar discussões sobre a razoabilidade do afastamento de padrões mínimos de fiscalizados, neste caso com destaque ao cadastro em si, que não é considerado incompatível com a Carta Magna.

Além da recepção dos dados, o cadastro falha em apresentar os dados gerenciados de forma completa e eficaz para acompanhamento pelos cidadãos. Um exemplo é a não disponibilização dos CPF dos dirigentes sindicais, mesmo sendo requerido seu cadastro³⁶. Um dos usos da informação seria o de verificar se existem pessoas atuando em diversos sindicatos, algo não estritamente proibido mas, que possivelmente indica falha de representatividade. Mesmo sendo possível que uma pessoa exerça cargos diretos em diversos sindicatos, não parece ser razoável haja vista a quantidade de irregularidade que podem ser verificada e a falta de representatividade.³⁷ Nos 15.228 sindicatos são indicadas 223.702 dirigentes, com números que variam de 1 a 370 pessoas por entidade. Ocorre que existem nada menos que 24.797 nomes iguais em mais de uma entidade, ou seja, ao menos 22% dos dirigentes se dividem. Por certo a homonímia não enseja serem as mesmas pessoas, algo que poderia ser dirimido com o CPF. A própria desatualização dos dados pode contribuir para isso, mas é um dado que mostra que pode ser mais importante para criar a estrutura mínima de um sindicato que permita seu enquadramento que a representação dos interesses das classes, em muitos casos. Dados de CPF seriam úteis também para se avaliar algo que envolvesse a ficha limpa dos dirigentes, e

Econômica Federal em operações do FGTS patromais tem feito tal exigência. Tais medidas fazem com que seja imperativa de uma empresa que opere dentro da legalidade obtenha certificação digitais. As exceções são procedimentais, como por exemplo o sócio controlador de uma sociedade empresário que tem certificado digital em nome próprio e pode realizar certas operações dessas forma.

34 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Secretaria de Recursos Humanos Portaria Normativa Nº 1, de 15 de abril de 2011.*

Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=89&data=18/04/2011>>.

Considerando

[...]

II - a necessidade de recadastramento das instituições consignatárias, a ser realizado anualmente, como condição para a habilitação para a operação de consignações em folha de pagamentos no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos - SIAPE; Anexo II : RELAÇÃO DE DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA RECADASTRAMENTO

2. Aos sindicatos ou associações de caráter sindical:

2.1. Para rubricas de Mensalidade:

2.1.1. Ata de eleição dos membros da atual diretoria da instituição, devidamente averbada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas;

2.1.2. Ata de posse dos membros da atual diretoria da entidade, devidamente averbada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas;

2.1.3. Ata da última assembleia, ou documento equivalente, em que foi deliberado o valor da mensalidade, e o respectivo edital de convocação;

2.1.4. Ata do Sindicato ou Federação que autorizou a associação a atuar como seção sindical; e 2.1.5. Declaração de que possui registro sindical, emitida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, conforme exigência legal.

35 Por exemplo, 2.640 entidades têm registrada diretoria com data de término de mandato já vencida, até junho de 2012 e alguns sem atualização desde 2005.

36 BRASIL. Ministérios do Trabalho e Emprego. *Portaria MTE nº 186, DE 10 DE ABRIL DE 2008.*

Art. 2º [...]

III - ata da assembleia geral de alteração estatutária da entidade e eleição, apuração e posse da diretoria, com a indicação do nome completo e número do Cadastro Pessoas Físicas - CPF dos representantes legais da entidade requerente, acompanhada de lista contendo o nome completo e assinatura dos presentes; e

37 Uma explicação para a criação de sindicatos assim seria simplesmente ocupar espaço em âmbito municipal, impedir novas divisões e garantir a contribuição sindical.

umentar o esclarecimento dos representados. É certo que cabe aos trabalhadores elegerem seus representantes, mas como se trata se distorções no sistema e em muito casos os formalmente representados sequer são chamados a exercer seus direito de voto³⁸, parece que a existência de informação cadastral atualizada dos dirigentes é útil.

Também é determinação legal que seja dada a publicidade registral aos dirigentes de associações, por meio do registro do estatuto e averbações das atualizações e atas em Registro Civil de Pessoas Jurídicas (CC/2002 art. 45 e CLT art. 511). Deve-se pontuar que a estrutura dos registro civis é mais capilar e distribuída que a da Juntas Comerciais, em que se registram as sociedade empresárias: isto traz consequências e na forma atual uma delas é a maior dificuldade ou custo em se obter certidões atualizadas da situação da associação, um requisito básico para conhecer de sua representação legal e efeitos perante terceiros. Para efeito de comparação, pode-se mencionar que a Junta Comercial de São Paulo, autarquia que permite a visualização dos registros recentes ou já digitalizados sem ônus³⁹. Já os emolumentos nos registros civis são fixados em lei estadual e hoje não há central para emissão *online* dos documentos ou em localidade diversa. Tais elementos compõem um cenário que indica *déficit* de informação sobre os dirigentes sindicais, o que leva a situações em que a representação dos empregados é deixada de lado em busca do cumprimento de requisitos formais para recebimento de verbas compulsórias.

Outra crítica ao cadastro é a não disponibilização dos documentos que são enviados. Apesar de existirem diversos requisitos formais, o *site* apenas apresenta extratos das requisições. Há 5.864 entidades com situação ativa em que o último histórico processual não é ativo, válido ou com solicitação concluída (tais como “Não Válida” [4.658], “Em Conferência” [313], “Aguardando Correção [45]”, “Solicitação não concluída” [848]). Mesmo em muitos casos de validade, houve impugnações em que somente se pode observar um extrato. Antes de 2010, ocorriam menos de dez análises por dia, em 2011/2012 o número se elevou, e se observam picos em que mais de 100 pareceres foram exarado (por exemplo, 103 em 11-julho-2012). Em virtude da apresentação de meros extratos, fica difícil analisar se houve aumento de eficiência ou mera análise mais rasa dos requisitos.

Tal situação também pode indicar pouca atuação de grande parte dos sindicatos, vide o número de convenções e acordos coletivos de trabalho. A despeito da previsão de publicação⁴⁰, encontram-se poucos documentos no site do Ministério do trabalho e Emprego (MTE) e da limitação do prazo dos acordos e convenções coletivas encontram-se documentos no *site* do MTE em número bem menor que o de sindicatos, sendo que muitos se referem a acordos ou convenções não mais vigentes, algo que afeta a publicidade e previsibilidade, mas que não possui sanção legal específica. Uma busca no *site* por “convenção coletiva” revela 840 documentos e a busca por “acordo coletivo” traz menos de 2.740⁴¹. Além de alguns retornos não serem documentos, percebe-se que muitos já não se encontram vigentes. Há que se reconhecer que alguns simplesmente não publicam os documentos e que, em muitos casos, ocorrem intervenções normativas da Justiça do trabalho, algo que ajuda a minar a função sindical. De qualquer forma, tais dados são subsídios para que se questione a manutenção de verba compulsória para sindicato que não busca cumprir elementos daquilo que é sua finalidade precípua⁴². É importante salientar que um sindicato pode exercer outras funções, mas a ausência de

38 Há obrigação de publicação de edital no Diário Oficial da União, o que gera publicidade presumida, mas nada para efetivamente provar que um número expressivo de trabalhadores se manifestou.

39 Item 16.1.2 Certidão Simplificada - fornecimento pela internet e item 16.2.9 Download pela internet de imagem digitalizada (quando disponível), da TABELA DE PREÇOS DA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO – JUCESP. Disponível em: <http://www.jucesp.fazenda.sp.gov.br/downloads/valores_servicos_completo.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013.

40 CLT Art. 614 - Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acordo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos.

41 Busca realizada em <http://portal.mte.gov.br/main.jsp> no dia 29-jul-2012

42 CLT Art. Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos :

a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal

negociações coletivas é forte indício de que não exerce suas atividades típicas e precípuas. E o quadro se torna pior se, além de não representar, receber as contribuições, o que em algum sentido se torna barreira de entrada para alguma associação que efetivamente queira representar a categoria daqueles filiados. No que tange ao controle dos dados para distribuição da contribuição sindical, deve-se destacar grande número de sindicatos sem federações, confederações e centrais. O problema em si não é ausência, mas a quantidade e a distinção entre a não existência e a não declaração. São 2.670 entidades que não declararam federação, 4.495 que não declaram confederação e 2.649 que não declaram central sindical. Sob o ponto de vista cadastral, é mais uma fragilidade que não pode ser respaldada pela inércia do MTE e negligência dos sindicatos. A existência da estrutura piramidal é prevista em lei, se coaduna com divisão de responsabilidades. Pode-se perguntar se há espaço de liberdade sindical negativa de um sindicato em relação a outro. De certa forma, dado um sindicato e uma base territorial, havendo federação ou confederação não haveria opção de escolha diversa, mas talvez exista a opção de não filiação, mesmo que não expressa em lei. Mesmo se admitindo tal hipótese, há que se distingui-la do mero desconhecimento da situação do sindicato e buscar maior abrangência e adequação na informação cadastral deve ser precisa e atualizada, e envolve tais relações.

