

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

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. 7	n. 1	p. 1-324	abr	2017
--	----------	------	------	----------	-----	------

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 é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. 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:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

CONSELHO EDITORIAL

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovi, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

EDITOR

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

EDITORA ADJUNTA

Priscila Pereira de Andrade, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

EQUIPE TÉCNICA

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

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. 7, n. 1 (abr. 2017) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Sumário

ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS..... 14

Rodrigo Monteiro da Silva

1. Introdução	14
2. Discrecionalidade administrativa e o controle judicial de políticas públicas.....	15
3. Ativismo Judicial	16
3.1. Dos posicionamentos favoráveis ao ativismo judicial	18
3.2. Dos posicionamentos contrários ao ativismo judicial	19
4. Da principiologia vinculada à concretização do direito fundamental à boa gestão pública	20
4.1. Princípio do interesse público e correlata subordinação das ações estatais ao princípio da dignidade humana.....	23
4.2. Princípio da proporcionalidade ou da simultânea vedação de excessos e omissões causadoras de danos juridicamente injustos.....	24
4.3. Princípio da intervenção estatal promotora do núcleo essencial dos direitos fundamentais	25
5. Considerações Finais	26
Referências bibliográficas.....	26

JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA NO CPC/2015 COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE ‘CONTROVÉRSIAS’ COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 29

Jefferson Carús Guedes

1. Introdução	29
2. A Administração Pública e a difícil equação diante da expansão dos conflitos e sua judicialização	29
2.1. As tentativas recentes de multiplicidade de alternativas à Jurisdição para Administração Pública.....	30
2.2. A possibilidade de concertação extrajudicial contratual, mediada ou arbitral: abertura do Sistema Multiportas para a Administração	31
2.3. O Poder Judiciário, acesso à Justiça e acesso justo à Jurisdição	32
3. Antecedentes assemelhados de homologação como ‘jurisdição voluntária’ as inovações do CPC/2015	33
3.1. Os antecedentes dos juizados especiais e da doutrina.....	33
3.2. A inovação homologatória e o conteúdo de ‘interesse público’ que admitam composição.....	34
4. Jurisdição Voluntária, sua nova função homologatória e conciliatória no CPC/2015 e a ‘nova’ cultura da sentença (homologatória).....	35
4.1. A inexistência de obstáculo ao exercício da jurisdição em matérias não contenciosas da Administração Pública	37

4.2. A inexistência de limitação de natureza e de valor e a preservação das competências de órgãos especiais	37
4.2.1. A inexistência de limitação de natureza material	37
4.2.2 A inexistência de limitação de valor.....	38
4.2.3 A preservação da competência dos Juizados Especiais Federais (JEF) e Juizados Especiais da Fazenda pública (JEFP)	38
5. Detalhamento procedimental do pedido de homologação judicial do acordo extrajudicial.....	39
5.1. Competência	39
5.1.1. A matéria trabalhista das empresas públicas na Justiça do Trabalho.....	39
5.1.2. A matéria eleitoral em geral na Justiça Eleitoral	40
5.2. A petição inicial do procedimento homologatório	40
5.3. Recebimento e eventual chamamento de interessados	40
5.3.1. Instrução complementar documental.....	41
5.3.2. A improvável, mas possível audiência de justificação	41
5.4. Ministério Público e seus limites de participação.....	41
5.4.1. Desnecessidade de participação obrigatória na homologação em juízo de acordo extrajudicial.....	42
5.4.2. A anterior legitimidade do Ministério Público para atuar como equivalente da Jurisdição Voluntária.....	42
5.5. A atividade judicial de controle de eventual uso da Justiça para fim vedado, violação de ordem e da igualdade dos administrados.....	42
6. Sentença homologatória, recursos e desconstituição.....	43
7. Cumprimento e execução do acordo homologado.....	43
7.1. Cumprimento voluntário e cumprimento a pedido do ‘credor’ da sentença homologatória.....	43
7.2. Tutela provisória da evidência e de urgência e medidas coercitivas para cumprimento	44
7.3. Inaplicabilidade execução judicial contra a Fazenda Pública.....	45
8. As Funções Essenciais à Justiça na Jurisdição Voluntária	45
8.1. A participação limitada do Ministério Público.....	45
8.2. A Participação ampliada e expressa da Defensoria Pública.....	45
8.3. A participação mantida da Advocacia Pública em representação à Fazenda Pública.....	46
9. Outros aspectos	46
9.1. Convergência com negócios processuais (art. 190 CPC/2015)	46
9.2. Conversão do procedimento em procedimento de mediação, conciliação ou arbitral.....	46
9.3. Conversão do procedimento especial de jurisdição voluntária em procedimento comum contencioso.	47
10. Observações finais sobre a racionalidade da expansão da jurisdição voluntária	47
Referências bibliográficas.....	47

A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FERRAMENTA DE ACESSO A JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO NO ESPAÇO LOCAL52

Daniela Arguilar Camargo

1. Introdução	53
2. Aspectos introdutórios sobre a mediação comunitária	54
3. A influência da sociedade no espaço local frente ao papel do mediador.....	57
4. A mediação comunitária como forma de acesso a justiça e desenvolvimento no espaço local.....	59
5. Considerações finais	61
Referências bibliográficas.....	62

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA ATUAÇÃO INTERNACIONAL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE65

Regina Claudia Laisner e Danilo Garnica Simini

1. Introdução	66
2. A atuação internacional de municípios: sentidos e práticas	67
3. Os obstáculos jurídicos às práticas.....	70
4. A perspectiva da constituição dirigente.....	72
5. Uma nova leitura da Constituição brasileira de 1988.....	73
6. O artigo 3º da Constituição Federal e os objetivos fundamentais do Estado brasileiro	75
7. A atuação internacional dos Municípios brasileiros sob a ótica do dirigismo constitucional	77
8. Considerações Finais	79
Referências bibliográficas.....	80

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DOS ANIMAIS: UMA VISÃO DE SAÚDE ÚNICA84

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Clarice Gomes Marotta

1. Introdução	85
2. Políticas públicas em prol dos animais	86
3. Saúde Única	91
4. O papel do judiciário na implementação de políticas públicas	92
5. Considerações Finais	95
Referências bibliográficas.....	96

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E O CONSEQUENTE DESEQUILÍBRIO DO ORÇAMENTO PÚBLICO99

Juvêncio Borges Silva e João Paulo Jucatelli

1. Introdução	100
2. Possíveis causas ensejadoras da judicialização	101

3. Ativismo Judicial	102
4. A saúde como objeto da judicialização e do ativismo judiciais	104
4.1 O Conflito Entre Princípios Constitucionais e sua Forma de Solução	107
4.2. O Mínimo Existencial e a Reservado Possível.....	109
5. O desarranjo orçamentário dos entes públicos frente às determinações judiciais de prestações assistenciais	111
6. Considerações Finais	112
Referências bibliográficas.....	113

A (RE) ARTICULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO NO BRASIL COM BASE NO PRINCÍPIO JURÍDICO DA SUBSIDIARIEDADE E DA DESCENTRALIZAÇÃO 117

Tamiris Alessandra Gervasoni e Marli Marlene Moraes da Costa

1. Introdução	118
2. Considerações iniciais sobre o princípio jurídico da subsidiariedade	118
3. Descentralização e a sua inter-relação com o princípio jurídico da subsidiariedade	122
4. A (re)articulação das políticas públicas de gênero no Brasil a partir do princípio da subsidiariedade e da descentralização	125
5. Conclusão.....	129
Referências bibliográficas.....	130

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, EDUCAÇÃO E DEMOCRACIA: O CASO “ESCOLA SEM PARTIDO” 134

Veyzon Campos Muniz

1. Introdução	135
2. Direito ao desenvolvimento e sua afirmação não retórica	135
3. Educação inclusiva, equitativa e de qualidade como componente do desenvolvimento sustentável.....	137
4. “Escola Sem Partido”: uma iniciativa normativa antidemocrática.....	138
5. Considerações finais	140
Referências bibliográficas.....	141

POLÍTICAS DE ACESSO ABERTO PARA TRABALHOS CIENTÍFICOS: INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS DE AUTOR 144

Eduardo Altomare Ariento

1. Introdução	145
2. Conceito e Características do Acesso Aberto	146
3. Direitos de autor, direito à educação e à cultura.....	148
4. Direitos morais e patrimoniais do autor.....	150

5. Políticas para Acesso Aberto	152
5.1 Universidade de Harvard.....	152
5.2. Universidade da Califórnia.....	154
5.3. Cenário Europeu e análise das políticas de Open Access das Universidades de Coimbra, Salamanca, Bolonha e Max Planck Society e agências de apoio financeiro à pesquisa	156
5.3.1. Universidade de Coimbra	157
5.3.2. Universidade de Salamanca (USAL)	157
5.3.3. Universidade de Bolonha	157
5.3.4. Max Planck Society	158
5.3.5. Universidade de Heidelberg	159
5.4. Políticas de Acesso Aberto no Brasil	160
5.4.1. Universidade de São Paulo	162
5.4.2. Universidade Federal do Paraná (UFPR)	162
6. Considerações finais	163
Referências bibliográficas.....	165

FINANCIAMENTO CULTURAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO 172

Frederico Augusto Barbosa da Silva

1. Introdução	172
2. O sistema federal de cultura (SFC) e as ideias	173
3. O SFC como ele é.....	175
4. O Mecenato Privado	179
4. Considerações Finais	188
Referência bibliográficas	191

NATURALEZA Y CONSTITUCIÓN..... 193

Livio Perra

1. Introducción.....	194
2. La voz de la cultura de los pueblos indígenas	194
3. La Constitución de la República del Ecuador, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y las leyes	196
4. El rol de las instituciones.....	197
5. Los daños a la naturaleza.....	198
6. La evolución en la jurisprudencia en Ecuador	199
7. La evolución en la jurisprudencia en Bolivia.....	200
8. La inspiración posible de la solución andina	202
9. Conclusiones:observaciones críticas de la solución andina.....	203
Referencias bibliograficas.....	204

REGULAÇÃO AMBIENTAL DA ATIVIDADE MINERÁRIA: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DE COMPLIANCE208

Lorena Machado Rogedo Bastianetto e Magno Federici Gomes

1. Introdução	209
2. O sistema regulatório brasileiro aplicado à mineração: concepções contemporâneas	210
2.1. Sob o ponto de vista do estado	212
2.2. Sob o ponto de vista dos atores sociais	214
3. A construção processual para a fiscalidade democrática: análise de compliance minerário	215
4. Considerações Finais	217
Referências bibliográficas.....	218

O NEODESENVOLVIMENTISMO E A QUESTÃO AMBIENTAL: O PAPEL DA HIDROELETRICIDADE NO SISTEMA ENERGÉTICO BRASILEIRO..... 221

Andreza Aparecida Franco Câmara

1. Introdução	222
2. O novo milênio e o papel do Estado: repensando o desenvolvimento.....	224
2.1. O desenvolvimento na era do meio ambiente: Para além do crescimento econômico.....	227
2.2. O desenvolvimento regional: as “catedrais no deserto”.....	230
2.3. Perspectivas do desenvolvimento local sustentável e integrado.....	232
3. As consequências do desenvolvimento na matriz hidráulica brasileira	233
4. Pensando preventivamente sobre os impactos sociais da construção de uma barragem hidrelétrica	236
4.1. O drama e as perdas provocados pelos deslocamentos compulsórios dos atingidos por barragens hidrelétricas.....	236
4.2. Ondas migratórias e a formação boom town no entorno das obras dos grandes projetos hidrelétricos	238
4.3. Perda do controle das águas: a inviabilização da agricultura de vazante e da pesca tradicional com a implantação de barragens.....	238
4.4. A perda do patrimônio cultural e da identidade coletiva	239
5. Considerações Finais	241
Referências bibliográficas.....	242

O COMPARTILHAMENTO DE DADOS E INFORMAÇÕES PESSOAIS DE CONSUMIDORES: O ABUSO DOS FORNECEDORES E AS PROPOSTAS APRESENTADAS NO PLS 181/2014.....247

Héctor Valverde Santana e Rafael Souza Viana

1. Introdução	248
1. A realidade do mercado de consumo e o armazenamento de dados e informações dos consumidores.....	248
2. Breves noções de direito do consumidor no Brasil	249

3. Os direitos da personalidade	250
4. Os bancos de dados	253
5. O material armazenado e a funcionalidade dos bancos de dados e cadastros de consumo	254
6. O abuso dos fornecedores ao comercializar informações e dados de seus clientes e o anteprojeto de lei de proteção dos dados pessoais	255
6.1. O direito à privacidade	256
6.2. O comércio de cadastros e bancos de dados de consumo	257
6.3. Pontos mais relevantes do PLS 181/14.....	259
7. Considerações finais	261
Referências bibliográficas.....	262

UTILIZAÇÃO DA COMPUTAÇÃO EM NUVEM NO PODER LEGISLATIVO: PERCEPÇÕES DOS GESTORES E ENTRAVES AO USO.....265

Igor Vinicius de Lucena Diniz, Lucas dos Santos Costa e Marcos Fernando M. Medeiros

1. Introdução	266
2. Referencial teórico	267
2.1. Conceitos de computação em nuvem (cn)	267
2.2. Vantagens e desvantagens	268
2.3. Políticas públicas sobre o uso da cn	270
3. Metodologia	272
4. Resultados e discussões do trabalho	273
4.1. Categoria capacitação.....	273
4.2. Categoria implantação	275
4.3. Categoria infraestrutura.....	275
4.4. Categoria modelo	276
4.5. Categoria organizacional	277
4.6. Categoria políticas	278
4.7. Categoria recursos	281
5. Considerações finais	282
6. Recomendações	283
Referências bibliográficas.....	283