Além do viés cadastral, o cenário leva a uma questão de conflito com princípio da legalidade e possivelmente crime fiscal (excesso de exação, algo em que se precisaria demonstrar o dolo, dentre outros aspectos). A repartição das receitas depende da configuração de filiações, e, inclusive, há verbas que deveriam de ser destinadas aos sindicatos, mas é desviada para a “Conta Especial Emprego e Salário”.

Originalmente a repartição observava a seguinte repartição: 5% para a confederação correspondente; 5% para a federação, 15% para a confederação correspondente, 60% para o sindicato respectivo e 20% para a “Conta Especial Emprego e Salário”. Na inexistência de confederação, o percentual a ela definida seria atribuído à federação. Em caso de federação não organizada para a categoria, o percentual que lhe seria devido transmitir ao sindicato da categoria econômica ou profissional. Na falta de entidades sindicais de grau superior ou de sindicato organizado, os percentuais a ele destinados seriam transferidos para a “Conta Especial Emprego e Salário”. Com a regulamentação legal das Centrais Sindicais pela Lei nº 11.648, em 31 de março de 2008, parte da receita da contribuição sindical dos trabalhadores passa a ser destinada a elas, no montante de 10% do valor arrecadado, com idêntica redução da a “Conta Especial Emprego e Salário” (grifo nosso).⁴³

Mesmo que haja decisão do STF legitimando repasses à conta gerida pelo MTE⁴⁴, tal mecanismo não pode ser justificado por erro cadastral, podendo caracterizar inclusive desvio de recurso. Basicamente, surge uma situação em que um cadastro mal gerido propicia ao gestor auferir mais recursos. Do ponto de vista tributário, um erro acidental, não inescusável, implicaria na tipicidade de um comportamento enquadrado como excesso de exação.

Com os dados de CNPJ das entidades sindicais, é possível acessar bases públicas referentes a certidões de regularidade fiscal e se avaliar os resultados. Mesmo que a CF/88 preveja imunidade das entidades sindicais de trabalhadores [art. 150, VI, c], isto não as exime de pagar contribuições previdenciárias e Fundo de Garantia do Tempo de serviço (FGTS) de seus próprios empregados.⁴⁵ No entanto, a Tabela 2 evidencia que a maioria das entidades não alcança situação que permita a emissão da certidão negativa. Observa-se ainda que mais de

ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida;

b) celebrar contatos coletivos de trabalho;

43 REIS, Daniela Muradas. A imposição da contribuição sindical e o princípio da liberdade associativa: reflexões sobre o regime democrático e o financiamento sindical brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 5, p. 156, mar. 2012.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRg no RE279.393/SC, 2ª Turma, julgado em 06-set-2005, rel. Min. Carlos Velloso, DJ, 30-sete-2005. p. 48.

45 Exigência de certidão negativa da previdência social: art. 47, I, com destaque à alínea “a”: na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou crédito concedido por ele;

Exigência de certidão de FGTS: art. 27 da Lei 8.036/1990, com destaque à alínea “c”: obtenção de favores creditícios, isenções, subsídios, auxílios, outorga ou concessão de serviços ou quaisquer outros benefícios concedidos por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, salvo quando destinados a saldar débitos para com o FGTS;

5% de sindicatos que jamais recolheram FGTS, pois a contrário senso, se tivessem feito e apresentado GFIP, estariam na situação de cadastrados junto à Caixa Econômica Federal. O que se considera é que para representar existe um trabalho rotineiro, e por isso a necessidade de que haja empregados. Podem não ser próprios, é verdade, mas de certa forma, terceirizar é contrário à premissa defendida por muitas associações de trabalhadores, exatamente pela precarização. Outra opção é que o sindicato seja efetivamente pequeno em número de representados e que não justifique manter estrutura fixa, algo que é possível, mas cuja solução pode passar por união com outras entidades. Os únicos que poderiam não recolher impostos, obrigatoriamente, seriam os dirigentes não empregados. Além dessas opções, remanesce a questão de existirem pendências e falta de recolhimento em relação aos próprios empregados, e que também são (parcela) dos representados. É indício de problemas como entidades “fantasmas” ou de desvio de moralidade/legalidade, e que ainda resvala em questionamentos sobre até que ponto um sindicato sem trabalhadores poderia representar a categoria⁴⁶.

Tabela 2: Dados de Certidões Fiscais dos sindicatos, entidades sindicais e associativas - julho 2012⁴⁷.

Situação	Certidão FGTS	Certidão Previdenciária	Notas
Sem certidão		6.182	6.129 referentes a sindicatos ativos, sendo 4.558 de trabalhadores e 1.571 de empregadores
Certidão Positiva FGTS	3.063		3.057 referentes a sindicatos ativos, 2.442 de sindicatos de trabalhadores e 615 de empregadores
Erro ao baixar	10	3	Erros de FGTS em sindicatos ativos, sendo 8 em entidades de trabalhadores, já as 3 previdenciárias são em sindicatos ativos.
Emitida há mais de 6 meses	4.022	6.153	FGTS: 28 de entidades inativas das demais 2.865 de trabalhadores. Previdência: 25 por entidades inativas, e dentre as ativas, 4.347 por entidades de trabalhadores
Não cadastrada	767		21 de sindicatos inativos e 746 em ativos, sendo 549 em sindicatos de trabalhadores e 197 em sindicatos de empregadores.
Emitida há menos de 6 meses	7.365	2.889	FGTS: 7.340 em entidades ativas e 4.433 em entidades de trabalhadores. Previdência 2887 em entidades ativas e 1400 em entidades de trabalhadores 2.542 na interseção.
Certidão negativa FGTS (validade maior ou igual data da consulta, validade de 30 dias)	2.111		3 em entidades inativas, 1.087 em entidades de trabalhadores

Fonte: dados coletados pelo autor.

46 Pode-se imaginar, no extremo, terceirização sem recebimento de remuneração alguma por parte dos dirigentes. Mesmo assim tal situação apontaria para necessidade de ajustes na base de representação. Na generalidade dos casos, todavia, tais constatações apontam para sindicatos meramente formais (de fachada, fantasmas) e que serviriam apenas para angariar contribuições obrigatórias. Um questionamento que se pode fazer é se a situação meramente formal de um sindicato se confunde com a situação de fato, de movimento social ou se poderiam ser considerados não sindicatos, com consequente impacto em registro, contribuição compulsória e proteção legal.

47 Certidões da Previdência baixadas em 24 e 25 de Julho de 2012 em http://www010.dataprev.gov.br/CWS/BIN/cws_mv2.asp?CONTEXTO/CND/ACNT1004.

Certidões do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) baixadas nos dias de 25 a 27 de Julho de 2012 em <https://www.sifge.caixa.gov.br/Cidadao/Crf/Crf/FgeCfISConsultaRegularidade.asp>.

Deve-se pontuar que, em alguns casos, a existência de certidão positiva ou sua ausência podem decorrer de questões formais, desencontros de contas ou informações prestadas. Por outro lado, a emissão de certidões também se funda nas declarações das empresas, e quando são declarados menos empregados e as contas em algum nível fecham os sistemas da Receita/Previdência/FGTS, não acusam irregularidade. Mesmo assim é uma informação relevante de que apenas 14% e 20% das entidades sindicais possuem certidões válidas para o FGTS e Previdência Social, e que a interseção dessas duas variáveis esteja no patamar de 7%. São elementos importantes para aferição do grau de legitimidade para que recebam verbas públicas e/ou parafiscais. Tais divergências são mais que meras irregularidades e representam impeditivos ao recebimento de verbas públicas. De certa forma, é importante se perquirir qual a natureza jurídica das verbas compulsórias e destacar que mesmo entes públicos ficam proibidos de receber repasses voluntários ou firmar convênios na ocorrência de falta de certidões como as mencionadas.

Não se deve, todavia, considerar que tais índices sejam exclusivos das entidades sindicais. Empresas e governos são recalcitrantes nesse comportamento, o que pode evidenciar que o sistema legal tem de ser aperfeiçoado e também indica que o controle sobre as arrecadações é frágil. Do ponto de vista sindical, a contradição seja talvez maior, uma vez que seus próprios empregados não podem participar de outros sindicatos (sindicato dos trabalhadores de sindicato), e que nesse caso teriam mais força para exigir a regularidade dos procedimentos.

Acerca da possível fragilidade das certidões, destaca-se que a visão global das receitas e despesas seria importante para aferição mais precisa. As entidades sindicais em regras não são obrigadas à realização da escrituração digital, SPED⁴⁸. O uso de escrituração digital também teria o condão de propiciar a análise das contas em algum grau de todas entidades, o que por um lado dificultaria a situação das que não se relacionam a com sua finalidade precípua e por outro lado aumentariam a legitimidade das demais. Seria forma de se avaliarem pagamentos, não se de impostos, mas distorção em pagamentos de dirigentes. O reconhecimento da necessidade de segregação de verbas públicas de outras fontes de financiamento das entidades sindicais é evidenciado por recente Instrução Normativa do MTE⁴⁹. Outrossim, acerca de valores recebidos pelos sindicatos, se destaca que muitas rubricas não constam do Portal da Transparência, pois seriam repasses feitos diretamente pela Caixa Econômica Federal aos sindicatos em contas vinculadas. Não deixam de ser, todavia, valores de um tributo⁵⁰.

3. CONCLUSÕES

De início o trabalho destacou a criação do imposto sindical, ainda no Estado Novo e sua ampliação de uma contribuição restrita aos filiados para abarcar todos os que compunham uma categoria profissional ou econômica. Também se vinculou a possibilidade de recolhimento de contribuições ao seu reconhecimento oficial do sindicato pelo Estado, o que reforçou a ingerência estatal sobre as entidades sindicais.

Na sequência, mostra-se que a sistemática da contribuição, exceto pela mudança de nome de imposto

48 BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa RFB n. 787*, de 19 de novembro de 2007. Institui a Escrituração Contábil Digital.

49 Instrução Normativa MTE Nº 1/2011 - PLANO DE CONTAS ENTIDADE SINDICAL - "CONTA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL" – SEGREGAR RECEITA/DESPESA - OBRIGATORIEDE.

Constituição Federal, e em atendimento ao determinado no item 9.2 do Acórdão TCU nº 1663/2010 - Plenário, abaixo transcrito: "9.2. determinar ao Ministério do Trabalho e Emprego que, no prazo de sessenta dias, a contar da ciência, expeça orientação formal dirigida às entidades sindicais no sentido de que promovam ajustes em seus planos de contas de modo a segregar contabilmente as receitas e as despesas decorrentes da contribuição sindical instituída nos arts. 578 a 610 da CLT, com as alterações da Lei 11.648/2008, a fim de assegurar a transparência e viabilizar o controle da aplicação de recursos públicos." Orienta: Art. 1º As entidades sindicais deverão promover ajustes em seus planos de contas, de modo a segregar contabilmente as receitas e as despesas decorrentes da contribuição sindical, a fim de assegurar a transparência.

50 BRASIL. Controladoria Geral da União. *Portal da Transparência*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

para contribuição sindical, resistiu a diversos projetos ou estudos, desde os governos militares até a democracia. Nessa disputa de posições se destaca a posição contraditória das Centrais Sindicais, que consideravam a contribuição social anacrônica e com a Lei 11.648/2008 se tornaram grandes beneficiárias da contribuição que combatiam. A referida lei teve mérito de reconhecer as centrais, que no modelo sindical brasileiro têm o papel de integrar pleitos de diversas categorias, mas ao mesmo tempo aprofundou a contradição entre liberdade sindical e contribuição compulsória bem como recebeu diversas críticas pelo afastamento do controle sobre os recursos recebidos sob a alegação, no veto, de que isso representaria restrição à autonomia das entidades.

Na segunda parte do artigo, foram destacadas informações baseadas em cruzamentos dos dados constantes do *site* do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) sobre os registros sindicais, Diário Oficial da União e certidões fiscais relativas a contribuições previdenciárias e do FGTS. O cadastro dos sindicatos serve para indicar filiação na hierarquia sindical, indicativos do processamento de registro no MTE, área de atuação, classificação, dirigentes, número do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). Com esse último, é possível o que se baixe e interprete as certidões fiscais dos tipos referidos, que podem indicar desde débitos ou omissões, passando pela absoluta falta de contribuições, até a regularidade sob aspectos formais. É importante a menção a serem diversos aspectos formais para evidenciar que a presença de certidões fiscais, que em diversos casos é pré-requisito para recebimento de verbas ou benesses públicas, é um filtro simples, fundando em dados públicos e abertos e que só adentra a alguns aspectos da contabilidade das entidades referidas.

Mesmo com tais limitações, o número de entidades que não apresentam a regularidade fiscal representa mais de 80% das entidades sindicais cadastradas, o que é um número que extensão causa preocupações e revela fragilidades, de fiscalização, ou da própria atuação sindical⁵¹. Tal situação indica que essa parcela das entidades ou não pagam tais impostos e contribuições regularmente, ou não cumprem requisitos e declarações exigidos de qualquer pessoa jurídica. Trata-se de um cumprimento direto de legalidade, algo que se destaca no artigo, pois não se pode confundir autonomia com conivência com descumprimento de leis. As certidões de previdência e FGTS indicam que os próprios sindicatos apresentam problemas em cumprir as exigências legais, o que pode indicar um problema estrutural. É interessante notar que mesmo que tais informações refiram-se a dados cujos documentos são públicos, muitas vezes a forma pela qual são disponibilizados representa um empecilho a muito de seus usos e cruzamentos. No caso em tela, basta imaginar que o preenchimento de dados de formulário Web, execução, verificação dos documentos referenciados equivale a cerca de 60 mil arquivos (30 mil do FGTS, 15mil MTE e 15 previdência), algo que tende a ser um limitante ao uso dos dados para subsidiar uma análise ou estudo.

Em relação aos dados do cadastro do MTE, observa-se um grande percentual de homonímia entre os dirigentes dos sindicatos (cerca de 22%), algo que pode indicar a mero movimento pela formalização das entidades, visando, possivelmente, apenas, ao recebimento da contribuição sindical, sem que isso necessariamente reflita-se em representação. Na mesma linha, os dados que mostram a preocupação com a formalização, e estabelecimento de áreas de atuação, pode-se mencionar os dados de mais de 9 mil convocações via DOU entre 2005 e 2012, o que se referente a mais de metade de todos sindicatos cadastrados, algo que contrasta com a quantidade de solicitações anteriores. Já o cadastro do MTE apresenta diversos sindicatos em situação ativa, quase 6000, mas cujo último processamento indica situação diversa. Isso indica ou que a documentação é insubsistente ou que o trabalho do MTE não atende à velocidade de cadastramento que lhe seria exigida. Outra lacuna apresentada refere-se ao grande número de entidades que não declaram filiação na estrutura sindical. Tais situações cadastrais falhas ou lacunosas não se coadunam com a necessidade de estrita legalidade e cumprimento de regras nas distribuições de recursos da contribuição sindical. Mesmo

51 Os dados da Caixa ou Previdência podem em si estar errados, mas têm presunção de veracidade e são usados por terceiros. Por fim, se há uma ação ou procedimento hábil a certidão é alterada, para positiva com efeitos de negativa, se implicar em suspensão de exigibilidade, ou mesmo alterada no todo, se for mostrado erro nos dados estatais.

que o MTE não adentre em aspectos intrínsecos do cadastro, para não atingir a autonomia do cadastro, não é crível que quaisquer dados sejam inclusos, ou não atualizados, já que são usados para respaldar a distribuição de vultuosos valores.

Frente ao número de sindicatos, no texto se menciona que existem poucas convenções e acordos coletivos em que se foi dada publicidade por meio do *site* do MTE, mesmo com previsão na CLT, algo que pode indicar baixa atividade dos entes, baixa taxa de sucesso, ou mero descaso com a publicidade das negociações. De qualquer forma, é crível se imaginar que num cenário em que se busque a ampliação da base de associados, a publicidade dos resultados se torne algo essencial. Outro tipo de documentação que se faz ausente são os relativos aos dados cadastrais, já que se apresenta um mero extrato de cada documento, e que poderiam subsidiar uma interpretação mais aprofundada do quadro, bem como dirimir ou identificar dúvidas sobre conflitos cadastrais. Conforme foi mencionado, tais documentos não são apresentados em forma eletrônica, o que gera uma barreira ao conhecimento do que efetivamente é pedido, aceitos e suas razões. Ademais, foi questionada a não obrigatoriedade do uso de cadastro com certificação digital, uma vez que o uso de documentos e assinaturas eletrônicas poderia contribuir decisivamente para a publicidade das informações, sua atualização e coerência, e a principal barreira ao seu uso, que é a obtenção do certificado digital, pode ser considerada fora de questão uma vez que órgãos/empresas tais como Receita Federal, Previdência Social, Caixa Econômica Federal (CEF) (no âmbito da Conectividade social) passaram a exigir o uso de certificados digitais, com prazos de adaptação já encerrados.

4. CONCLUSÃO

De modo geral, são apresentados dados que mostram que a maioria dos sindicatos estão operando com falhas legais e formais, assim como há diversos indícios de que buscam formalização apenas para recebimento de recursos públicos recolhidos compulsoriamente. Não se trata de dizer, por óbvio, que todos sindicatos incorram em tais enquadramentos, mas é um forte indicativo que a contribuição social compulsória não atende, em regra, os seus objetivos de garantir a sustentabilidade de entidades de representação dos trabalhadores. As discussões acerca do fim da contribuição social sempre consideram que existem sindicatos que podem não sobreviver sem esse recurso financeiro, mas tal preocupação só subsiste para o caso das entidades que representam efetivamente os trabalhadores vinculados. Os dados mostram que possivelmente a maior parte das entidades só existem para receber recursos — embora certamente não falem quem advoque contra às evidências formais apresentadas neste texto —, e estas realmente correriam riscos de não sobreviver com o eventual fim das contribuições compulsórias, mas isso não envolve a preocupação com a legitimação da atividade sindical.