O PROCESSO PENAL E A ENGENHARIA DE CONTROLE DA POLÍTICA CRIMINAL287

Antonio Henrique Graciano Suxberger e José Wilson Ferreira Lima

1. Introdução	288
2. Prioridade de Tramitação: art. 394-A do CPP	289
3. O eficientismo persecutório e os falsos sentidos.....	290

4. Concordância Pragmática entre Fins e Meios	291
5. Aspectos Gerais da Investigação Criminal	293
6. Normas Processuais e Efetividade da Resposta Penal	294
7. Análise Contextualizada da Prioridade de Tramitação de Processos	296
8. Proposta de Eficientismo Processual Penal	298
Referências bibliográficas.....	301

GESTÃO DE PRESÍDIOS POR PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: UMA ANÁLISE DAS ATIVIDADES PASSÍVEIS DE DELEGAÇÃO **305**

Fernando Borges Mânica e Rafaella Brustolin

1. Introdução	306
2. Noções Gerais das Parcerias Público-Privadas	306
3. Modalidades de parcerias público-privadas	308
4. Noções gerais de Execução Penal e requisitos básicos dos estabelecimentos prisionais.....	310
5. Atividades que compõem a execução penal passíveis de delegação à particulares	313
6. Considerações finais	317
Referências bibliográficas.....	318

NORMAS EDITORIAIS..... **321**

Envio dos trabalhos:..... 323

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Ativismo judicial e controle de
políticas públicas**
Judicial activism and public
policy control

Rodrigo Monteiro da Silva

Ativismo judicial e controle de políticas públicas*

Judicial activism and public policy control

Rodrigo Monteiro da Silva**

RESUMO

O presente artigo tem a intenção de examinar, teoricamente, sem maiores aprofundamentos em casos concretos, o dinamismo do chamado “ativismo judicial”, de modo que ao magistrado seja possível interpretar as normas constitucionais, com foco a ampliar seu sentido ou alcance, com a finalidade de possibilitar a intervenção do Poder Judiciário, visando conferir efetividade ao direito fundamental à boa gestão pública.

Palavras chave: Ativismo judicial. Políticas públicas. Direito fundamental.

ABSTRACT

This paper intends to examine the dynamics of so-called “judicial activism”, so that the magistrate is possible to interpret the constitutional provisions, in order to expand its meaning or scope, in order to allow the intervention of the Judiciary, in order to give effectiveness to the fundamental right to good governance. The aim is to also highlight the role that public prosecutors have as a driver institution the effective materialization of various public policies.

Keywords: Judicial activism. Public policies. Fundamental right.

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de controle das mais diversas políticas públicas pelo Poder Judiciário é tema recorrente em nossa doutrina.

Em razão do crescente déficit de dignidade¹ verificado na sociedade contemporânea, é preciso reconhecer o papel proeminente, assumido paulatinamente pelo Poder Judiciário como destinatário comum das decepções sociais levadas cada vez mais aos tribunais, principalmente quando está em pauta a discussão sobre os direitos fundamentais em seu núcleo essencial.

O Estado democrático de direito reclama uma sociedade justa, permeada por instituições firmes e eficientes, de modo a atender aos anseios básicos de seu povo.

1 Usa-se o termo “déficit de dignidade” para referir-se à ausência do Estado na materialização das mais diversas prestações públicas aptas a garantir a todo cidadão uma vida digna.

* Recebido em 13/09/2016
Aprovado em 06/02/2017

** Mestrando em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Membro do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”; Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (RJ); Promotor de Justiça (MP-ES). Email: rodrigomonteiro.es@gmail.com

Quando nos deparamos com situações em que o núcleo essencial dos direitos fundamentais encontra-se em risco, cabe ao Poder Judiciário intervir para buscar a materialização daquilo que, convencionalmente, passou a ser denominado “mínimo existencial”.

Não há a intenção de se pregar a existência de um governo de juízes, mas, sim, delinear com clareza as formas e momentos em que o Poder Judiciário, com a ativa participação do Ministério Público, deve agir para compelir, democraticamente, o Poder Executivo a respeitar a vontade política do Constituinte Originário.

No mesmo sentido, importante destacar que a atuação ativa dos magistrados em nada viola a regra constitucional estampada junto ao artigo 2º, da Carta Cidadã, inerente ao princípio da separação dos poderes.

Ressalte-se que o presente trabalho aponta algumas considerações acerca da possibilidade de o Poder Judiciário retificar a conduta administrativa sempre que presente alguma transgressão a direito prestacional de caráter fundamental.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Segundo conceito trazido por Celso Antônio Bandeira de Mello², discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

A discricionariedade denota o dever do administrador público de se buscar a melhor solução para um problema posto.

É preciso, mais uma vez, lançar mão dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello³ que assevera:

[...] a discricção é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. [...] quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.

Claudio Tenório Figueiredo de Aguiar⁴ com acerto defende que, apesar da legitimidade democrática dos Poderes Executivo e Legislativo, que são, originariamente, vocacionados para a definição das políticas públicas, por conta do déficit de dignidade popular verificado em países periféricos como o nosso, é preciso reconhecer o papel proeminente, assumido, paulatinamente, pelo Poder Judiciário como destinatário comum das decepções sociais levadas cada vez mais aos tribunais, principalmente quando está em pauta a discussão sobre os direitos fundamentais em seu núcleo essencial.

Há que se reconhecer, portanto, uma constante judicialização da política, fenômeno decorrente do papel central que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passaram a ocupar no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, importante lembrar que, em razão do caráter normativo da Constituição, formada por normas jurídicas abstratas de forte tendência política e que se abrem às interpretações carreadas, acaba por

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op.cit.*, p. 32.

4 AGUIAR, Claudio Tenório Figueiredo. *Ministério Público e políticas públicas*. Coordenadora: Patrícia Villela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 03.

viabilizar entendimentos diversos sobre assuntos complexos, exigindo a intervenção pacificadora do Poder Judiciário.

A atuação do Poder Judiciário nesse contexto estará vinculada à omissão quanto à oferta daquilo vinculado ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, não sendo viável a referência à Separação dos Poderes como fator impeditivo de enfrentamento do mérito da causa por meio da adoção de uma visão procedimentalista da Constituição. Tampouco se poderá admitir a justificativa da falta de legitimidade democrática do referido Poder na medida em que atua exatamente como contraponto em defesa das minorias⁵.

Descabida a ideia de que o juiz, ao assumir a posição do agente eleito, violaria o princípio democrático e pondo em risco o equilíbrio da tripartição dos poderes.

De se destacar as reiteradas motivações trazidas pelo Poder Executivo no sentido de justificar determinadas omissões relevantes no tocante à implementação de políticas públicas, apontando a limitação orçamentária e a existência de recursos finitos como causa para a inércia.

Não se nega que a escassez de recursos, sempre incapazes de dar conta de todas as necessidades da população, seja uma realidade presente, conduzindo o Estado às escolhas trágicas sob o manto da reserva do possível, porém, no que toca à essência dos direitos fundamentais, essa justificativa não seduz, sendo certo que uma parte significativa desses recursos públicos se esvai pelo caminho da corrupção, sonegação fiscal e, sobretudo, má gestão administrativa, o que exige mecanismos eficazes do controle do sangramento⁶ dessas verbas por aqueles que resolveram assumir posição de destaque na política nacional.

Não só por esse motivo, José Marinho Paulo Junior⁷ salienta que as políticas públicas são sindicáveis pelo Poder Judiciário. Havendo transgressão frontal ao direito prestacional, cabe, sim, ao Poder Judiciário a função de retificar a conduta administrativa, se revestida de ilegalidade ou inconstitucionalidade, mesmo quando escorada em “discrecionabilidade”.

O mesmo autor⁸ salienta que ninguém deseja um governo de juízes, mas sim definir, claramente, os espaços constitucionais em que o Poder Judiciário deve agir para compelir democraticamente o Executivo a respeitar a vontade política do Constituinte Originário.

3. ATIVISMO JUDICIAL

O assunto ativismo judicial é seguramente um daqueles que tem proporcionado debates no direito brasileiro. Enquanto muitos acastelam que o magistrado seja ativo, outros rechaçam essa possibilidade.

Ao analisar o contexto em que o debate é inserido, mostra-se perceptível que o fenômeno do ativismo judicial está, fundamentalmente, conectado à crescente judicialização dos conflitos e a ampliação da participação dos juízes na realização de políticas públicas. Mas, então, o que expressa o termo ativismo judicial e qual a sua origem?

Para Luís Roberto Barroso⁹, o ativismo judicial é um estilo, uma escolha do Juiz na maneira de interpretar as normas constitucionais, de modo a ampliar seu sentido ou alcance, em regra está diretamente ligado a uma contração do Poder Legislativo; o autor escreve que o ativismo judicial está associado à ideia de uma

5 *Idem*, p. 09.

6 AGUIAR, Claudio Tenório Figueiredo. *Ministério Público e políticas públicas*. Coordenadora: Patrícia Villela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 10.

7 PAULO JUNIOR, José Marinho. *Ministério Público e políticas públicas*. Coordenadora: Patrícia Villela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 140.

8 *Idem*, p. 141.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

participação maior do Poder Judiciário na materialização de direitos, mas, principalmente, na aplicação direta da Constituição Federal em casos não expressamente contemplados em seu texto, sem que para tanto haja a manifestação do Poder Legislativo. Além disso, a postura ativista, também, está ligada à obrigação do Poder Pública de praticar ou se abster de praticar determinadas condutas.

Luiz Flávio Gomes¹⁰ assevera que há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição para garantir direitos fundamentais.

Ultrapassado o aspecto conceitual é necessário registrar que o ativismo judicial não é peculiar ao Poder Judiciário do Brasil. O Judiciário ou Cortes de outros países vêm atuando ou já atuaram em situações de implementação de políticas públicas.

No Brasil o fenômeno ativismo judicial deriva de um novo padrão constitucional adotado pela Carta Magna de 1988, que abraçou uma nova ordem constitucional, em que foi instituído um Estado Democrático de Direito, baseado nos direitos e garantias fundamentais em substituição a um Estado autoritário, em que os direitos e garantias fundamentais se subordinavam ao Estado.

Não é desnecessário afirmar que um dos principais órgãos do Poder Judiciário “ativista” é o Supremo Tribunal Federal, que dispõe de ferramentas constitucionalmente previstas para tomada de suas decisões.

O assunto é polêmico tanto na doutrina quanto na jurisprudência, entretanto, antes de trazer tal celeuma, é deveras fazer uma distinção entre ativismo judicial e judicialização. Para Luiz Flávio Gomes¹¹, quando há interpretação da constituição para garantir um direito, há judicialização, o ativismo ocorre quando o magistrado inova o ordenamento jurídico pátrio.

A judicialização é um fato que deriva do modelo constitucional que se adotou. Se, de uma norma, é possível deduzir uma pretensão, deve o magistrado conhecer da matéria, decidindo-a. O ativismo judicial é uma atitude, é uma forma escolhida pelo Juiz de interpretar as normas constitucionais que acontecem quando há uma não atuação do Poder Legislativo, ou seja, quando há um impedimento em que as demandas sociais não são atendidas de modo efetivo.

O ativismo judicial está associado à ideia de uma participação intensa do magistrado para concretizar direitos e garantias fundamentais.

Lenio Streck¹², ao tratar do assunto, afirma que:

Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.

É preciso destacar que o ativismo do Poder Judiciário decorre, principalmente, de uma delegação por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, seja porque tais Poderes se mostram ineficazes no desenvolvimento de políticas públicas, seja porque a questão é polêmica e não querem os políticos resolver o problema e ficar com uma imagem negativa frente aos eleitores.

Tanto o ativismo judicial quanto a judicialização constituem fato inelutável. O Poder Judiciário, quando

10 GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

11 GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

12 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 15.

provocado, não possui alternativa a não ser se pronunciar sobre a questão. Entretanto, a maneira como exercer tal competência é o que determinará ou não a existência do ativismo judicial. A judicialização, sempre, vai existir, uma vez que ao Poder Judiciário não é dada a faculdade de se omitir quando provocado; já o ativismo judicial é uma faculdade, uma atitude do magistrado.

João Maurício Adeodato¹³, ao escrever sobre o assunto, esclarece que:

No Brasil o problema a que a autora se refere aparece muito mais claramente, sobretudo diante de um poder legislativo inoperante e de uma legislação inadequada sobre os processos de escolha política. Daí que juízes singulares, e não apenas tribunais superiores, criam literalmente comandos gerais, que só o purismo da técnica dogmática impede de chamar de “leis”, dado seu caráter genérico *erga omnes*.

Decerto é que essa atuação proativa dos nossos Tribunais tem levantado grandes discussões na doutrina e jurisprudência.

3.1. Dos posicionamentos favoráveis ao ativismo judicial

Em uma posição contrária, estão aqueles que advogam pela atuação proativa dos magistrados brasileiros.

O Poder Judiciário possui legitimidade para inovar a legislação brasileira, o principal fundamento estaria na Constituição Federal, que confere tal prerrogativa ao Supremo Tribunal Federal, principalmente se essa atuação for para defesa de direitos fundamentais.

O ativismo judicial é um instrumento a ser utilizado em prol da democracia brasileira. O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, logo, a atuação proativa do magistrado seria importante para ampliar e concretizar a aplicação do direito, trazendo justiça para o caso concreto.