Com tais argumentos, o texto propicia a defesa do fim da contribuição sindical obrigatória nos moldes como tem sido executada nas últimas décadas, dando provas do desvio de finalidade que tal contribuição tem significado. Desse modo surgiria espaço para uma melhor equalização entre territorialidade, representação e unicidade. Também não se pode esquecer que o papel estatal, mesmo que seja no controle cadastral, está aquém daquilo que se poderia esperar de mínimo de eficiência e publicidade, e tem se tornado uma porta para fraudes. Tal situação justifica uma transparência efetiva de informações, como também a revisão dos processos interno do Ministério do Trabalho e Emprego. Outro direcionamento proposto é o reconhecimento de que tal atuação está em desacordo com os princípios constitucionais que regem a atuação da administração pública, não havendo espaço para que continue do modo como apresentado.

Por fim, destaca-se que a não ingerência estatal nos sindicatos não equivale ou implica ao não controle sobre o cadastro sindical e comprovações de gastos da contribuição sindical ou de repasses públicos em algum grau. É contraditório que na defesa da liberdade sindical e representatividade se defenda um mecanismo essencialmente compulsório e que tem sido base de muitas amarras ao exercício da liberdade de

negociação amparada por sindicatos fortes e representativos. Na forma como o sistema está, trata-se de uma conta de chegada, em que se criam mecanismo para a justificação de distorções de longa data, e, com isso, se emperra o processo de mudança e adequação da atividade sindical pautado nos interesses daqueles que deveriam ser seus efetivos beneficiários: os trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Alexsander Fernandes. Os desafios para a liberdade sindical plena. *Jornal trabalhista Consulex*, Brasília, v. 28, n. 1385, p. 7, jul. 2011.

AROUCA, José Carlos. A liberdade sindical e a imposição da cobrança de contribuição. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 2, p. 73-69, jan. 2012.

CASTRO, Ismênia E. Oliveira de; FARANI, Veruska. Dos conflitos legais decorrentes da coexistência de idênticos sindicatos de categoria. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 7, p. 215-211, abr. 2011.

FIORAVANTE, Tamira Maira; ALOUCHE, Luiz Fernando. Fontes de custeio dos sindicatos no Brasil: panorama geral. *Jornal trabalhista Consulex*, Brasília, v. 28, n. 1366, p. 4-5, mar. 2011.

MEIRELLES, Davi Furtado. Liberdade sindical: o modelo ideal. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, v. 36, n. 137, p. 45-75, jan./mar. 2010.

MORALES, Cláudio Rodrigues. *Enquadramento sindical após a Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2003.

MOURÃO, Alysson Sousa. A constitucionalidade da destinação da contribuição sindical às centrais sindicais. *Revista tributária e de finanças públicas*, São Paulo, v. 19, n. 101, p. 125-139, nov./dez. 2011.

REIS, Daniela Muradas. A imposição da contribuição sindical e o princípio da liberdade associativa: reflexões sobre o regime democrático e o financiamento sindical brasileiro. *Repertório IOB de jurisprudência: trabalhista e previdenciário*, São Paulo, n. 5, p. 158-150, mar. 2012.

ZAPATA, Sandor Ramiro Darn. A crise do paradigma sindical brasileiro: unicidade, contribuição obrigatória, sistema confederativo e poder normativo da justiça do trabalho. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, v. 37, n. 142, p. 387-419, abr./jun. 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Plágio em trabalhos acadêmicos: proposta de políticas institucionais de integridade

Plagiarism in Academic Papers: proposed institutional integrity policies

Maria Edelvacy Pinto Marinho

Marcelo Dias Varella

Plágio em trabalhos acadêmicos: proposta de políticas institucionais de integridade*

Plagiarism in Academic Papers: proposed institutional integrity policies

Maria Edelvacy Pinto Marinho**

Marcelo Dias Varella***

RESUMO

A prática de plágio, além de condenável, ofende a integridade acadêmica. Apesar do grau de reprovabilidade, tem se observado a disseminação do uso do plágio em trabalhos de conclusão de curso. O objetivo deste artigo é discutir como a doutrina, as universidades e a jurisprudência têm tratado o tema e apresentar algumas propostas para sua normatização na academia. Constatou-se que ainda são poucas as universidades que apresentam normas claras sobre a identificação e punição do plágio em textos acadêmicos. E quando estas existem, nem sempre acompanham o entendimento jurisprudencial sobre os elementos identificadores da prática de plágio. A partir de um estudo das normas estabelecidas pelos órgãos de fomento à pesquisa e de decisões sobre o tema, apresentam-se sugestões para a normatização da punição da prática no âmbito acadêmico. Conclui-se que o caso tem sido tratado como se fosse um problema do professor, quando se trata, de fato, de um problema institucional. O respeito à ética acadêmica deve ser um objetivo de todos e o debate sobre o tema deve envolver docentes e discentes.

Palavras-chave: Direitos autorais. Plágio. Academia.

ABSTRACT

The practice of plagiarism, besides being reprehensible, is offensive to academic integrity. Even though it is extremely disapproved of, the spread of the use of plagiarism in end of course monographs and papers has been increasingly observed. The purpose of this paper is to discuss how doctrines, universities and jurisprudence have dealt with the issue and to present some proposals for plagiarism regulation in academia. It was observed that few universities have clear rules on the identification and punishment of plagiarism in academic texts. Even when they do exist, they are not always accompanied by a jurisprudential understanding on the identifying elements of the practice of plagiarism. From a study on the standards set by research funding agencies and decisions on the subject, suggestions are presented for the regulation of punishment regarding this practice in the academic realm. We conclude that plagiarism has been treated as if it were a teacher problem, when, in fact, it is an institutional problem. Respect for academic ethics should be a goal for all and the debate on the subject should involve both teachers and students.

* Artigo convidado

** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Doutora em Direito pela Universidade de Paris. E-mail: mariaedelvacy@gmail.com

*** Livre-docente em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Berkeley (Califórnia), George Washington University e Georgetown University (Washington DC). Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Professor e Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: marcelodvarella@gmail.com

Keywords: Copyright. Plagiarism. Academia.

1. INTRODUÇÃO

É preciso definir e prever sanções para a prática de plágio, de forma a poder coibir seu uso no mundo acadêmico. Há diferentes boas práticas em várias instituições, sobretudo estrangeiras e o tema já tem alcançado a teoria e jurisprudência nacional e estrangeira.

Com a ampliação do acesso à informação, sobretudo por meio da internet, torna-se mais fácil acesso a trabalhos de terceiros¹. A gratuidade, por vezes, é usada como subterfúgio para não render ao autor a titularidade do trabalho copiado. No Brasil, principalmente nos cursos em que se exige a entrega de um trabalho monográfico para conclusão do curso, a prática de plágio tem chamado atenção. O plágio se multiplica em trabalhos de disciplinas, de conclusão de curso, fichamentos de mestrado e doutorado e mesmo dissertações e teses. Casos raros do passado se tornam cada vez mais frequentes. Tanto em países desenvolvidos, como em desenvolvimento, o problema chama a atenção da mídia e tem sido alvo de práticas institucionais das mais variadas.

A reação da academia, no entanto, não tem acompanhado a velocidade nem o volume de cópias de trabalhos divulgadas na Internet. Em resposta, algumas instituições têm feito uso de *softwares* que detectam plágio de textos divulgados pela internet, a exemplo do software “Turnitin”. Nos Estados Unidos e no Brasil esse *software* foi adquirido por centenas de escolas.

Contudo, não raro, a questão se judicializa. A falta de uma norma institucional sobre as penas previstas para casos de plágio impede uma sanção específica e torna-se fácil anular procedimentos administrativos que punem os alunos que copiam trechos de terceiros. As decisões dos tribunais sobre a prática de plágio não analisam os casos com o mesmo rigor da academia. Desse modo, é importante alinhar a postura acadêmica com aquela do Judiciário para reforçar a identificação do plágio e dar efetividade às medidas adotadas.

O presente artigo busca esclarecer o que se considera plágio e quais as medidas normalmente adotadas em instituições acadêmicas e no Judiciário. A partir dessas considerações, pretendem-se apresentar regras de conduta gerais sobre como atuar em situações em que for constatada a utilização indevida de textos de terceiros.

Para tanto, em um primeiro momento será apresentado quando se configura um plágio em obras acadêmicas. Em seguida, qual a posição da doutrina e da jurisprudência sobre o tema. Por fim, algumas propostas de atuação uniforme frente a casos concretos.

2. A NOÇÃO DE PLÁGIO E DE CONTRAFAÇÃO

O plágio configura, no mínimo, uma desonestidade intelectual. O reconhecimento dos autores sobre suas obras ou trechos destas é a base do trabalho acadêmico, qual seja: identificar o desenvolvimento do tema por meio de uma revisão bibliográfica, obviamente referenciada, e apresentar sua própria contribuição ao tema que pode contestar os trabalhos já desenvolvidos ou aperfeiçoar as teorias já existentes.

A consideração do plágio como algo errado varia ao longo do tempo. Há centenas de casos de atribuição falsa de autoria, nem sempre indevida de acordo com a cultura. Várias passagens da bíblia são escritas por

1 BAST, Carol M; Samuels, Linda B. Plagiarism and Legal Scholarship in the Age of Information Sharing: The Need For Intellectual Honesty (2008). *Catholic University Law Review*, v. 57, p. 777, 2008. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1470646>>. Acesso em: 17 out. 2014.

autores póstumos e atribuídas aos apóstolos, em sua homenagem. Rembrandt assinava pinturas produzidas por assistentes, para atestar sua qualidade. Juízes assinam decisões elaboradas por assistentes, professores contratam assistentes de pesquisa para levantar dados².

No meio acadêmico, o plágio apresenta vários problemas. Em primeiro lugar, há uma ética acadêmica, que implica reconhecimento de um esforço intelectual próprio, o que é rompido quando o texto produzido é o resultado da cópia de um trabalho alheio ou a simples contratação de um terceiro para a sua produção. Ao usar o trabalho já publicado, não há originalidade³. Quando há um contrato de publicação, ou a defesa de uma tese, que pressupõe um trabalho original, pode haver a violação de uma regra contratual. Enfim, o plágio gera efeitos jurídicos negativos.⁴

O plágio é, de certo modo, resultado das pressões que acadêmicos sofrem para inovarem, da vontade em se destacarem o mais rapidamente possível com um raciocínio brilhante. O individualismo, o culto à personalidade, o desejo de reconhecimento, de prosperidade contribuem para tanto.⁵

A cópia de trechos alheios pode até ser culposa para alguns autores. Posner entende que quando um autor estuda tanto um outro a ponto de ter dominado profundamente seus conhecimentos, seria capaz de reproduzir automaticamente trechos da obra original, sem notar que se tratava de uma cópia, um ato de “criptomnésia”⁶. Posner defende que o plágio não deva ser considerado um ilícito penal porque não seria sério o suficiente para justificar o movimento da máquina judiciária.

A forma como o plágio será punido pode até variar conforme os autores, contudo é unânime o entendimento de que a prática, segundo a cultura acadêmica atual, ofende a ética. Entende-se que quanto mais fácil for cometer o plágio, com os instrumentos eletrônicos hoje disponíveis, maior é a necessidade de puni-lo severamente. A aplicação sistemática de sanções deve ser utilizada para dissuadir a sua prática.⁷

A cópia do trabalho alheio, sem o devido crédito, coloca em risco não só a qualidade do trabalho, mas principalmente a reputação do autor que praticou o plágio e da instituição na qual ele foi produzido. Trata-se, portanto, de uma prática com graves repercussões. Em se tratando do curso de Direito, o fato é ainda mais danoso.⁸

Do ponto de vista legal, a proteção da obra intelectual é assegurada a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 no artigo 7º. O artigo 24 expressamente reconhece como direito moral do autor “o de ter o de ter seu

2 POSNER, R. *The little book of plagiarism*. New York: Pantheon Books, 2007.

3 Na maioria das escolas do Brasil e em várias universidades estrangeiras não se considera falta de originalidade a inclusão de trabalhos de autoria próprio, na dissertação ou tese, desde que publicados durante o curso.

4 POSNER, R. *The little book of plagiarism*. New York: Pantheon Books, 2007. p. 32-34.

5 POSNER, R. *The little book of plagiarism*. New York: Pantheon Books, 2007. p. 67.

6 Sobre o tema ver também: POSNER, R. *The little book of plagiarism*. New York: Pantheon Books, 2007. p. 67. GODOY, Arnaldo Direito, literatura e propriedade intelectual. Posner, a criptomnésia e o plágio inconsciente. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/arnaldo/direito/DI10posnerplágio.htm>;jsessionid=6F8D0C62D1DDEDA18B4128C232FF5DB9>. Acesso em: 17 out. 2014.

7 POSNER, R. *The little book of plagiarism*. New York: Pantheon Books, 2007. p. 38-79.

8 Sorkin, David E. Practicing Plagiarism. *Illinois Bar Journal*, v. 81, p. 487, 1993. Disponível em: SSRN:< <http://ssrn.com/abstract=1100323>>. Acesso em: 17 out. 2014.

9 BRASIL, Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra.”¹⁰

O plágio não é definido diretamente pela lei de direitos autorais, mas o artigo 108, o indica como conduta passível de sanção:

Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade [...]

Como se nota, a necessidade de referência ao autor da obra é uma obrigação por parte daquele que a utiliza.

O art. 46 da Lei no. 9.610 disciplina os casos em que o uso das obras intelectuais protegidas não constituiria infração.¹¹ É importante ressaltar, para os objetivos desse trabalho, os incisos III e VIII. Nos referidos incisos não se considera plágio a “citação de passagens, desde que se indique o autor e a origem da obra”, bem como a reprodução de pequenos trechos quando a reprodução não seja o objetivo principal da nova obra e não cause prejuízos a exploração normal da obra reproduzida nem cause prejuízos injustificados aos legítimos interesses dos autores.¹² É possível, portanto, a cópia de trechos de uma obra. Contudo, não se admite a omissão da referência do autor no texto transcrito. Tal omissão faz com que os leitores incorram em

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

10 BRASIL, Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, Art. 24: São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

11 BRASIL, Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

12 Não constitui ofensa aos direitos autorais: III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra [...] VIII a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”.

erro: por considerarem que o trecho plagiado pertence ao autor que o copiou, jamais poderiam relacioná-lo ao verdadeiro autor. E se o fizessem, citariam o autor que o copiou.

O autor tem direitos patrimoniais e morais sobre sua obra. O plágio consiste na dissimulação, na tentativa de iludir o leitor que as informações ali prestadas são de sua autoria, quando na verdade elas pertencem a um terceiro. A contrafação, por sua vez, tem por objetivo uma vantagem econômica¹³. No caso de uma dissertação de mestrado, o objetivo da cópia de um trecho sem indicação da fonte não necessariamente implica em uma vantagem econômica para aquele que copiou, o interesse é fazer acreditar que o trecho copiado pertence ao plagiador. Na contrafação, o delito consiste na reprodução da obra, parcial ou total, sem a autorização do autor. Nem sempre o plágio e a contrafação aparecem conectados¹⁴. Como bem esclarece Denis Barbosa, “em inúmeras hipóteses, ainda quando a atribuição é cogente, a reprodução é livre. Assim ocorre quando a criação reproduzida está em domínio público, por expiração dos direitos de exclusão, seja nas inúmeras hipóteses de reprodução livre [...]”¹⁵, como é o caso das obras cujos autores faleceram há mais de setenta anos.

O que se busca nesse trabalho é tecer considerações a respeito do tratamento do plágio na academia, portanto os efeitos econômicos fogem ao escopo deste artigo.¹⁶ Mesmo sem haver ofensa aos direitos patrimoniais do autor, pode ocorrer o plágio e, portanto, uma violação ao art. artigo 24 da Lei de Direitos Autorais.

O próprio Judiciário tem entendido de maneira semelhante:

Contrafação que não se confunde com plágio é a reprodução de obra intelectual sem a vontade do autor, seja ou não mediante a indicação de seu nome. A criação intelectual de obra alheia protegida, uma vez usurpada, autoriza o autor a pleitear reparação por dano moral, ínsita na violação e até independente de prejuízo, e por dano material pela comercialização da obra sem a sua autorização¹⁷.

No mesmo sentido:

Enquanto a contrafação é o aproveitamento econômico ilícito, escancarado, é a reprodução fraudulenta da obra alheia, tal qual, sem preocupação de esconder a sua paternidade, cuidando apenas de dela retirar os proventos econômicos que de direito caberiam ao autor, o plágio é mais sutil: apresenta o trabalho como próprio, mediante o aproveitamento disfarçado, mascarado, diluído, oblíquo de frases, de ideias, personagens, situações, roteiros e demais elementos das criações alheias.¹⁸

Como visto, os dispositivos legais apresentados protegem a obra e trechos da obra, como também garantem ao autor um direito moral de ser referenciado quando sua obra ou parte desta for citada por outrem. Há, portanto, a liberdade de se citar trechos das obras sem a existência de contrafação, entretanto sempre será necessária a indicação da autoria.

A lei 9.610 que trata da proteção dos direitos autorais não apresenta uma definição precisa do que seja plágio. Tem cabido então à teoria e à jurisprudência descrever que tipo de reprodução deveria se enquadrar como plágio.

13 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 149.

14 BARBOSA, Denis. *Propriedade Intelectual*. Normas deontológicas relativas a textos de doutrina jurídica. Vedação do plágio, mediante ocultação de quem é o originador de ideias e expressões alheias. Janeiro de 2012, p. 45. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/plágio_autoral_e_academico.pdf. Acesso em: 17 out. 2014.

15 BARBOSA, Denis. *Propriedade Intelectual*. Normas deontológicas relativas a textos de doutrina jurídica. Vedação do plágio, mediante ocultação de quem é o originador de ideias e expressões alheias. Janeiro de 2012, p. 42. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/plágio_autoral_e_academico.pdf. Acesso em: 17 out. 2014.

16 O resultado de um trabalho acadêmico pode gerar uma vantagem econômica. Isso não se discute. Contudo, o propósito do trabalho é analisar os casos de plágio, a tentativa de dissimular a ideia de outrem como se fosse sua. Os efeitos econômicos, apesar de relevantes fogem do escopo do trabalho.x

17 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina Relator Desembargador. Alcides Aguiar, 01.12.1994 (AC 42.848, 4.ª Câmara. Civ.).