É cediço que, para uma verdadeira aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, principalmente quando se trata de políticas públicas, torna-se de extrema necessidade a participação do Poder Judiciário.

No Judiciário brasileiro, é perceptível, principalmente, no Supremo Tribunal Federal, uma jurisprudência mais proativa.

A fim de ilustrar a tese, é possível citar vários casos de aplicação direta da Constituição a situações não contempladas em seu texto e sem prévia manifestação do Poder Legislativo¹⁴. A fidelidade partidária é um desses. O Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso é do partido político, aplicando como fundamentação o princípio democrático¹⁵. Outra situação é a vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Judiciário, previsto na Súmula Vinculante nº. 13, fundamentada, principalmente, nos princípios da impessoalidade e da moralidade¹⁶.

Aliás, as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, com previsão no artigo 103-A da Carta Magna, têm se mostrado um importante instrumento do ativismo judicial, uma vez que após reiteradas decisões sobre determinada matéria, o STF de ofício poderá editar as referidas súmulas que terão aplicação imediata em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

13 ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 243.

14 A título exemplificativo podem ser citadas, dentre tantas, a ADI 4277 e ADPF 132, vinculadas ao reconhecimento da possibilidade de fixação de união estável entre pessoas do mesmo sexo (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>), bem como, ADI 4983, afeta à inconstitucionalidade da Lei cearense n.º 15.299/2013, que regulamentou a vaquejada como prática esportiva (disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>).

15 ADI 5081, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424>>. Acesso em 16 dez. 2016.

16 BRASIL. Supremo Tribunal federal. *Aplicação das Súmulas no STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuusuario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

A polêmica é intensa, entretanto, pode ser intensificada quando se fala na categoria de ativismo judicial quando da imposição de condutas ou de abstenção ao Poder Pública, em matéria de políticas públicas.

Cotidianamente, o Poder Judiciário, em especial as Justiças Estadual e Federal de todo país, uma vez que o STF ainda não apreciou tal matéria em caráter definitivo, tem decidido condenando a União, Estado e Município a custear medicamentos e serviços médicos, até mesmo não previstos na lista e protocolo do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais.

O Poder Judiciário, mediante provocação, intervém nas hipóteses em que há violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais aptos à manutenção da dignidade humana e aos direitos da liberdade irredutíveis, que compõem a Teoria do Mínimo Existencial, teoria tal, segundo NABAIS¹⁷, indispensável à “intangibilidade fiscal de um mínimo de meios ou recursos materiais indispensáveis à salvaguarda dessa dignidade”.

Ressalta-se que, havendo a necessidade de ponderação de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, uma fixação de prioridades do Estado, especialmente não se tratando de direitos ligados ao mínimo existencial, deve ser preservada a separação de poderes, reconhecendo a competência da Administração Pública na realização dos referidos juízos.

Aqui, deve-se trazer à baila que a intervenção do Poder Judiciário deve-se pautar no controle jurídico da razoabilidade do ato do poder público. Ou seja, é possível concretizar, por meio da intervenção judicial, o núcleo básico de direitos, por meio de coercitividade, mas com justa medida para alcançar os fins pretendidos.

É forçoso concluir a existência de uma nova conceituação para os direitos e deveres tratados na Constituição de 1988. Existe uma intensa demanda advinda da sociedade para tutela destes direitos. Assim, a legitimidade da atuação “protagonista” do Poder Judiciário decorre da própria vontade da Constituição.

Por fim, mas sem encerrar o debate, mostra-se essencial citar o posicionamento de Luis Roberto Barroso¹⁸:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

3.2. Dos posicionamentos contrários ao ativismo judicial

A primeira crítica à atitude ativista dos magistrados reside na análise de legitimidade. O Poder Judiciário não teria legitimidade democrática, para se levantar contra os atos dos Poderes instituídos pelo povo. Os membros da magistratura brasileira não foram eleitos por voto do povo, logo como poderia alterar ou criar legislação elaborada justamente por aqueles que foram eleitos pela vontade popular.

Entretanto, não é possível esquecer que alguns magistrados, para buscar justiça, passam a descuidar de seus deveres de fundamentar, razoavelmente, os seus julgados e proferem decisões sob as vestes do politicamente correto, mas travestido de uma retórica inflamada. Com essa prática, o magistrado pode fazer tudo o que quiser o que pode trazer danos irreversíveis a valores conquistados pelo Estado Democrático de Direito.

Esse decisionismo do magistrado pode ser danoso à democracia, uma vez que juízes não eleitos pela vontade popular, em regra, estão passando por cima de criações do legislador, o que influencia na separação dos poderes, princípio basilar esculpido na Carta Magna. Além disso, essa atuação atentaria, diretamente,

17 NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 562.

18 BARROSO, Luís Roberto. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

contra o princípio da segurança jurídica, uma vez que o direito ficaria preso ao temperamento peculiar do magistrado.

Quando o Juiz, em uma atuação proativa, inova o ordenamento jurídico, estaria interferindo na função do Poder Legislativo.

Nesse contexto, Lenio Streck¹⁹ afirma:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. [...] Tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um super poder.

De igual modo, João Maurício Adeodato²⁰ assevera que:

A doutrina tem procurado não apenas explicar essa evolução do direito positivo, mas também, em sua importante função pragmática, controlar o poder criador do juiz e evitar decisionismos. Isso não apenas nos casos de antinomias e lacunas, nos quais falha claramente a concepção silogística, mas também no dia a dia do direito.

É de bom alvitre acrescentar que a aplicação do ativismo traduz uma ineficiência administrativa na resolução da demanda, além, é claro, de representar uma crise de legitimidade democrática: cada vez mais demandas que antes poderiam se resolver no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo, com legitimidade investida para tal, acaba exaurindo-se no âmbito do Judiciário.

Por fim, ressalta-se que o ativismo dos magistrados tende a gerar uma exclusividade do Poder Judiciário e um enfraquecimento dos demais poderes.

4. DA PRINCIPIOLOGIA VINCULADA À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA GESTÃO PÚBLICA

O reconhecimento do sistema jurídico como incompleto, dinâmico e aberto proporciona sua visualização por meio de valores, princípios e regras. Enquanto as últimas correspondem, geralmente, ao ideário da segurança jurídica, os princípios, por clara flexibilização, conforme lição de Fernando Rodrigues Martins²¹, atuam no campo da justiça, ao passo que os valores têm a especial magnitude de construção do sistema jurídico, especialmente, por meio da cultura e experiência.

Nesse contexto, segundo apresentado por Robert Alexy²², há a necessidade de se buscar uma distinção teórico-normativa entre regras e princípios. Segundo o autor, regras são comandos definitivos, aplicadas por meio da subsunção, ao passo que os princípios, noutro vetor, são comandos de otimização, cabendo, nesse caso, em situações de colisão de princípios diversos, lançar mão da ponderação para que chegar a um equilíbrio.

19 STRECK, Lenio Luiz. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em 06 jun. 2014.

20 ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 245.

21 MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 223.

22 ALEXEY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 05.

Os princípios, vistos isoladamente, não representam o todo da Administração Pública, sendo certo que se faz necessária uma análise sistemática de todos esses fundamentos para se buscar uma interpretação adequada do que se entende por Poder Público.

Os princípios norteadores não existem “para” a Administração. Há, aqui, uma via de mão dupla: os princípios têm a função de fazer valer a necessária superioridade da Administração, em prol da busca incessante pelo bem como, além de, principalmente, servirem de proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, os princípios apresentam-se como um guia ou um caminho para se buscar, sempre, o dever de máxima eficiência na prestação das atividades do Estado, conforme aponta Walber de Moura Agra²³:

A res publica expressa que as decisões políticas devem ser tomadas em benefício da população, e que os mandatários e os gestores públicos têm a obrigação de exercer suas funções de forma a considerar o bem público como algo sacro, densificando a eficiência dos órgãos estatais no atendimento das demandas coletivas.

Na lição de Luís Roberto Barroso²⁴, a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos stigmas dos séculos que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, de exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Ao versar sobre a principiologia voltada à materialização do direito fundamental à boa Administração Pública, resta impossível não enfrentar o postulado da moralidade, o qual representa termo de difícil conceituação, tanto no campo do direito quanto no da teoria política.

Maria Gorete Dal Bosco²⁵ destaca que mencionado princípio representa o que a doutrina costuma chamar de *termos genéricos*, ou *conceitos expressados por termos genéricos*, que aparecem nos textos legais não acompanhados do significado que o legislador quis emprestar a tais palavras.

Ao pensar em moralidade, deve-se fazer uma opção por uma “moral da responsabilidade”, como defende Maria Gorete Dal Bosco²⁶, impondo-se aos cidadãos e, sobretudo, ao gestor público, a tarefa de levar a sério a construção da realidade social, diante da constatação de que o fortalecimento da democracia é um dever moral de todos quantos vivem em um país democrático.

Mais do que nunca, aplica-se a máxima de que governos morais são os que perseguem finalidades coincidentes com as aspirações dos governados, as quais, reiteradamente, cada vez mais se confundem com a honestidade no trato das questões públicas — o que quer dizer, claramente, inexistência de corrupção. Tais aspirações voltam-se, também, à busca da otimização de recursos e estruturas públicas, o que repercute na qualidade e eficiência administrativa.

Gustavo Binjenbojm²⁷ destaca que os princípios jurídicos encerram *mandados de otimização*, no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

De igual modo, destaca-se, mais uma vez, a contribuição de Robert Alexy²⁸ quanto à necessidade de visualização dos princípios como elementos de concretização social das normas expedidas, de modo a se

23 AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 61.

24 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 252.

25 DAL BOSCO, Maria Gorete. *Discrecionariade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 99.

26 *Idem*, p. 100.

27 BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 30.

28 ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 13-14.

buscar uma conformidade entre o ordenamento (de caráter objetivo) e sua eficácia social. Em suma, os princípios apresentam-se como mecanismos de superação entre o hiato que separa a norma jurídica de sua real efetividade.

Um governo que preza pela moralidade e respeito aos demais fundamentos norteadores da Administração Pública, zelando pelos direitos fundamentais do cidadão, tem a seu favor a garantia de não sofrer qualquer tentativa de intervenção por parte do Poder Judiciário.

Ainda no campo da principiologia voltada ao controle dos atos administrativos, de grande relevância destacar a abordagem sistemática tecida por Juarez Freitas²⁹, o qual cita diversos princípios fundamentais que regem as relações de administração no Brasil, a saber:

- (1) princípio do interesse público e correlata subordinação das ações estatais ao princípio da dignidade humana;
- (2) princípio da proporcionalidade ou da simultânea vedação de excessos e omissões causadoras de danos juridicamente injustos;
- (3) princípio da legalidade temperada ou nuançada;
- (4) princípio da imparcialidade (ou da impessoalidade), derivado do princípio geral da igualdade, que veda discriminações negativas e determina discriminações inversas ou positivas;
- (5) princípio da moralidade pública e o subprincípio da probidade administrativa;
- (6) princípio da publicidade ou da máxima transparência;
- (7) princípio da confiança legítima ou da boa-fé recíproca;
- (8) princípio da motivação;
- (9) princípio da ampla sindicabilidade e o princípio da participação;
- (10) princípio da unicidade da jurisdição e consequente não-cerceamento do acesso ao Poder Judiciário em casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos do cidadão ou da Administração Pública;
- (11) princípios da eficiência, da eficácia e da economicidade;
- (12) princípio da legitimidade;
- (13) princípio da responsabilidade objetiva da Administração Pública;
- (14) princípio da precaução e da prevenção, válidos não apenas na esfera ambiental;
- (15) princípio da intervenção essencial que determina o dever de o Estado promover, de imediato, a tutela do núcleo dos direitos fundamentais, assim como de adotar atuação preferencialmente subsidiária e incentivadora da emancipação crescente da cidadania.

Em pleno século XXI, não mais se pode admitir que o trato da coisa pública seja assunto de desinteresse da coletividade. Cada cidadão, individualmente ou reunido em grupos, mediante provocação do Poder Judiciário, deve exigir integridade na gestão pública, com a consequente materialização dos direitos fundamentais, os quais, “vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas e atividades³⁰”.

A preocupação com o direito fundamental à boa gestão pública não é tema vinculado apenas ao direito brasileiro. Destaca-se que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice)³¹, proclamada em dezembro de 2000, em seu artigo 41, expressamente, trouxe a menção ao direito fundamental a uma boa administração pública, como se vê:

ARTIGO 41.º

Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;
 - b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
 - c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respetivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns

29 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 53.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2005. p. 365.

31 CARTA dos direitos fundamentais da União Europeia Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 24 set. 2016.

às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Ao analisar o direito fundamental a uma boa administração pública previsto na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Jónatas Machado³² aponta:

Pretende-se criar uma administração bem dirigida, com capacidade de prestação, funcionalmente ordenada e adequada, estruturada com base nos direitos fundamentais e nos princípios estruturantes do direito da União Europeia, como a democracia e o Estado de direito.

A Constituição de 1988, muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consagrou um direito fundamental à boa administração, de modo que esse está, principalmente (não exclusivamente), ancorado: no artigo 1º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no artigo 37, em que estão elencados os princípios diretivos da administração pública. A nossa Constituição, como se percebe, segundo destacado por Ingo Sarlet³³, foi mais adiante. Além de, implicitamente, consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu, expressamente, os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração.