18 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Clarindo Favretto (TJRS, AC 593157340).

3. ELEMENTOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DA PRÁTICA DE PLÁGIO

Em relação à existência e a punição de plágio, em geral, exigem três elementos específicos: cópia sem indicação de autoria de obra ou de trechos da obra, certa quantidade, qualidade e frequência de trechos copiados, e a existência de uma norma prévia específica, que preveja o que é plágio e a sua punição no âmbito interno.

Cópia sem indicação de autoria de obra ou de trechos da obra

Há cópia indevida quando o autor utiliza trechos de outra obra como se fosse sua. Conforme a definição, plágio pode ser também a cópia de um trecho próprio, anterior, com a alteração do seu título (autoplágio), mas esta última definição não é consensual. Observa-se na prática que, para alguns alunos, a ausência de aspas tem sido tratada como a mero erro formal, tal como a falta de vírgulas ou formatação da bibliografia. Neste sentido, é necessário que no âmbito acadêmico, principalmente, o significado do plágio seja esclarecido e que não haja dúvidas sobre a gravidade e reprovabilidade da conduta.

Carlos Alberto Bittar define plágio como “a imitação servil ou fraudulenta de obra alheia”¹⁹. Esta poderia se configurar tanto na cópia integral da obra, como também a cópia de apenas alguns trechos.

A jurisprudência segue no mesmo sentido. O ministro Arnaldo Esteves Lima do Superior Tribunal de Justiça (STJ), julgando a ocorrência de plágio em uma obra, definiu a prática como: “tanto assinar como sua obra alheia, como também imitar o que outra pessoa produziu. O plágio pode dar-se de maneira total (copiar ou assinar como sua toda a obra de terceiro) ou parcial (copiar ou dar como seus apenas trechos da obra de outro autor).”²⁰

A ausência de um método distintivo para a indicação de um texto alheio é grave²¹. A distinção do texto pode ser realizada por aspas, negrito, parênteses, colchetes, recuo no texto, hífen, travessões²², desde que acompanhados da devida referência.

Conclui-se que no plágio busca-se enganar, iludir o leitor. A ausência de indicação da autoria do texto copiado induz o leitor a acreditar que aquele texto foi elaborado pelo plagiador.

Quantidade, qualidade e frequência de trechos copiados.

O ponto ainda não elucidado de maneira clara pela jurisprudência é se a quantidade de trechos plagiados influenciaria na sua aferição. Trata-se de uma análise subjetiva, que não precisa ser objetivada em norma institucional para que uma sanção seja aplicada. É impossível determinar previamente a quantidade de linhas, de palavras que caracterizam o plágio. Em geral, fala-se de ao menos um parágrafo onde haja claramente a ideia de atribuir-se a autoria. Em cada caso concreto, um responsável (indivíduo ou comissão) deve analisar subjetivamente, à luz da ética acadêmica, se houve ou não a cópia de informações de terceiros sem a devida indicação.

A análise qualitativa é mais importante do que a quantitativa, sobretudo porque a cópia de frases comuns, decisões judiciais, trechos de lei não caracterizam o plágio. O uso de programas de computador, como o Turnitin, é bastante útil para filtrar um volume grande de trabalhos. No entanto, revela-se pouco eficiente

19 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima. CC 101592 (2008/0269821-5 - 02/08/2010).

21 STOCO, RUI. *Tratado de Responsabilidade Civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 855.

22 Como bem recorda Rui Stocco: “Condena-se o plágio que consiste na consciente apresentação de textos elaborados por outrem, modificando-se ou não, como se fossem de sua autoria. Não se proíbe, é evidente, a professores e estudiosos de ministrarem aulas, utilizando-se de coleta de conhecimentos auferidos de livros e obras didáticas, com citações, menções, considerações, comentários. Tudo isso é salutar, porque trata-se de fundamentação embasadora dos ensinamentos proferidos, através de outras pesquisas realizadas. Mas, para isso, há as aspas, parênteses, colchetes, hífen e travessões ou até mesmo ‘negritos’. STOCO, RUI. *Tratado de Responsabilidade Civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 855. O mesmo entendimento foi observado na decisão proferida pela Magistrada Haidee Denis Grin em processo envolvendo plágio, em TJSC, Apelação Cível n. 2011.083086-1, da Capital, rel. Des. Saul Steil, j. 27-03-2012, Juiz Prolator Haidee Denise Grin, 2011.083086-1 (Acórdão).

para a identificação real do plágio.

A análise subjetiva deve estar prevista em norma institucional, de modo a possibilitar a efetividade de eventual sanção. Caso contrário, há chances de anulação por via judicial.

Na decisão a seguir, percebe-se que mesmo tendo configurado o plágio, o Ministro analisa a quantidade e a qualidade dos trechos citados.

Ora, são apenas sete trechos que motivam este longo feito, com quatro volumes e quatro apensos, contra uma obra em três volumes e 2365 páginas... Em diversas dessas citações o autor se repete, como no caso número 5 (fls. 664), Que é repetição da parte final do caso número [sic] (fls. 661). A Situação número 3, Por exemplo (fls.662), Consiste em apenas um parágrafo, com redação que qualquer profissional do direito pode fazer, com o mais alto respeito ao combativo autor. No Caso número 4 (fls. 667), Boa parte dele é citação de julgado do STJ e do autor sic] Fran Martins. No Caso número 6 (fls. 664/666) Foram citados os autores Sérgio Carlos Covello (que Já abrilhantou este Fórum a a Magistratura bandeirante), J.X. Carvalho De Mendonça E Orlando Gomes.²³

Nota-se que elementos como a natureza da citação, a frequência e a proporção do material plagiado frente à obra avaliada são critérios utilizados nessa decisão e podem servir de referência para a apreciação de alguns casos. Nessa situação, não se avalia a existência ou não de plágio, mas sua gravidade.

A frequência e o volume do uso do plágio indicam também a gravidade do ato. Extratos copiados de um mesmo texto com frequência é mais grave do que um frase pinçada em todo o texto copiado. O uso da cópia de vários textos relacionados ao tema também constitui uma prática grave, pois demonstra a pequena contribuição do autor no trabalho apresentado.

A qualidade do texto copiado é um item que pode se revelar relevante a depender do trabalho examinado. Seria interessante analisar quais elementos dos textos foram copiados: centrais a ideia, coadjuvantes ou frases cujo conteúdo é notório.

Em se tratando de plágio onde não há a cópia literal de outro texto, sua verificação exige uma avaliação aprofundada para se verificar se é o caso de uma derivação de um trabalho de referência ou a cópia de uma tese já defendida²⁴. É importante verificar se a obra de referência foi citada, com que frequência e em que contexto, de modo a refutar, a aprofundar a ideia defendida ou como uma conclusão do suposto plagiador. Nesse caso, essa avaliação deve ser bem mais severa em trabalhos do doutorado em que a originalidade é um dos requisitos para a tese.

É importante ressaltar que não se trata de avaliar apenas a existência do plágio. Uma vez a prática verificada, passa-se a examinar a gravidade do ato para que as medidas cabíveis sejam tomadas administrativamente pela Universidade. Como a conduta pode variar entre algo desprezível até o comprometimento de todo o trabalho, as sanções devem ser proporcionais à conduta. Em geral, variam entre uma advertência ao autor e seu desligamento do curso ou perda do título.

Existência de uma norma prévia específica.

A reprovação de um aluno em razão de plágio apenas pode ocorrer quando observados alguns procedimentos internos. Não é raro encontrar decisões em tribunais superiores nesse sentido, como no exemplo abaixo. O caso tratava do exame da prática de plágio em trabalho de final de curso para a efetivação de um cargo na polícia. Segundo o magistrado, mesmo que o plágio fosse comprovado, a norma interna que previa a possibilidade de reprovação em caso de plágio só foi editada após a apresentação do trabalho, o que invalidaria a sanção adotada administrativamente. Em outras palavras, o plágio por si só não justifica a sanção, há necessidade de uma norma anterior específica para qualificar a conduta internamente²⁵.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 198310 (2012/0134171-2 - 05/10/2012).

24 Stewart, Iain. Coincidence or Derivation? When Julius Stone Accused Hans Kelsen of Plagiarism (September 17, 2009). *Griffith Law Review*, v. 17, p. 203-222, 2008. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1475073>>. Acesso em: 17 out. 2014.

25 Entende-se que a punição quanto a prática de plágio em instituições acadêmicas dispensaria a existência de uma norma específica, pois a própria lei de propriedade intelectual já prevê a prática como delituosa. Contudo, a existência de uma norma interna

Inicialmente, registro que, ao contrário do argumentado pelos apelados, foi observado, na via extrajudicial e em ambos os procedimentos administrativos acima citados, os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois, como já exposto, foi oportunizado aos autores, nos dois processos administrativos, se manifestarem acerca dos fatos e dos atos que lhe foram imputados.

Todavia, também se constata que os autores estão sendo acusados de prática de ações fraudulentas, com base nos artigos 267 e 268, II, da Resolução n. 4.084, que, conforme informação do próprio recorrente, entrou em vigor no dia 11.05.2010, por atos praticados antes da vigência desse diploma legal, mais especificamente em 19.03.2010.