Em que pese a inexistência de previsão expressa no texto constitucional acerca do direito fundamental a uma boa administração pública, inegável que a redação trazida pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, o contemplou no chamado “rol aberto dos direitos fundamentais”, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Seria uma tarefa exaustiva (talvez, impossível) ao legislador tentar delinear no corpo do texto constitucional, de forma peremptória, todos os direitos fundamentais que devam ser atribuídos ao homem. Nesse sentido, como forma de salvaguardar eventuais direitos não expressamente elencados, houve a motivada e coerente opção de se inserir no referido artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, uma espécie de soldado de reserva, com a função de assegurar a garantia desses direitos fundamentais não categoricamente positivados.

Em que pese a ausência de vinculação expressa no texto constitucional do direito fundamental à boa administração, assina Vanice Regina do Valle³⁴ restar inequívoco que seu reconhecimento tem o condão de propiciar a materialização de um considerável feixe de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, com especial atenção para aqueles de caráter prestacional.

Não há, pois, a possibilidade de se buscar uma gradação entre direitos fundamentais, a partir da existência (ou não) de sua positivação no texto constitucional, uma vez que tanto os princípios implícitos quanto os explícitos, constituem-se, segundo Carlos Ari Sundfeld³⁵, como verdadeiras normas jurídicas.

Em razão, pois, em relação ao que se propõe no presente artigo, torna-se conveniente efetuar a análise de alguns dos mencionados princípios listados, dentre outros, por Juarez Freitas.

4.1. Princípio do interesse público e correlata subordinação das ações estatais ao princípio da dignidade humana

Na dicção de Juarez Freitas³⁶, o princípio do interesse público prescreve que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima (o “bem de todos”, no dizer do artigo 3º, da CF) sobre a vontade,

32 MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 254.

33 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Administração Pública e os direitos fundamentais*. 2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.

34 VALLE, Vanice Regina do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 161.

35 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamento de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 150.

36 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 54.

egoisticamente, articulada ou facciosa, sem que aquela volição se confunda com a simples vontade do aparato estatal, tampouco com o desejo da maioria.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷ tem uma clássica definição sobre mencionado princípio, e descreve-o como “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento desse último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”.

Na mesma toada, José dos Santos Carvalho Filho³⁸ defende que o interesse público acaba sendo ponto de referência para o *controle da legalidade* quando a Administração se desvia do objetivo a que se dirige o ato. O controle da finalidade das condutas administrativas representa o próprio controle do interesse público.

Vê-se, pois, que o controle operacionalizado por meio da utilização do princípio da supremacia do interesse público tem o condão de garantir, em razão do caráter, naturalmente, egocêntrico do ser humano³⁹, a ponderação dos direitos fundamentais ligados à preservação da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, continua Juarez Freitas⁴⁰ a defender que o interesse público guarda correlação íntima com a tutela da dignidade de todas as pessoas e de cada uma. O cidadão não é sujeito passivo da Administração, mas, sim, um “cidadão maior”. É para o desenvolvimento humano que se ergue o Estado-Administração.

Nesse sentido, cabe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, arvorar-se contra o próprio Estado, de modo que sejam ofertadas a todo cidadão, independentemente de sua classe social, amplo e irrestrito acesso às prestações públicas garantidoras da dignidade humana, podendo citar, nesse contexto, a intervenção da magistratura em decisões de fornecimento de medicamentos, determinação de internações hospitalares e realização de procedimentos médico-cirúrgicos, disponibilização de vagas em creches e escolas, dentre outros.

Destaca-se, ainda, que o agir do Poder Judiciário voltado à manutenção da subordinação do Estado aos preceitos constitucionais não está vinculado, apenas, à oferta prestações públicas de caráter individual, como anteriormente demonstrado. Cita-se, assim, também, a necessidade de intervenção do Judiciário sempre que houver risco à manutenção dos demais princípios que regem a função estatal, a exemplo do julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da vedação da prática de nepotismo, conduta em clara afronta às regras da impessoalidade e moralidade administrativa, com assento constitucional.

E é esse “desenvolvimento” que justifica a primazia legítima e democrática do interesse público sobre os anseios particulares, sempre, com vistas à preservação dos direitos fundamentais estampados na Carta Constitucional.

4.2. Princípio da proporcionalidade ou da simultânea vedação de excessos e omissões causadoras de danos juridicamente injustos

Segundo o magistério de Juarez Freitas⁴¹, o princípio da proporcionalidade determina (não apenas exorta) que a Administração Pública “*latu sensu*” evite agir com demasia ou de modo insuficiente, inoperante ou omissivo na consecução de seus objetivos.

Ocorre violação ao princípio da proporcionalidade quando a Administração encontra-se diante de dois valores legítimos e confere prioridade a um, em detrimento ao sacrifício exagerado de outro.

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 60.

38 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Supremacia do interesse público*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 74-75.

39 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Supremacia do interesse público*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 75.

40 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 54.

41 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 61.

Essa disparidade na escolha de um direito em preterição a outro foi muito bem demonstrada por Lenio Streck⁴² na ocasião em que o Poder Judiciário da comarca de Joinville (SC) determinou que a municipalidade, em sede de Ação civil pública promovida pelo Ministério Público, criasse 2.948 vagas de ensino fundamental juntamente à rede pública local, eis que o gestor optou por conceder subvenção social à equipe de futebol local (R\$ 1.750.000,00).

O administrador público está vinculado ao sacrifício do mínimo, em favor da preservação do máximo de direitos. Isso significa que o princípio da proporcionalidade, nas suas duas facetas (vedação de excesso e vedação de inoperância/omissão), apresenta-se, especialmente, relevante ao impor moderação no exercício de poderes e ao cobrar, diligentemente, o cumprimento dos deveres prestacionais positivos, de sorte a ser incorporado, obrigatoriamente, entre os parâmetros de avaliação sistêmica dos resultados da gestão pública, na busca pelo aperfeiçoamento aos preceitos fundamentais.

Reiteradamente, os Tribunais Superiores têm proferido decisões que abarcam o princípio da proporcionalidade, em atenção, também, aos direitos fundamentais trazidos na Constituição Federal⁴³.

4.3. Princípio da intervenção estatal promotora do núcleo essencial dos direitos fundamentais

A análise desse princípio nos revela a necessidade de um Estado atinente ao direito fundamental à boa administração pública e, assim, promotor do “bem de todos”, segundo Juarez Freitas⁴⁴.

Dessa lógica segue a irrenunciável titularidade da prestação eficiente e eficaz dos serviços de natureza pública (mesmo que, por vezes, delegável a terceiros).

Acolhido o dever de promoção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente do direito fundamental à boa administração pública, aperfeiçoa-se lídima mudança paradigmática no controle dos atos administrativos. Tal mudança revela-se desafiadora de antigos conformismos, sobretudo, diante de exemplos reiterados em que o Estado falha na tutela do chamado “mínimo existencial”, deixando à deriva tais preceitos basilares trazidos na Carta de 1988.

Tem-se que a tarefa mais produtiva do controle sistemática das relações administrativas consiste em bem hierarquizar as escolhas administrativas, com eficiência, economicidade, eficácia, prevenção e precaução, de maneira a solucionar tensões e lacunas sociais.

Segundo Juarez Freitas⁴⁵, faz-se imprescindível no cumprimento do controle sistemático dos atos administrativos “lato sensu”, adotar novo estilo, segundo o qual os princípios e direitos fundamentais são fortemente vinculantes, muito além daquela visão de que seriam meros recursos vagos ou de falso alívio proporcionado pela retórica ornamental.

Urge realizar um controle assertivo e capaz de oferecer vitalidade à combinação e à complementação dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, com a finalidade de se conferir à sociedade, em especial, àquela camada mais vulnerável, uma vida digna, condizente com os direitos fundamentais espreitados na Constituição Federal de 1988.

42 STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 178.

43 STJ: REsp 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/5/2013 e REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/5/2013, veiculados no Informativo n.º 527 (direito ao esquecimento).

44 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 144.

45 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 151.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode interpretar cláusula de proteção à sociedade em desfavor desta. É desarrazoado sustentar-se que o dito ativismo judicial fira a Democracia Participativa, quando esta sofre violações muito mais graves diante de não atendimento de dever prestacional.

Esse dever prestacional é materializado por meio da execução de políticas públicas que atuam como verdadeiros instrumentos valiosos para a concretização dos planos de governo a serem implementados, sempre eleitos para a busca incessante do bem comum.

Por vezes, por razões que extrapolam a natureza do presente artigo, essas políticas públicas são negadas ao cidadão, em razão de escolhas obtusas dos administradores.

Enquanto poder contramajoritário, cabe ao Judiciário a defesa da Democracia ainda quando isto significar a intervenção judicial na Administração Pública que insista em desrespeitar e se colocar acima dos ditames constitucionais e legais que vinculam a todos nós.

Não se pretende sustentar que o Poder Judiciário pode imiscuir-se na função do Poder Executivo de modo a privilegiar uma política pública em detrimento de outra. O que se apregoa, em sintonia com o que se espera de um Estado de Direito, é a possibilidade de judicialização em casos de omissão relevante, que submeta a risco o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Defender a taxatividade do princípio da separação dos poderes como forma de mitigar a judicialização de políticas públicas representa um verdadeiro contrassenso, uma afronta ao Estado Democrático de Direito, que deve primar pela valoração e respeito aos direitos do homem, dentre os quais aquele relacionado a uma gestão administrativa proba e competente.

É inadmissível a argumentação rotineira de carência de recursos (reserva do possível) se vemos, a cada dia, o desperdício de verbas públicas com publicidade, eventos voltados, unicamente, à promoção pessoal dos agentes públicos, bem como à execução de obras faraônicas desnecessárias.

Cabe, sim, ao Poder Judiciário agir como o fiel da balança de modo a equacionar, quando necessário, a correta materialização de políticas públicas atinentes à manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, quando em xeque o mínimo existencial que deve ser conferido a todo ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

AGRA, Walber de Moura. *Republicanismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AGUIAR, Claudio Tenório Figueiredo. *Ministério Público e políticas públicas*. Coordenadora: Patrícia Villela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*

(Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Supremacia do interesse público*. São Paulo: Atlas, 2010.

DAL BOSCO, Maria Gorete. *Discrecionalidade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2009.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

PAULO JUNIOR, José Marinho. *Ministério Público e políticas públicas*. Coordenadora: Patrícia Villela. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Administração Pública e os direitos fundamentais. 2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.

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

SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamento de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VALLE, Vanice Regina do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Jurisdição Voluntária no
CPC/2015 como meio de
resolução de 'controvérsias' com
a Administração Pública**
Non-Contentious Jurisdiction
in CPC/2015 as a means of
resolving 'disputes' with the
Public Administration

Jefferson Carús Guedes

Jurisdição Voluntária no CPC/2015 como meio de resolução de ‘controvérsias’ com a Administração Pública*

Non-Contentious Jurisdiction in CPC/2015 as a means of resolving ‘disputes’ with the Public Administration

Jefferson Carús Guedes**

1. INTRODUÇÃO

O objeto e a *motivação direta* deste breve estudo é a reflexão sobre a expansão da Jurisdição Voluntária no CPC/2015 sobre um campo *homologatório* próprio e antes rejeitado, contido nas hipóteses em que se vai a juízo apenas em busca da chancela certificadora e pacificadora do acordo extrajudicial, agora introduzido, expressamente, no inc. VIII do art. 725 do CPC/2015.

Prevê o art. 725 do CPC/2015 que “processar-se-á na forma estabelecida nesta Seção”, ou seja, pela jurisdição voluntária, “o pedido de” [...] “homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor” (inc. VIII).

O exame detalhado da Jurisdição Voluntária faz ver que esta é mais uma alternativa jurisdicional não adjudicatória, não conflitiva, consensual e concertada para a solução dos desacertos entre quaisquer interessados, mas, também, entre o administrado e Administração. É certo que há outras funções que historicamente se atribuem a essa espécie de atividade do Poder Judiciário.

A *motivação indireta* do estudo decorre da participação do autor nos *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordenada pelos processualistas Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a ser lançada pela Revista dos Tribunais neste ano de 2016, em volume próprio sobre a Jurisdição Voluntária.¹

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DIFÍCIL EQUAÇÃO DIANTE DA EXPANSÃO DOS CONFLITOS E SUA JUDICIALIZAÇÃO

Apesar da larga retórica pacificadora dos entes estatais, estão eles (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e seus entes de administração indireta) entre os mais destacados litigantes no Judiciário; seja como autores propondo milhões de execuções fiscais; seja como réus respondendo a ações de servidores, de administrados e de outros autores; seja como terceiros ou como intervenientes anômalos.

* Recebido em 03/11/2016
Aprovado em 21/12/2016

** Advogado da União. Doutor e Mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP). Especialista em Processo Civil (PUC-RS). Graduado na URCamp-Bagé-RS. Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado do UniCEUB (Brasília).

1 GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 719 ao 770. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 11.

Estatísticas estatais do Conselho Nacional de Justiça apontam os entes federativos e sua administração indireta entre os maiores litigantes nas justiças comum e especializada.²

Uma notável tentativa de tratamento dessa expansão, sob o aspecto quantitativo, foi a criação dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001) e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei n. 12.153/2009), que têm absorvido contingente representativo (mais de 50%) das causas contra a União e seus entes na Justiça Federal. Às críticas ao modelo processual simplificado dos juizados de que reduz garantias processuais são contrapostas vantagens da aceleração procedimental.

2.1. As tentativas recentes de multiplicidade de alternativas à Jurisdição para Administração Pública

Tem havido, notadamente, após a EC n. 22/1999,³ uma série de tentativas de expansão da transigibilidade dos interesses públicos, alguns pontuais, com a autorização a *termos de ajustamento* em certas matérias, outras mais extensas e profundas.