Ora, ainda que os autores tivessem plagiado o trabalho encontrado na internet - o que não se pode concluir ante a não realização de prova pericial sob o crivo do contraditório para atestar essa acusação, prova que, frise-se, era encargo do apelante (art. 333, II, CPC) -, não há dúvida que a conduta imputada aos requerentes não poderia ser enquadrada nos dispositivos citados, pois, repita-se, a prática do ato ocorreu no dia 19.03.2010, anteriormente à vigência da Resolução n. 4.084, de 11.05.2010.

Por certo, as normas supracitadas determinam a imposição de sanções aos praticantes de atos fraudulentos e, portanto, não podem retroagir para punir fatos praticados em momento anterior a sua edição, sob pena de se ferir o disposto nos incisos XXXIX e XL, do art. 5º, da CR.

Com efeito, querer obstar a formatura dos autores com base em critério novo e que não existia quando fora praticado o ato significa, na verdade, retroagir o alcance da nova regra para punir o candidato por fato praticado em momento anterior à sua vigência²⁶ (Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.10.116862-3/002 1168623-52.2010.8.13.0024 (1) Relator Desembargador Alberto Vilas Boas, 16/03/2012).

Além, da existência de uma norma interna anterior à sanção administrativa, deve-se também criar um sistema em que se permita ao autor do suposto plágio a oportunidade de defesa.

4. EXEMPLOS DO TRATAMENTO DO PLÁGIO EM NORMAS INSTITUCIONAIS

Krokosc²⁷ apresenta como algumas universidades conceituadas aborda o plágio em suas instituições.²⁸ O autor constata em todas as Universidades pesquisadas que o plágio é visto como uma prática desonesta e que há sanções quando esta é constatada. Ele ressalta também que as instituições devem ver o plágio não apenas como um problema do aluno, mas uma questão institucional, que merece o esforço coletivo para ser evitado. Trata-se de uma cultura de ética acadêmica a ser cultivada.

Nesse sentido, a elaboração de códigos de conduta tem-se revelado como uma solução eficaz, principalmente quando sua elaboração conta com a participação de uma pequena parte do alunado. Há instituições que implantaram Centros de Integridade Acadêmica, como é o caso do Rutland Institute for Ethics da Universidade de Clemson. O MIT dedica um espaço específico em sua página na internet para a integridade Acadêmica e disponibiliza ao aluno o “Manual de Integridade acadêmica”. A Universidade de Stanford divulga em página na internet exemplos de plágios e as sanções cabíveis a cada caso e também um conjunto de fontes sobre o tema para consulta dos interessados.²⁹

da própria Universidade torna pública as sanções em caso de plágio e auxilia na prevenção da prática. O plágio em instituições acadêmicas é inadmissível.

26 MINAS GERAIS. TJMG. Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.10.116862-3/002 1168623-52.2010.8.13.0024 (1) Relator Desembargador Alberto Vilas Boas, 16/03/2012.

27 Krokosc, Marcelo. Abordagem do plágio nas três melhores universidades de cada um dos cinco continentes e do Brasil. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 48, p. 745-818, set./dez. 2011.

28 Krokosc, Marcelo. Abordagem do plágio nas três melhores universidades de cada um dos cinco continentes e do Brasil. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 48, p. 745-818, set./dez. 2011.

29 Krokosc, Marcelo. Abordagem do plágio nas três melhores universidades de cada um dos cinco continentes e do Brasil. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 48, p. 754, 751-753, set./dez. 2011.

Na Universidade de Oxford lista-se também a compra de trabalhos como uma das formas de plágios. Na Biblioteca Central, as teses apenas são disponibilizadas mediante a assinatura de um termo de compromisso em que o estudante revela que tem conhecimento sobre a norma institucional sobre plágio e assume eventuais responsabilidades.

Percebe-se também nessas universidades estudadas que o plágio é tratado de maneira abrangente. O foco não está apenas nos alunos, mas também nos professores. Observa-se a existência de programas de conscientização dos discentes sobre a prática de plágio, treinamento de docentes para o tratamento do plágio, o uso de *softwares* que identificam a cópia de textos disponibilizados na internet e a divulgação das normas administrativas que se aplicam ao caso.³⁰

No Brasil, O CNPQ e FAPESP, instituições de fomento à pesquisa, editaram normas específicas para o tratamento de plágio nos projetos por elas financiados.³¹ A má conduta do pesquisador pode ocorrer em três situações: fabricação de dados, falsificação de dados e plágio. A FAPESP considera plágio “a utilização de ideias ou formulações verbais, orais ou escritas, de outrem sem dar-lhe por elas, expressa e claramente, o devido crédito, de modo a gerar razoavelmente a percepção de que sejam ideias ou formulações de autoria própria.”³² Tanto para o CNPQ como para a FAPESP, a ausência de referência em citação direta ou indireta constitui plágio e pode ser objeto de punição a depender da gravidade. No código da FAPESP, a gravidade poderá ser medida a partir 1) da evidência quanto a intenção de fraudar, 2) de quão grave tenha sido a negligência do pesquisador 3) dos desvios cometidos pelo pesquisador ao que se considera eticamente aceitável na comunidade científica e 4); e potencial deletério da má conduta em relação à fidedignidade dos pesquisadores e da ciência em geral³³.

Na diretriz numero 3, o CNPQ entende que mesmo “Quando se resume um texto alheio, o autor deve procurar reproduzir o significado exato das ideias ou fatos apresentados pelo autor original, que deve ser citado.” A diretriz ainda entende que o autoplágio deve ser evitado.

O código de boas práticas científicas elaborado pela FAPESP teve o cuidado de estabelecer as responsabilidades das instituições de pesquisa e não apenas do pesquisador. Dentre as obrigações, destaca-se a adoção de regras claras sobre a integridade ética da pesquisa. A depender da gravidade da conduta, a FAPESP estabelece dois tipos de medidas: corretiva e punitiva. Dentre as medidas corretivas, o Código oferece um rol não exaustivo, incluindo: “a exigência de correção dos registros e relatos das pesquisas relacionadas às más condutas; a notificação de pessoas ou instituições potencialmente afetadas pelas más condutas a respeito da declaração decisória emitida pela FAPESP a seu respeito³⁴”.

Dentre as medidas punitivas está prevista a repreensão, suspensão temporária de solicitação dos recursos da FAPESP e devolução dos recursos gastos com a pesquisa objeto da má conduta investigada.³⁵

30 Krokosz, Marcelo. Abordagem do plágio nas três melhores universidades de cada um dos cinco continentes e do Brasil. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 48, p. 751-752, set./dez. 2011.

31 FAPESP. *Código de boas práticas científicas*. Versão 16/10/2011. Disponível em: http://www.fapesp.br/boaspraticas/codigo_050911.pdf, CNPQ, Diretrizes básicas para integridade na atividade científica, disponível em: <http://www.cnpq.br/web/guest/diretrizes>

32 FAPESP. *Código de boas práticas científicas*. Versão 16/10/2011. Disponível em: http://www.fapesp.br/boaspraticas/codigo_050911.pdf, CNPQ, Diretrizes básicas para integridade na atividade científica, 2011, p.10. Disponível em: <http://www.cnpq.br/web/guest/diretrizes>

33 FUNDAÇÃO DE AMPARO A PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Código de boas práticas científicas*. Versão 16/10/2011. Disponível em: http://www.fapesp.br/boaspraticas/codigo_050911.pdf, CNPQ, Diretrizes básicas para integridade na atividade científica, 2011, p. 10. disponível em: <http://www.cnpq.br/web/guest/diretrizes>

34 FUNDAÇÃO DE AMPARO A PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Código de boas práticas científicas*. Versão 16/10/2011, Parágrafo 5.10.2 Disponível em: http://www.fapesp.br/boaspraticas/codigo_050911.pdf, CNPQ, Diretrizes básicas para integridade na atividade científica, 2011, p. 10. disponível em: <http://www.cnpq.br/web/guest/diretrizes>

35 FUNDAÇÃO DE AMPARO A PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Código de boas práticas científicas*. Versão 16/10/2011, Parágrafo 5.10.1 Disponível em: http://www.fapesp.br/boaspraticas/codigo_050911.pdf, CNPQ, Diretrizes básicas para integridade na atividade científica, 2011, p. 10. Disponível em: <http://www.cnpq.br/web/guest/diretrizes>. Acesso em: 17 out. 2014.

5. SUGESTÕES PARA POLÍTICAS INSTITUCIONAIS

Há universidades que solicitam aos os alunos que depositem os trabalhos acompanhados de uma declaração de autenticidade. O autor declara que o trabalho é original, que não contém textos copiados, paráfrases sem indicações de fonte ou citações indevidas.³⁶ Outras, preveem a perda do título outorgado, ainda que o plágio tenha sido identificado após a defesa do trabalho.³⁷

A prevenção e punição do plágio no espaço acadêmico devem fazer parte de uma campanha institucional pela ética acadêmica. Para tanto, deve-se fomentar medidas preventivas e se esclarecer as situações onde se configuraria plágio e suas possibilidades de punição.