A Resolução CNJ n. 125/2010⁴ se contém no *plano administrativo-gerencial* desde a sua redação original e propõe “a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o *direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade*” (art. 1º), definido atribuições do próprio CNJ, dos tribunais locais.⁵

No *plano legislativo*, outra dessas tentativas se dá como a introdução na Lei da Arbitragem, Lei n. 9.307/1996, alterada pela Lei n. 13.129/2015, de dois dispositivos próprios e destinados a tornar claro que os interesses públicos são transigíveis.⁶ Outra, ainda, se dá com a Lei da Mediação, Lei n. 13.140/2015, que trata, também, da autocomposição de conflitos e da transigibilidade no âmbito da Administração Pública, não deixando dúvidas sobre tais possibilidades.⁷

Antes disso, porém, já havia vozes na doutrina administrativa e processual nesse sentido, e deve ser reiterado aqui o que dito há anos: o que agora se admite está relacionado à *transigibilidade* de interesses públicos,⁸ à *transigibilidade e disponibilidade de valor limitado* desses interesses (JEF e JEFP, por exemplo) e à *transigibilidade e disponibilidade de valor não-limitado* na Administração Pública.⁹

Como proposições políticas e ideológicas, as inovações tornam mais clara a natureza de certos direitos

2 Pesquisa do CNJ indicava em 2011 entre os 10 maiores litigantes nacionais, os cinco primeiros como entidades da Administração: 1º - INSS (Autarquia Previdenciária Federal), 2º - Caixa (Empresa Pública Federal), 3º - Fazenda Nacional (Área Tributária da União), 4º - União e 5º - Banco do Brasil (Sociedade de Economia Mista da União).

3 CF/1988 Art. 98. [...] “Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.” Aqui presumem-se passíveis de transação os interesses que são levados aos JEF, como de resto aqueles tipicamente privados, previstos na Lei n. 9.099/1995.

4 Resolução CNJ n. 125/2010 sofreu duas emendas: Emenda n. 1/2013 e Emenda n. 2/2016.

5 Esse ‘direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade’ corresponde a ter como alternativa, antes e durante o processo judicial (ou depois da fase decisória) a oferta de serviços como a conciliação e a mediação.

6 Lei n. 9.307/1996 [...] Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Alterada pela Lei n. 13.129/2015).

7 Lei n. 13.140/2015. [...] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

8 GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça, p. 243-272. A versão original do trabalho foi apresentada na Oficina do CONGRESSO BRASILEIRO DAS CARREIRAS JURÍDICAS DE ESTADO, 7., Brasília, 2008. tendo sido publicado pela Editora Lumen Juris, em versão original, juntamente com as Conclusões do Congresso.

9 Novas vozes se projetam nesta defesa, ver: VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 251, jan. 2016.

públicos como patrimoniais e como disponíveis; tal esclarecimento é positivo, mas não suficiente a alterar o comportamento beligerante da Administração e de sua representação extrajudicial e judicial. A concepção tradicional de indisponibilidade de interesses públicos é obstáculo que, também, depende da adequada definição do que sejam *interesses públicos*, tarefa complexa que tem sido tentada, sucessivamente, pela doutrina administrativista em diversos países e ultimamente no Brasil. Não se sabe, contudo, o impacto que tais alterações produzem na expansiva massa litigiosa produzida pelo Estado e contra o Estado.

O CPC/2015, Lei n. 13.105/2015, consagra o sistema multiportas, sem tratar, especificamente, da aplicabilidade dessas alternativas aos casos que envolvem interesses públicos e a Administração Pública.

2.2. A possibilidade de concertação extrajudicial contratual, mediada ou arbitral: abertura do Sistema Multiportas para a Administração

A possibilidade do alcance dos meios autocompositivos, da conciliação e mediação, e mesmo da transação em matérias da Administração (interesses públicos disponíveis ou que admitam transação) tem tido lenta e gradual evolução nas últimas décadas, na direção mais flexível e liberal, ou seja, aceitando-se que meios não-jurisdicionais e admitindo-se meios transacionais com recíprocas concessões sejam estendidos ao Estado e seus entes.

Essa redesignação de orientação decorre de longo debate permeado por conteúdo político-ideológico, que opõe correntes *conservadoras* a *liberais-progressistas* e impõe uma releitura das normas constitucionais anteriores e posteriores sob a direção da Constituição, somente admitida num quadro de respeito a direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito.

Nessa lenta evolução deve-se destacar algumas obras e autores que especialmente a partir da primeira década do Século XXI, avançaram nesse sentido.

Onofre Alves Batista Júnior¹⁰ foi pioneiro com obra de fôlego sobre a transação administrativa; ao depois, Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier,¹¹ publicam obra com um mosaico de opiniões que ajustam a concepção de interesses públicos à Constituição de 1988, aos interesses privados, aos direitos fundamentais e ao estágio democrático liberal pretensamente alcançado desde então. Na matéria tributária, Evandro Costa Gama¹² após os JEF (Lei n. 10.209/2001), admitia essa possibilidade, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Vasco Branco Guimarães, em obra coletiva extensa sobre o tema,¹³ e Arnaldo de Moraes Godoy¹⁴ traçam histórico doutrinário do Direito Tributário aberto à transação tributária pela proposta legislativa até hoje não aprovada. Gustavo Justino propôs diversas modalidades consensuais administrativas, como os contratos de gestão, arbitragem em PPP, administração privada em OSCIPs e especialmente a administração consensual.¹⁵ Juarez Freitas, antes, já observara.¹⁶ Todas essas posições confirmam ou contribuem para a possibilidade de reconhecerem-se

10 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 509-557.

11 Trata-se do livro: *Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 (Org. Daniel Sarmento). Esta obra teve uma resposta editorial de outro livro, intitulado *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. (Coord. Maria Sylvia Zanella di Pietro e Carlos Vinicius Alves Ribeiro).

12 GAMA, Evandro Costa. Conciliação e transação nas causas de natureza tributária nos juizados especiais. In: GUEDES, Jefferson Carús. (Org.). *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 238-252.

13 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. com participação de longa lista de destacados tributaristas brasileiros e portugueses tratando dos temas.

14 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária: introdução à justiça fiscal consensual*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 35-76, com largo histórico de décadas de posições doutrinárias favoráveis à transação, acrescida de reticentes manifestações da administração e da jurisprudência.

15 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: DIREITO Administrativo democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 17-232.

16 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.

direitos do administrado e da administração e, por conseguinte, de conciliação ou de transação, em menor ou maior escala.

No plano específico da arbitragem administrativa, antes de se tornar clara a permissão legal geral, autores como Selma M. Ferreira Lemes¹⁷ e Paulo Osternack Amaral¹⁸ dentre outros já a consagravam como vantajosa.

No plano da mediação, o mais novo meio não conflitivo de resolução de conflitos trazido ao rol de alternativas à sentença adjudicatória, ainda pende de regulamentação na esfera da União, Estados, DF e Municípios.

Todas essas modalidades surgem como alternativa no curso do processo administrativo ou do processo judicial à sentença adjudicatória e como face de uma gestão consensuada dos conflitos administrativos.

2.3. O Poder Judiciário, acesso à Justiça e acesso justo à Jurisdição¹⁹

A função pacificadora do Poder Judiciário não é menos valiosa que a função decisória de conflitos, de controvérsias e de lides; sob viés funcional, são idênticas, com certas vantagens próprias para as decisões consensuais, que tradicionalmente são irrecorríveis ou irrecorridas.

Rodolfo Camargo Mancuso, em obra crítica à cultura *demandista* e *judiciarista* da sociedade brasileira, considera relativa a garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV) e sugere seja vista como uma oferta de serviço *residual* e não principal, prestigiando-se os demais meios alternativos ou equivalentes jurisdicionais.²⁰ Petrônio Calmon descreve os inúmeros meios de e suas vantagens, sejam os judiciais como extrajudiciais; destaca, contudo que a hipótese de simples homologação, originalmente prevista nas leis dos juizados especiais “é a justiça, aceitando e incentivando a autocomposição, participando de forma variada, desde o estabelecimento de um sistema de conciliação pré-processual até a homologação dos acordos obtidos espontaneamente ou decorrente de outros mecanismos, tais como a negociação e mediação.”²¹

A Jurisdição Voluntária é um desses casos, meios ou métodos de resolução consensual que pode apresentar vantagens. Ela é, efetivamente, *jurisdição* e, nesse caso, efetivamente *voluntária*, ao contrário da atuação em outros procedimentos nos quais soa como obrigatória (interdição, alteração do regime de bens do casamento etc.), uma vez que as partes acorrem ou não ao Judiciário para homologação de sua composição extrajudicial.

Ademais, expressa-se como meio de acesso justo à Jurisdição e meio de acesso à Justiça, sem busca dos outros equivalentes ou substitutos da jurisdição.

Como *acesso à Justiça* pode-se compreender todo o acervo de alternativas materiais e processuais extrajudiciais ou judiciais, consensuais ou conflitivas, autocompositivas ou heterocompositivas, dentre as quais, tradicionalmente, se incluem a conciliação a mediação e a arbitragem, em suas diversificadas modalidades próprias.²²

23, onde se lê: “(f) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas eficiente), pois comprometida com resultados harmônicos, com objetivos fundamentais da Constituição, além de redutora de conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados *custos de transação*.” O mesmo autor já delinear a necessidade de subordinar as ações estatais (e do interesse público) à observância da dignidade da pessoa humana, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 2. ed., item n. 2.2.3, p. 53-56.

17 LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. (Cap. 3, p. 63-83), as vantagens (Cap. 9, p. 149-196) e o exame de casos concretos comparados.

18 AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33-108. item n. 1-4.

19 MORELLO, Augusto Mario. *El proceso justo*. La Plata: Platense, 2005. p. 284.

20 MANCUSO, Rodolfo Camargo. *A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. item n. 3.1, p. 183, item n. 3.2, p. 191-195

21 CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. item n. 8, p. 77-104; e, especialmente sobre a homologação, item n. 7.2, p. 71-73.

22 Por todos ver: CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. com larga

Como *acesso justo à Jurisdição*, pode-se compreender as modalidades nas quais atua o juiz, seja decidindo entre alegações e defesas ou homologando o acordo das partes; seja como terceiro que impõe, como aquele que assiste e apenas ‘fiscaliza’ o cumprimento da lei; seja como protagonista central ou como puro coadjuvante.

Rompe-se com essa possibilidade trazida pelo art. 725, inc. VIII, do CPC/2015, uma postura tradicional e se reconhece à jurisdição voluntária - atividade jurisdicional normalmente vista como desprovida da função de solução de controvérsias – a de homologar o fim das controvérsias. Agora estende-se para essa atividade a possibilidade de homologar o final de controvérsias em todas as causas e às mais diversas matérias.

Essa modalidade jurisdicional não conflitiva reduz conflituosidade, custos administrativos, despesas das ‘partes’, ônus processuais, incertezas sociais, riscos econômicos, tempo para o resultado.

3. ANTECEDENTES ASSEMELHADOS DE HOMOLOGAÇÃO COMO ‘JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA’ AS INOVAÇÕES DO CPC/2015

É uma inovação expressiva considerar-se expressamente na legislação processual a homologação da autocomposição extrajudicial como jurisdição voluntária. Não é uma inovação integral na legislação processual a possibilidade de homologação de acordo extrajudicial e seu reconhecimento como título executivo judicial.

3.1. Os antecedentes dos juizados especiais e da doutrina

A Lei dos Juizados de Pequenas Causas, Lei n. 7.244/1984, art. 55, já previra essa possibilidade e, depois, a Lei n. 9.099/1995, repetiu a previsão no art. 57.²³ O CPC/1973, com a alteração incluída pela Lei n. 11.232/2005 também passara a considerar como títulos executivos os acordos extrajudiciais homologados em juízo,²⁴ sem, contudo, dizer que se tratava tal ato judicial de jurisdição voluntária.

A doutrina, em ambos os casos, via na inovação nos juizados especiais como o atendimento de um vazio existente no processo civil, que só admitia justificável a tutela como pedido de sentença de mérito²⁵ e decisão de conflito.

José Maria Tesheiner era exceção quando observara que “o ato de homologação de acordo extrajudicial é, por natureza, ato de jurisdição voluntária”,²⁶ ao contrário da maior parte da doutrina que ao examinar as leis dos juizados especiais e não identificava essa característica essencial.

Outro sinal de avanço de *processo civil homologatório* foi, também, introduzido pela Lei n. 11.232/2005, que modificou o CPC/1973, incluiu no rol de títulos executivos do art. 475-N o inc. V, com a seguinte redação “o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente”,²⁷ sem considerar como jurisdição voluntária o ato homologatório antecedente à execução.

descrição da teoria do conflito, meios autocompositivos, mecanismos etc.

23 Juizados Especiais de Pequenas Causas: art. 55. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial. As leis dos Juizados Especiais Federais e Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública silenciaram sobre essa possibilidade, como a indicar que os litígios da Fazenda Pública não pudessem a essa altura ser resolvidos extrajudicialmente.

24 Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: [...] V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, [...], homologado judicialmente; (Incluído pela Lei n.º 11.232, de 2005)

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. cap. VI, item n. 119, p. 123; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. cap. XVIII, item n. 131, p. 218.

26 TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. item n. 6, p. 74.

27 Dispositivo agora transposto com redação diversa para o art. 515 do CPC/2015, inc. II, assim redigido: “a decisão homologatória de autocomposição judicial”.

3.2. A inovação homologatória e o conteúdo de ‘interesse público’ que admitam composição

É uma inovação teórica expressiva considerar-se, expressamente, na legislação processual a homologação da autocomposição extrajudicial como jurisdição voluntária.²⁸ Mas possui consequências práticas importantes que devem ser melhor exploradas.

Outra expressiva inovação, que só pode surgir como fruto da interpretação da nova concepção de transigibilidade dos interesses públicos, é a da possibilidade de incluírem-se nessas homologações os direitos que envolvem a Administração Pública, admitidos como transigíveis. Na medida que se pode tratar os interesses públicos ou da Administração Pública com transigíveis ou disponíveis, não se pode excluir de plano possam eles ser tratados na jurisdição voluntária, notadamente após a inclusão deles no rol dos direitos sujeitos ao procedimento de jurisdição voluntária para a “homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor” (art. 725, inc. VIII).

Precedentemente, deve-se definir o que são *interesses públicos* que admitam essa espécie de composição; a simples definição do que sejam interesses públicos já é tarefa complexa e tem sofrido modificações importantes nas últimas décadas, especialmente após a Constituição de 1988. Pode-se identificar na doutrina administrativista brasileira três visões sobre interesses públicos: *tradicional* (conforme à supremacia do interesse público),²⁹ *intermediária*³⁰ e *pós-tradicional* (conforme à igualdade entre interesse público e privados),³¹ que pode ser complementada pelo trabalho recente de Martín Haeblerlin.³²

Esses posicionamentos que identificam a supremacia ou não do interesse público findam por influir na *indisponibilidade*, *disponibilidade regrada* ou *plena disponibilidade dos interesses públicos* ou dos interesses patrimoniais do Estado.

Já foi observado que os *interesses públicos* que eram considerados tradicionalmente indisponíveis, podem admitir composição, o que os faz parte indisponíveis e parte *relativamente* disponíveis. A locução *direitos indisponíveis* sofre críticas, por ser um conceito *vago* ou *indeterminado*,³³ ou seja, por carecer de critérios uniformes e seguros que os distingam dos bens disponíveis. Dispor é, em *sentido amplo*, o poder que detém o titular de gerir os seus interesses particulares no âmbito da vida privada, sem interferência do Estado ou de terceiros e, em *sentido restrito*, significa o poder de transmitir direitos ou a eles renunciar.³⁴ Pelo *princípio da indisponibilidade*

28 GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 719 ao 770. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 11. Breve Ensaio Inicial, item n. 4.3.3, p. 72, art. 725, item n. 3.10, p. 209-214.

29 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. item, 2.3.10, p. 102; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. item n. I-4.2 e I.4.3, p. 66-68; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Parte I, Cap. I, item n. VII-28-34, p. 48-52.

30 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 1964. § 9, item n. 7, p. 79, considerava a inalienabilidade dos bens públicos como decorrente do seu regime político, mas admitia exceções; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85-102; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13-60; JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 36-48.

31 A obra sintetiza essa posição foi acima referida: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos vs. interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

32 HAEBERLIN, Martín. *Uma teoria do interesse público*: fundamentos do Estado meritocrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. Tit. III, § 19-20, p. 153-180.

33 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, no egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 820, p. 38, 2004. O autor demonstra que a classificação inicial como direito indisponível e genérica oculta inúmeras possibilidades concretas e legais de negociação.

34 Considera-se indisponibilidade absoluta quando, por força do vínculo que o associa ao seu titular, o próprio bem se mostra insuscetível de apropriação (nome ou filiação), e indisponibilidade relativa quando ela deriva dos limites fixados pela lei ou por convenção dos interessados. Fala-se também em indisponibilidade legal, que ocorre nos casos fixados em lei, oponível a todos,

do interesse público, vedava-se à Administração Pública dispor do interesse geral ou renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela. Sendo o Estado o titular do interesse público, somente a ele é permitido autorizar a disponibilidade desse interesse ou a renúncia a ele. A idéia inicial que advinha desse princípio concebia a coisa pública como insuscetível de transação ou acordo, já que o acordo importaria em um ato de disposição, o que estria proscrito à Administração Pública.³⁵ Essa posição está hoje superada.

A transação de interesses considerados indisponíveis,³⁶ mas que admitem composição, acordo, conciliação, mediação e transação deve ser interpretada a partir das concepções constitucionais e legais, especialmente das leis editadas em 2015, seja a que modificou a Lei da Arbitragem, estendendo-a à Administração Pública em geral, assim como a Lei da Mediação e o próprio CPC/2015 que consagra a expectativa da evolução cultural de um Sistema Multiportas de Justiça.

4. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA, SUA NOVA FUNÇÃO HOMOLOGATÓRIA E CONCILIATÓRIA NO CPC/2015 E A 'NOVA' CULTURA DA SENTENÇA (HOMOLOGATÓRIA)

Soa desnecessária a discussão sobre a natureza jurídica da jurisdição voluntária, especialmente nesse contexto. Havia, ainda, severas divergências entre as correntes jurisdicional, administrativista e até autônoma, especialmente entre os comentadores do CPC/1973. Há autores que não identificavam na jurisdição voluntária a presença de processo, mas de procedimento,³⁷ ou viam *aprocessualidade*,³⁸ ou *extraprocessualidade*,³⁹ teses de difícil justificação pois embora possa se identificar procedimento sem processo, “não existe processo sem procedimento.”⁴⁰ Mas nada disso importa neste estreito contexto.

Há autores como Niceto Alcalá Zamora y Castillo e José Frederico Marques que já identificavam a conciliação como ato de jurisdição voluntária, desde a década de 1950.⁴¹ Eliane Nassif, entre os autores que mais proximamente estudaram a relação entre conciliação judicial e jurisdição voluntária, é a que mais longe andou, associando os dois institutos.⁴²

A conciliação é vista como a forma consensuada de pôr fim ao conflito (material ou processual), por meios diversos, tais como a desistência, a renúncia, o reconhecimento do direito ou a transação; pode se dar

e em indisponibilidade por vontade privada, que provém da vontade das partes. Há casos em que determinado bem tem aptidão para ser objeto de uso ou gozo, vetando-se a sua circulação por meio de cláusulas de inalienabilidade, situação conhecida como de indisponibilidade jurídica.

35 GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: ADVOCACIA de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. item n. 3.2.b, p. 251.

36 Ver, especialmente: NASSIF, Eliane. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos*: paradoxos da ‘justiça menor’ no processo civil e trabalhista. São Paulo: LTr, 2005. itens 1-10, p. 210-244.

37 MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000. § 20, item 1, p. 225; PRATA, Edson. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979. tit. II, item n. 6, p. 101;

38 VENTURINI VILLAROEL, Ali Jose. Apunte sobre la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de autocomposición procesal y ejecución en sede de jurisdicción voluntaria. Boletín de la Academia de Ciencias. *Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas, v. 70, n. 141, 2003. Disponível em: <<http://acienpol.msinfo.info>>. Acesso em: 13 ago. 2016. item n. II-b), p. 217.

39 FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil*: conceito e princípios gerais, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009. item n. 4.5, p. 53-55; o autor afirma que não há processo civil na jurisdição voluntária.

40 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008. Item n. 2.4.3.2, p. 34-41, especialmente a nota 101, na qual repete a metáfora de Carnelutti, dizendo que processo sem procedimento é a escada sem degraus.

41 MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000. § 19, item n. 4, p. 222; a opinião do autor tem por base as proposições de Niceto Alcalá Zamora y Castillo.

42 NASSIF, Eliane. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos*: paradoxos da ‘justiça menor’ no processo civil e trabalhista. São Paulo: LTr, 2005. itens 4.3-4.4, p. 109-114. Neste trabalho a autora classifica as posição sobre a natureza jurídica da conciliação judicial, dividindo-a em *jurisdicionalista*, *contratualista*, *híbrida* ou *complexa*, *ato processual* e *negócio jurídico processual*.

de forma *preventiva* (ou *pré-processual*) e *sucessiva* (ou *endoprocessual*), conforme o momento de sua realização; pode também se dar no ambiente jurisdicional ou administrativo. Para Eduardo Couture, conciliação é o gênero e a transação é espécie. Sempre que se transige se concilia; nem sempre que se concilia se transige.⁴³ Questão teórica central e de difícil solução é saber se todos os atos de conciliação, independentemente do momento de realização e da intensidade da participação do órgão jurisdicional, são atos de jurisdição voluntária.⁴⁴

Pode-se, em síntese, afirmar que, claramente, o CPC/2015 incorporou a homologação da conciliação extrajudicial como um dos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 725, inc. VIII). Além disso, as demais hipóteses de finalização consensual do processo, pela conciliação ou mediação, são, também, hipóteses de jurisdição voluntária.

A extensão da aplicabilidade do art. 725, inc. VIII à Administração Pública se completa pela interpretação sistemática especialmente com as Leis dos Juizados Especiais (JEF e JEFEP), Lei da Arbitragem e da Lei da Mediação.

Com isso tentam-se resolver dois ou três problemas: a) por fim aos conflitos; b) admitir que o judiciário atue apenas para homologar acordos já obtidos extrajudicialmente e, secundariamente,⁴⁵ c) reconhecer como transigíveis os interesses públicos de natureza patrimonial.

Sabe-se que os brasileiros têm um apreço intenso e imenso pelos atos da Jurisdição, mais que pelos seus resultados. Fetice antropológico, apreço institucional, atração cultural, magnetismo político, confiabilidade técnica podem ser razões que no Brasil nos levam às soluções jurisdicionais.

Kazuo Watanabe criticou essa postura cultural-judicial em artigo conhecido, no qual atribui esse viés preferencial pela sentença adjudicatória à formação educacional jurídica, aos escritórios de advocacia e a fatores legais complexos, não mencionados diretamente pelo autor.⁴⁶ A atratividade pela sentença adjudicatória se deve a uma construção lenta e complexa de valorização da justiça estatal (jurisdicional) em detrimento de todas as alternativas, mesmo administrativas e também não jurisdicionais. Nesse processo não há quase inocentes e muitos são culpados.

Pode parecer paradoxal que se reivindique mais acesso à Justiça, que já é amplíssimo e fartamente estimulado, especialmente a partir da Constituição de 1988; desde quando se considera inafastável do exame jurisdicional a ameaça ou a lesão a direito (art. 5º inc. XXXV). A Constituição Imperial, por exemplo, de 1824 possuía dispositivo que estimulava a prévia conciliação,⁴⁷ disposição afastada na primeira constituição republicana e não mencionada nas demais até hoje.⁴⁸

43 COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1989. T. 1. item n. 4, p. 230.

44 MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000. § 19, item n. 4, p. 222; a opinião do autor tem por base as proposições de Niceto Alcalá Zamora y Castillo. FERRAZ, Cristina. *Jurisdição voluntária no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2008. item n. 6.26, p. 258.

45 BARRIOS DE ANGELIS, Dante. Cinco Errores Generalizados de la Doctrina y la Legislación procesal. Como rectificarlos. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 12, p. 309-321, 1999, afirma que um dos erros históricos do processo foi identificá-lo como um conflito nem sempre existente, seja de opiniões, de vontades, de interesses (CARNELUTTI) ou de interesses qualificados (COUTURE) ou, mais que isso, que imprópriamente são vistos com conflitos quando em verdade se trata apenas de uma insatisfação jurídica que faz nascer o processo e deve ser substituída por uma satisfação.

46 WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide. (Org.) *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690. Os fatores legais mais expressivos de repúdio aos meios de conciliação se iniciam nas primeiras leis republicanas, que afastam a parte do Regulamento 737/1850 que tratava da conciliação. A seguir a Constituição republicana não repete a exigência de prévia conciliação (pressuposto processual) para ingresso em juízo.

47 Constituição de 1824. “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.”

48 A Constituição de 1988 prevê apenas a criação dos juizados especiais, voltados à conciliação de causas de menor valor e complexidade; em contrapartida, prevê entre os direitos fundamentais, no art. 5º, inc. XXXV, que a lesão ou ameaça a direito não deve ser afastada da apreciação judicial.

Tal modelo de concentração da Justiça jurisdicional estatal se demonstrou, minimamente, satisfatória até 1988,⁴⁹ quando houve a reorganização do Judiciário e a concessão de extenso rol de direitos sociais, fatores legais que coincidem com outros tais como a urbanização acelerada, a ampliação das relações sociais e comerciais de uma sociedade de massas.⁵⁰

4.1. A inexistência de obstáculo ao exercício da jurisdição em matérias não contenciosas da Administração Pública

Araken de Assis há muito demonstrou, criticamente, o equívoco de identificar-se como nota central da jurisdição a atividade substitutiva⁵¹ e, por isso, retirar o caráter de atividade jurisdicional na jurisdição voluntária. Nem só de contrariedade, de adversariedade, de conflito, de contenda deve viver a jurisdição.

A possibilidade de autorização para acordo ou transação nas matérias da Administração Pública, especialmente federal, vem desde a Lei n. 9.469/1997, que prevê no art. 1º que: “O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.”, segundo a redação dada pela Lei n. 13.140/2015.

As matérias objeto de contrariedade ou mesmo de conflito, extrajudicial ou judicial podem ser objeto de acordo.