Dentre as medidas preventivas, destacam-se:

1. Elaboração em conjunto com os representantes dos alunos de um código de integridade acadêmica;
2. Divulgação do código de conduta na página institucional e, quando possível, também de forma impressa;
3. Criação de uma comissão para análise de casos de suspeita de plágio, com o direito a ampla defesa pelo aluno. A existência da comissão protege o professor que constatou o plágio caso o aluno decida judicializar a questão.

Havendo a suspeita da prática de plágio

14. A aplicação do programa de computador (Turnitin ou outro) por si só não deve ser considerada como fundamento para reprovação caso este identifique a ocorrência de plágio. Faz-se necessário o exame do relatório do programa e aferição de que as partes do texto identificadas pelo programa se referem a frases e parágrafos que não são de autoria do autor do trabalho examinado. Caso o texto identificado não pertença de fato ao autor, sugere-se o tratamento a seguir:
15. Em se tratando de cópia de texto em que a frase ou parágrafo plagiado é acompanhado de citação indireta, ou seja, o autor do trabalho ao invés de fazer uma citação direta indicando que o texto citado pertence a outro autor, utiliza-se da citação indireta levando o leitor a entender que aquele texto pertence a ele e foi inspirado por outro autor. Sendo constatada essa prática, a comissão pode sugerir que o professor conceda um prazo para que o aluno corrija o erro. Caso, o professor aceite a correção, recomenda-se que o aluno seja aprovado no máximo com a menção mínima para aprovação.
16. Em se tratando de cópia de texto em que a frase ou parágrafo plagiado não é acompanhado de qualquer citação, recomenda-se, a depender da natureza, do volume de citações plagiadas e/ou a frequência da prática, a reprovação do trabalho sem a possibilidade de correção pelo aluno. Essa ponderação sobre o volume e a frequência deverá ser realizada pelo professor responsável pela disciplina.
17. Sendo constatado que o plágio se refere à cópia de dispositivos legais e de decisões e peças processuais recomenda-se a devolução do trabalho ao aluno para correção. Em se tratando de

36 É o caso da University Of Cape Town, exemplo trazido pelo autor Marcelo Keokosz já citado anteriormente, pág. 758

37 Krokosz, Marcelo. Abordagem do plágio nas três melhores universidades de cada um dos cinco continentes e do Brasil. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 48, p. 755, set./dez. 2011. O autor apresenta a tradução livre de dois artigos das Diretrizes para o Exame de obtenção dos Títulos de mestre e Doutor da Universidade de Toquio: “Artigo 6 - III – [...] Se houver plágio ou fraude na tese ou dissertação constatada por algum integrante da banca examinadora, o estudante perde o exame. Artigo 10 - Se, após a atribuição do título, a universidade descobrir plágio ou fraude na dissertação ou tese do aluno, [...] o aluno deverá devolver o certificado de graduação e abandonar a universidade.”

plágio sobre textos monográficos, relatórios, e outros tipos de obras, deve-se considerar tal prática gravíssima e caso não haja nem citação indireta, recomenda-se a reprovação do aluno ou perda do título.

6. CONCLUSÃO

A ética na condução e apresentação dos resultados da pesquisa constituem pilares da academia. A prática de plágio deve ser punida com rigor, pois coloca em risco a credibilidade da academia. Para que a punição atenda aos efeitos pretendidos, ou seja, a coibição da prática, é necessário que o entendimento acadêmico sobre o conceito de plágio esteja consoante ao conceito utilizado pelo judiciário.

Contudo, não basta a criação de normas punitivas, deve-se levar o tema para discussão com os alunos. Em uma época em que o acesso e a cópia de obras está cada vez mais fácil, deve-se também esclarecer e se ensinar sobre a importância da divulgação da autoria dos textos que serviram de fonte para a realização do trabalho acadêmico.

A existência de um espaço para o exame das práticas de plágio nas universidades torna o problema institucional e não apenas do professor. A elaboração conjunta entre discentes e docentes de um código de ética na pesquisa democratiza a discussão do tema, e torna todos os interessados responsáveis pela sua coibição. Enquanto a prática de plágio for tratada apenas como um problema para o professor, será difícil combatê-la.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Denis. *Propriedade Intelectual*. Normas deontológicas relativas a textos de doutrina jurídica. Vedação do plágio, mediante ocultação de quem é o originador de ideias e expressões alheias. Janeiro de 2012, p. 45. Disponível em: http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/plágio_autoral_e_academico.pdf. Acesso em: 17 out. 2014
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima. CC 101592 (2008/0269821-5 - 02/08/2010).
- CNPQ. *Diretrizes básicas para integridade na atividade científica*. 2011. p. 10. Disponível em: <<http://www.cnpq.br/web/guest/diretrizes>>. Acesso em: 17 out. 2014.
- FUNDAÇÃO DE AMPARO A PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Código de boas práticas científicas*. Versão 16/10/2011, Parágrafo 5.10.1 Disponível em: <http://www.fapesp.br/boaspraticas/codigo_050911.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.
- GODOY, Arnaldo Direito. *Literatura e propriedade intelectual*. Posner, a criptominésia e o plágio inconsciente. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/arnaldo/direito/DI10posnerplágio.htm;jsessionid=6F8D0C62D1DDEDA18B4128C232FF5DB9>>. Acesso em: 17 out. 2014.
- Krokosz, Marcelo. Abordagem do plágio nas três melhores universidades de cada um dos cinco continentes e do Brasil. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 48, set./dez. 2011.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ap Cível/Reex Necessário* 1.0024.10.116862-3/002 1168623-52.2010.8.13.0024 (1) Relator Desembargador Alberto Vilas Boas, 16/03/2012.
- POSNER, R. *The little book of plagiarism*. New York: Pantheon Books, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Desembargador Clarindo Favretto (TJRS, AC 593157340).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 2011.083086-1*, da Capital, rel. Des. Saul Steil, j. 27-03-2012, Juiz Prolator Haidee Denise Grin, 2011.083086-1 (Acórdão).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator Desembargador. Alcides Aguiar, 01.12.1994. (AC 42.848, 4.^a Câm. Civ.)

Sorkin, David E., Practicing Plagiarism. *Illinois Bar Journal*, v. 81, p. 487, 1993. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1100323>>. Acesso em: 17 out. 2014.

Stewart, Iain. Coincidence or Derivation? When Julius Stone Accused Hans Kelsen of Plagiarism (September 17, 2009). *Griffith Law Review*, v. 17, p. 203-222, 2008. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1475073>>. Acesso em: 17 out. 2014.

STOCO, RUI. *Tratado de Responsabilidade Civil*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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 equipe 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 (Equipe 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 adhoc.

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.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- 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.

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-ceub.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 Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

Ordenamiento ambiental del territorio y participación ciudadana en Argentina: aportes posibles desde el derecho

María Valeria Berros

Matéria ambiental nos tribunais da Austrália e nova Zelândia

Marcio Oliveira Portella

Conservação da biodiversidade e políticas públicas para as áreas protegidas no Brasil: desafios e tendências da origem da CDB às metas de Aichi

Ana Paula Leite Prates e Marta de Azevedo Irving

Dimensões linguísticas da desigualdade no Brasil: os diversos nomes legais de um mesmo fenômeno

Jefferson Carús Guedes

Economia, ética e tributação: dos fundamentos da desigualdade

Rafael Köche e Marciano Buffon

A repartição de rendas entre os entes da federação e sua repercussão na caracterização do federalismo brasileiro: uma investigação acerca do desenvolvimento do federalismo fiscal-financeiro no Brasil

Raquel Mousinho de Moura Fé

Uma avaliação do índice de inclusão financeira nos estados do nordeste brasileiro

Diego Araujo Reis e Osvaldo Sousa Ventura

Fatores determinantes do Índice de Desenvolvimento Humano dos Municípios do Estado de São Paulo

Leandro Campi Prearo, Maria Clara Maraccini e Maria do Carmo Romeiro

As políticas públicas de acesso e difusão da cultura no Brasil e o caso do Programa Nacional de Apoio à Cultura

Telma Rocha Lisowski

Moldando a “reserva do possível” no tempo: a sustentabilidade fiscal como direito difuso fundamental

Leonardo Romero Marino

O poder judiciário e a efetivação do direito à saúde

João Luis Nogueira Matias e Águeda Muniz

Educação superior no Brasil: oferta na OMC, uma reflexão desmistificada, com base em dados estatísticos

Marcel Vitor Guerra

A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras

André Viana Custódio e Rafael Bueno da Rosa Moreira

A polícia judiciária e o combate à criminalidade

Júlio Lopes Hott

Processo eleitoral e políticas públicas: influências recíprocas

Pablo Malheiros da Cunha Frota

Sociedades primitivas e direito contemporâneo: de que forma a justiça tribal pode nos ajudar a repensar a nossa justiça

Amanda Rodrigues e Tiago Themudo

Direito privado, justiça distributiva e o argumento da dupla distorção: uma revisão da literatura

Leandro Martins Zanitelli

Distorções no controle cadastral das entidades sindicais e contribuição sindical

Ricardo Bravo

Plágio em trabalhos acadêmicos: proposta de políticas institucionais de integridade

Maria Edelvacy Pinto Marinho e Marcelo Dias Varella