As vantagens podem, também, ser diversificadas em se permitir o acesso da Administração e do administrado à jurisdição voluntária:⁵²

4.2. A inexistência de limitação de natureza e de valor e a preservação das competências de órgãos especiais

Duas questões estão, claramente, colocadas: a atuação da jurisdição voluntária não terá restrições a valor e a matéria, podendo o juiz homologar, judicialmente, qualquer acordo extrajudicial que não contrarie, evidentemente, a lei; ou seja, exige-se a licitude do objeto do acordo ou transação.

4.2.1. A inexistência de limitação de natureza material

Admitem a autocomposição, inicialmente, os direitos considerados disponíveis. Não seria objeto de especificação no Código de Processo Civil a natureza dos interesses capazes de ser objeto de homologação de **autocomposição extrajudicial**. Mesmo a audiência de conciliação e mediação (art. 334 do CPC/2015) não traz restrição semelhante àquela do CPC/1973 (art. 331) que restringia a designação de audiência de tentativa de conciliação às hipóteses

49 A explosão das críticas ao Sistema de Justiça se amplia na década de 1980-1990, embora possa ser visto ao largo do Século XX e especialmente registrado nos períodos de reforma dos códigos de processo, década de 1930 e década de 1970; documentado também nas Exposições de Motivos dos CPC/1939, CPC/1973 e CPC/2015.

50 Para uma visão mais clara e ampla do fenômeno ver: ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado da do direito material (tema tratado com referência particular à situação do consumidor). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, abr./jun. 1992.

51 ASSIS, Araken. O procedimento de dúvida e o princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 31, v. 107, n. 3, p. 37, ano.

52 “Pode ser identificada também a atividade estatal e sua finalidade, por avaliação inversa, pois se fosse atribuída aos funcionários estatais do Poder Executivo a apreciação ou validação dos atos hoje conferidos à jurisdição voluntária, ou mesmo que se atribuisse aos notários e seus cartórios privados, não se excluiria da apreciação judicial secundária, caso houvesse ameaça ou lesão a direito (CF, art. 5º, inc. XXXV).⁸⁵ Neste sentido, ao atribuir-se diretamente ao Poder Judiciário tais atividades e funções, evita-se a revisibilidade encadeada por órgãos paraestatais e estatais GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 719 ao 770. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 11 item n. 3.5, p. 62-63.

A definição singela de que se admite autocomposição de direitos considerados disponíveis induzia a erros cada vez mais evidentes, uma vez que se associava a disponibilidade dos direitos, exclusivamente, aos interesses privados, quando, a rigor, há interesses privados de caráter não-patrimonial que não admitem autocomposição (estado das pessoas) e há uma gama cada vez mais ampla de interesse públicos e mesmo coletivos que admitem a autocomposição, conciliação, mediação e transação.

Assim, tanto os *interesses privados* como os *interesses públicos* podem ser objeto de homologação de **autocomposição extrajudicial, desde que estejam catalogados dentre a parcela desses gêneros que admite a autocomposição ou a transação.**

Dentre os interesses públicos passíveis de acordo e de homologação judicial de acordos estão os de natureza puramente patrimoniais.

4.2.2 A inexistência de limitação de valor

Ao contrário da previsão contida nas leis dos juizados, que se limita aos valores previstos em cada lei da União e Estados, sujeitando Distrito Federal e Municípios e seus demais entes. Nessa previsão do CPC/2015, há uma ampliação ajustada à finalidade, sem limitação de valor.

No caso da Administração Pública, exigir-se-á, conforme a lei de cada ente público envolvido, a presença do dirigente estatal além dos representantes extrajudiciais e judiciais, ou seja, além da Advocacia Pública da União, Estado, Distrito Federal ou Município. A participação do dirigente estatal, seja o Presidente da República, Ministros de Estado ou Secretários, assim também nos demais entes federativos pode envolver Governador, Prefeito e Secretários estaduais, distritais ou municipais, segundo sempre a exigência da lei local.

Pela Advocacia Pública também poderá exigir-se a presença e participação no ato de dirigentes institucionais, segundo alçada prevista em lei ou ato normativo, de modo a evitar-se a atuação individual e solitária de apenas um representante judicial em transações que envolvam valores considerados expressivos.⁵³

4.2.3 A preservação da competência dos Juizados Especiais Federais (JEF) e Juizados Especiais da Fazenda pública (JEFP)

Quando a competência para as homologações de acordos extrajudiciais for pela matéria ou valor dos juizados especiais, que neste campo é absoluta, mantêm-se como competente o JEF na matéria da União e os JEFP na matéria dos Estados, DF e Municípios, bem como de seus entes menores, dando pleno curso e aplicação ao art. 57 da Lei n. 9.099/1995, compatível com os demais juizados por conta do *sistema* criado pelas três leis.

Quando, em razão do valor excedente ao limite de cada juizado (inclusive estabelecido por lei local) ou em razão da complexidade que comportem os documentos que embasam o acordo, pode o juízo declinar da competência, ainda que meramente homologatória. De qualquer modo, em caso de admitir-se homologação de valor maior, impõe-se o limite para o pagamento por RPV, vedando-se, sempre, o fracionamento, mas admitido o litisconsórcio.

53 A Lei n. 9.469/1999, com alterações sucessivas das MPs n. 449/2008 e 2.226/2001, e das Leis n. 11. 941/2009, 12.249/2010, 12.438/2010, 13.140/2015, que escalonava a participação de dirigentes políticos e de membros da Advocacia-Geral da União que deviam participar dos acordos, segundo a variação de valor envolvido, a partir de 2015 fixadas em Regulamento e não mais na lei.

5. DETALHAMENTO PROCEDIMENTAL DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO ACORDO EXTRAJUDICIAL

Várias questões procedimentais podem ser abordadas relativamente à competência, limites quantitativos de órgãos judiciários (JEF, JEFJ), competência da justiça trabalhista e eleitoral, petição inicial, audiência de justificação, participação do Ministério Público, instrução complementar, sentença homologatória, irrecurribilidade e desconstituição, cumprimento voluntário, execução de obrigação de fazer, execução de pagamentos de quantia, pagamento por RPV e por precatório, dentre outras.

5.1. COMPETÊNCIA

A depender de qual ente federativo estiver envolvido, a competência de jurisdição será da justiça comum dos Estados, do Distrito Federal e mesmo da União.

De forma prioritária, todos os juizados poderão fazer a homologação: os Juizados Especiais Federais limitados à competência de 60 salários mínimos; e os Juizados Especiais da Fazenda Pública, limitados à competência quantitativa (20 a 60 salários mínimos) estabelecida pela lei local, passam a ser espaço de atuação da jurisdição voluntária.

A competência de foro é a dos negócios ou dos contratos ou, ainda, dos negócios processuais (art. 190), podendo as partes eleger livremente o que lhes interessar à comodidade. Havendo Varas da Fazenda Pública dos Estados e DF, delas não se pode escapar. Nessa eleição do foro, não se pode ocultar a má-fé ou qualquer outro subterfúgio que dificulte a participação de interessado ou a atuação jurisdicional.

5.1.1. A matéria trabalhista das empresas públicas na Justiça do Trabalho

A Justiça do Trabalho pode, com base na disposição expressa do art. 15 do CPC/2015, que contempla a aplicação supletiva e subsidiária do Código ao processo trabalhista, abrir-se à homologação de acordos extrajudiciais.

A Resolução 203/15-03-2016, do TST, que aprovou a Instrução Normativa 39/2016 e definiu, *a priori*, quais institutos do CPC/2015 são inaplicáveis nessa justiça especializada não estabeleceu ainda óbice à aplicação do art. 725, inc. VIII, especialmente por não ter sido excluída essa hipótese na lista de ‘temas processuais vedados’ no processo trabalhista.

Tradicionalmente, essa justiça especializada resistia ao exercício da função homologatória de acordos extrajudiciais em seu ambiente, preferindo ambigüamente a contenciosidade, embora tenha surgido, historicamente, como uma justiça de conciliação.

Já na vigência do CPC/2015, a Justiça do Trabalho de 1ª Instância tem se negado a homologar acordos extrajudiciais, sob o fundamento da inexistência de conflito e da falta de interesse processual,⁵⁴ postura lamentável que merece correção e melhor compreensão dos tribunais regionais e do Tribunal Superior do Trabalho.

54 JT. 3ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano (MG). Processo 0011344-37.2016.5.03.0089. “O acordo firmado entre as partes era relativo aos direitos decorrentes do contrato de trabalho e à forma de sua extinção. Mas, ao perceber que não havia conflito de interesses, o magistrado julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, I do Código de Processo Civil: “Inexistindo o conflito e sendo desnecessário aos interessados o provimento jurisdicional buscado, reportando-me aos artigos 17 e 330, IV, do CPC/2015, indefiro a petição inicial, e julgo extinto o processo sem resolução do mérito nos termos do art. 485, I do CPC.” A sentença destaca que, de acordo com o artigo 17 do CPC/2015, “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Lembrou ainda que, conforme art. 330, inciso III do Código de Processo Civil, a petição inicial deve ser indeferida quando não houver interesse processual, sendo exatamente esse o caso, já que não há conflito de interesses ou, como se diz no mundo jurídico, não há “pretensão resistida”.

5.1.2. A matéria eleitoral em geral na Justiça Eleitoral

Imagina-se, também, a Justiça Eleitoral como competente para a homologação de acordos extrajudiciais, com base no art. 725, inc. VIII, do CPC/2015, a partir da disposição expressa do art. 15 do mesmo CPC, que contempla a aplicação supletiva e subsidiária na nova lei processual geral ao processo judicial eleitoral.

Não se pode, de antemão, considerar com vedada a transação, mediação e conciliação nas matérias afetas ao Direito Eleitoral, observadas as peculiaridades do processo que envolver crimes eleitorais e singularidades como a não registrabilidade e outras sanções como as inelegibilidades.

5.2. A petição inicial do procedimento homologatório

O procedimento terá início com a provocação conjunta dos interessados na homologação do acordo, por seus representantes judiciais, conforme a exigência de advogado ou não (JEF e JEFJP), pois se a norma autorizar à autodefesa processual civil, poderão os interessados acorrer diretamente. A Fazenda Pública da União, Estados, DF e Municípios estará sempre representada por seus procuradores e advogados, assim como os entes da administração indireta.⁵⁵

A petição atenderá, ainda, art. 720 do CPC/2015 e, também, obedecerá aos requisitos previstos no art. 319 e art. 320 do CPC/2015 (juntando os documentos que comprovem os dados do requerente).

Devem ser indicados todos os possíveis interessados no procedimento, conforme art. 721, do CPC/2015, isso inclui o Ministério Público (nas hipóteses do art. 178 do CPC/2015)⁵⁶ e a Fazenda Pública (nos termos do art. 722, CPC/2015).

Os atos administrativos antecedentes (processuais e procedimentais) já estão ou devem ser regulamentados no âmbito do ente federativo, em suas intrincadas peculiaridades e segmentações próprias (servidor público, tributária, patrimonial imobiliária etc.), de forma a instruírem a inicial com atenção às exigências e normas de cada ente.

5.3. Recebimento e eventual chamamento de interessados

O procedimento homologatório pressupõe, apenas, troca de escritos entre os interessados na homologação - que peticionam em conjunto, em inicial subscrita por um único advogado ou por advogados que representam os interessados - e o juízo.

Isso faz supor que todos os interessados já estejam presentes, mas é possível que o juiz, ao receber a inicial identifique a necessidade de intervenção de algum interessado ou interessados que não estejam presentes. Isso pode ser possível nos casos de litisconsórcio entre administrados e ou mesmo de assistência entre entes federativos ou assistência entre o ente da administração direta e outros da administração indireta.⁵⁷ Identificando a necessidade de chamamento, deve o juiz intimar o possível interessado, sem com isso, transformar o procedimento em contencioso.

Não há restrição, contudo, à participação de outros interessados, mas este procedimento de chamamento diz respeito, prioritariamente àqueles que no plano do direito material mantinham o negócio e o potencial

55 As Leis locais já estabelecem regras próprias para acordos judiciais e a necessidade de participação de dirigentes, conforme a alçada ou o valor do acordo, como a Lei. n. 9.469/1997.

56 A possibilidade de intervenção do Ministério Público se restringe agora, na Jurisdição Voluntária à presença de incapazes, que não deve ser excluída dessa hipótese de homologação de acordo extrajudicial e de transação, como de resto não é excluída dos juizados especiais, notadamente se envolver benefícios previdenciários como aposentadorias ou pensões e assistenciais como BPC.

57 Em geral a administração direta divide entre Ministérios ou Secretarias de Governo as tarefas de formulação das políticas públicas, cabendo a autarquias, fundações, agências, empresas públicas a execução dessas políticas, o que pode, em algumas situações, justificar o chamamento de autarquia governamental.

conflito; em princípio só a estes interessa. Há, contudo, um potencial remoto de ofensividade àqueles que, num eventual litígio com a mesmas partes seriam terceiros intervenientes. Aqui não há grande espaço para terceiros, mas tendo notícia da homologação judicial da transação extrajudicial podem vir ao procedimento para opor sua eventual impugnação, sem transformar o procedimento em um meio de finalização de todas as demandas entre todos. O espaço é estreito, sob pena de evidenciar-se lide que deveria ser discutida em ação de oposição, em embargos de terceiro ou outro procedimento especial ou comum.

5.3.1. Instrução complementar documental

Justifica-se a complementação documental ou mesmo a emenda da petição inicial, toda vez que o juiz não identificar os elementos essenciais ao prosseguimento do procedimento.

A emenda, nesses casos, pode ser quanto à inicial e aos fatos da causa, a fundamentação ou mesmo quanto à complementação documental essenciais, que deveria acompanhar a inicial.

5.3.2. A improvável, mas possível audiência de justificação

Caso o juiz entenda que não estão suficientemente demonstrados os elementos para a homologação da proposta do acordo trazido pelas partes, pode ouvir os interessados ou o interessado, marcando para isso uma audiência de justificação ou equivalente.

Base legal para esse ato está contida na possibilidade de chamamento das ‘partes’ para esclarecimento, previsto no CPC/2015, art. 139.⁵⁸ Tradicionalmente as audiências de justificação estão presentes em procedimentos especiais ou nas tutelas provisórias com a finalidade de confirmar fatos não suficientemente esclarecidos na inicial.

A possibilidade se vincula à necessidade de ouvir os interessados, testemunhas indicadas pelos interessados ou, eventualmente, terceiros que possam ser atingidos pelo acordo.

5.4. Ministério Público e seus limites de participação

Mantém-se o Ministério Público como legitimado para propor os procedimentos de jurisdição voluntária em casos expressos e outros não expressos no CPC/2015, desde que vinculados a presença de interesses protegidos ou, ainda, como fiscal da ordem jurídica.⁵⁹

Na hipótese de homologação judicial de acordo extrajudicial, há razões para excluir o Ministério Público, ainda quando esteja presente a Fazenda Pública (União, Estado, DF, Municípios e seus entes).

O art. 178, parágrafo único do CPC/2015, par. único, prevê que a participação da Fazenda Pública no processo civil não configura por si só hipótese da necessidade de intervenção do Ministério Público. Essa distinção entre certos interesses públicos que representados pela Administração não exigem a presença do Ministério Público no mesmo processo deve ser definido caso a caso, fechando-se a participação do órgão ministerial àqueles em que o interesse social é amplo ou merece atenção.

58 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

59 GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 719 ao 770. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 11. Breve Ensaio Inicial, item n. 7.1, p. 96-101; MANCUSO, Rodolfo Camargo. *A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 item n. 3.2, p. 192, observando a legitimidade do Ministério Público para propor ações da jurisdição voluntária.

5.4.1. Desnecessidade de participação obrigatória na homologação em juízo de acordo extrajudicial

Nesse sentido o CPC/2015 em parte estabiliza essa expansão e até retrai, concentrando a legitimação para os casos da presença do interesse público ou social, do interesse de incapaz e nos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana (art. 178 e incisos).⁶⁰

Caso verifique-se tratar-se de hipótese de intervenção pelo Ministério Público, a petição inicial deverá ser elaborada em três vias. Apresentando defeito sanável o juiz abrirá prazo para que a deficiência seja sanada no prazo de 15 dias, nos termos do art. 321 do CPC/2015, sob pena de extinção do feito. Se houver participação do Ministério Público, após o recebimento da inicial, este será intimado para que analise a petição e os documentos que a instruem, a fim de elaborar parecer sobre o pedido (art. 721 do CPC/2015). Na dúvida, é adequado abrir-se ao próprio Ministério Público a oportunidade para manifestar-se se teu ou não interesse em participar do processo de homologação.

5.4.2. A anterior legitimidade do Ministério Público para atuar como equivalente da Jurisdição Voluntária

Além de atuar na jurisdição voluntária, como parte ou como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público pode atuar como verdadeiro e próprio *equivalente da jurisdição voluntária*, nos limites do que descrito nos itens anteriores.

É certo que se tratavam de jurisdição voluntária os atos de homologação previstos na Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei. n. 7.244/1984, art. 55); e se trata também de jurisdição voluntária os atos da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995, art. 57); e provavelmente aquele CPC/1973 (art. 475-N, inc. V, introduzido pela Lei n. 11.232/2005, revogado) e, agora, reconhecido expressamente pela situação topografia no inc. VIII do art. 725 do CPC/2015.

Esses atos de natureza jurisdicional (voluntária) podem, também, há muito ser praticados pelo Ministério Público. Desde a Lei n. 7.244/1984, art. 55, parágrafo único,⁶¹ e antes dela também,⁶² e da Lei n. 9.099/1995, art. 57, parágrafo único.⁶³

Se os interessados, voluntariamente, optaram pela homologação direta, em juízo, seja nos juizados especiais ou em varas da justiça comum (estadual ou federal), ou ainda da justiça especial (trabalhista ou eleitoral) deve-se dar atenção ao art. 178, par. único, e ao art. do CPC/2015

5.5. A atividade judicial de controle de eventual uso da Justiça para fim vedado, violação de ordem e da igualdade dos administrados

Não pode a homologação ser o campo de falsa pacificação que lesa interesse ou direito de terceiro. Criar-se um 'contencioso' fictício ou contencioso criado, levar-se ao Estado para este atribuir o selo da pacificação e ocultar lesão a outrem não pode ser o fim da inovação. Para o controle desse risco, que deveria

60 A redação do artigo correspondente do CPC/1973 (art. 1.105) determinava a citação do Ministério Público, sob pena de nulidade do procedimento de jurisdição voluntária, agora excluída; na redação atual do art. 721 a *intimação* dá-se apenas nos casos vinculados ao art. 178, para, querendo, manifestarem-se.

61 Art. 55. [...] Parágrafo único - Valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

62 FRONTINI, Paulo Salvador. O Ministério Público no Juizado Espacial das Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. item n. 19, p. 193, onde identifica, desde a década de 1940, os antecedentes desta função e atividade homologatória de acordos.

63 Art. 57. [...] Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.

ser remoto, pode o juiz e seus poderes probatórios expandidos pela natureza da jurisdição voluntária, assim com o extenso arsenal sancionatório que o CPC/2015 oferece aos participantes do processo.

6. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA, RECURSOS E DESCONSTITUIÇÃO

É recorrível por apelação a sentença homologatória do acordo extrajudicial (art. 724) assim como pode ser objeto de ação impugnativa autônoma, ação anulatória ou, excepcionalmente, ação rescisória. A ‘escolha’ entre uma e outra hipótese está associada ao tanto quanto há de decisão no ato homologatório. Entre anulabilidade por ação anulatória (art. 966, § 4º) e rescindibilidade por ação rescisória (art. 966, incs. I a VIII) se vinculam à identificação ou não, nesses modelos procedimentais não-contenciosos, de jurisdição, processo, lide, sentença de mérito e coisa julgada material. Quanto mais o juiz examinar fatos e direito, mais próximo se estará da ação rescisória. Mais próximo também estar-se-á da rescisória se se evidenciarem os vícios rescisórios.

Assim, será cogitável a ação anulatória se os **atos de disposição de direitos ou atos praticados no cumprimento ou execução, praticados pelas ‘partes’ ou por outros participantes do processo possam conter vícios de vontade ou vícios sociais como:** o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão; e: a fraude contra credores e a simulação.

E será, também, cogitável, excepcionalidade, a ação rescisória diante da ocorrência de vícios do art. 966, em suas hipóteses contidas nos inc. I a VIII, que não podem ser excluídas de plano, pois pode o acordo confrontar a lei (art. 966, inc. V), transacionando direito não transigível como matérias relativas à improbidade administrativa; a simulação ou colusão das ‘partes’ (art. 966, inc. III); ou mesmo a corrupção do juiz (art. 966, inc. I).

7. CUMPRIMENTO E EXECUÇÃO DO ACORDO HOMOLOGADO

Todo o arsenal de medidas executivas disponíveis para o cumprimento de qualquer decisão pode ser estendido ao cumprimento do acordo homologado em juízo, na jurisdição voluntária. Pode a parte cumprir voluntariamente, sendo este o desejável, ou pode submeter-se a medidas para o cumprimento de sentença ou mesmo à execução forçada.

7.1. Cumprimento voluntário e cumprimento a pedido do ‘credor’ da sentença homologatória

A sentença homologada pode tanto reconhecer a obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda (arts. 534-535) como obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa (arts. 536-538).

No caso de obrigação de pagar quantia certa o cumprimento só é possível se o valor, a forma e o lugar do pagamento já estão definidos, não dependendo de liquidação ou etapa que retarde o cumprimento; tratando-se de pagamento em dinheiro, não se exclui o cumprimento da ordem cronológica e as modalidades de RPV ou precatório, segundo seja o valor inferior ou superior àqueles definidos na Constituição Federal,

art. 100⁶⁴ e §§, e no art. 87 do ADCT da mesma CF, para Estados, DF e Municípios⁶⁵ e na Lei 10.259/2001 para a União.⁶⁶ Nestes casos o juiz determinará a expedição do RPV ou imediata formação do precatório, obedecendo as normas constitucionais próprias.

No caso de obrigação de fazer, obrigação de não fazer ou obrigação de entregar coisa, a natureza do ato, a forma e a oportunidade ou data e do fato a ser cumprido devem estar já definidas na proposta homologada do acordo ou serem adicionadas ao processo, por meio de petição, bem assim se já tenham sido cumpridas logo após a homologação. Nesses casos o ato ou fato não se submete ao sistema de pagamentos (RPV ou precatório), mas podem obedecer a certa ordem cronológica, em casos de multiplicidade de atos idênticos ou iguais a serem cumpridos pela Administração.⁶⁷ Há nesses casos a possibilidade de imposição pelo descumprimento “de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (art. 536, § 1º), além da pena de litigância de má-fé se descumprir injustificadamente (art. 536, § 3º).

No caso de obrigação de entregar coisa, também pode haver a imposição das medidas coercitivas ao cumprimento (art. 538, § 1º e § 2º), vedada, contudo, a alegação de retenção por benfeitorias nessa fase, salvo se esteja prevista no próprio acordo homologado.

7.2. Tutela provisória da evidência e de urgência e medidas coercitivas para cumprimento

São cabíveis no processo de cumprimento dos *acordos extrajudiciais homologados judicialmente* as tutelas provisórias, seja a tutela da evidência ou as tutelas de urgência, seja também nas subespécies antecipada ou cautelar.

Especialmente a tutela provisória da evidência é aplicável (art. 311), quando se caracterizar, após a homologação do acordo, o puro propósito protelatório (art. 311, inc. I) ou pelo descumprimento ou mesmo pela criação de incidente impróprio

Quanto às tutelas provisórias de urgência, seja a tutela antecipada (arts. 305-310) ou a tutela cautelar (arts. 303-304), é de se entender como cabíveis, desde que, após a homologação judicial do acordo, surjam contemporaneamente ao cumprimento os requisitos para concessão de medidas urgentes de proteção ao processo (cautelares) ou de cumprimento antecipado.

64 Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [...] § 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

65 Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a: I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal; II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios. Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100.

66 Para definir o que seja ‘pequeno valor’, deve-se ler o art. 3º da referida lei, combinado com o art. 17, § 1º, que remete ao dispositivo do ADCT. Lei n. 10.259/2001. [...] Art. 17. [...] § 1º Para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, caput).

67 Exemplo que pode ser dado na administração quando decisões diversas ordenam a implantação de certo direito a grupo variado de pessoas ou empresas, em datas diversas, sem que se cumpram as sucessivas decisões na mesma ordem em que foram proferidas e sem que se obedeça a data de retroação dos efeitos igualmente a todos os beneficiários.

7.3. Inaplicabilidade execução judicial contra a Fazenda Pública

O cumprimento mediante execução forçada pela modalidade de ação de execução contra a Fazenda (art. 910) só é possível após a frustração do cumprimento voluntário ou espontâneo de títulos executivos extrajudiciais; não se aplica, portanto aos casos de cumprimento de títulos executivos judiciais originados da homologação prevista no inc. VIII do art. 725 do CPC/2015.

8. AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA NA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Sempre se associou a atuação do Ministério Público à jurisdição voluntária, crendo-se, até, que deveriam seus agentes participar de todos os atos dessa modalidade de atividade jurisdicional. Essa visão restritiva do CPC/2015 revê evidente limitação anterior na amplitude, com incremento da participação das demais Funções Essenciais à Justiça (Defensoria Pública e Advocacia Pública).

8.1. A participação limitada do Ministério Público

A participação ou a intervenção do Ministério Público na jurisdição voluntária tem sido, ainda, debatida, ora vinculada à presença de interesses que mereçam a sua proteção, ora mais estendida, quando associada sua presença à inafastabilidade do ‘interesse público’, além da presença de interesses privados protegidos (incapazes, estado, tutela, curatela, interdição etc.), gerando nulidade sua ausência quando citado, não tivesse intervindo. O art. 721 do CPC/2015 trata de *intimação* do Ministério Público e não mais de citação, como o art. 1.105 do CPC/1973, que tratava de *citação*, sendo prudente o exame do comentário correspondente a esse artigo.

Assim, limitada será a sua participação, especialmente nesses casos de homologação judicial de acordo extrajudicial, pois o art. 178, par. Único, é claro ao limitar que “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.”

8.2. A Participação ampliada e expressa da Defensoria Pública

A Defensoria Pública, instituição que galgou *status* constitucional da Constituição de 1988, como Função Essencial à Justiça⁶⁸ e nas Leis Complementares n. 80/1993,⁶⁹ ganhou, também, destaque especial no CPC/2015. A doutrina tem posição muito clara sobre os novos deveres sociais e políticos da Defensoria Pública no Estado Democrático de Direito, além dos encargos propriamente processuais⁷⁰ que atendem às expectativas de acesso à Justiça.⁷¹

68 A Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional n 80/2014, assim define: Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

69 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”.

70 ALVES, Cleber Francisco. *A justiça para todos: assistência judiciária gratuita nos Estados Unidos, França e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. item 5.3.2, p. 273-277.

71 RAMOS, Glauco Gumerato. Realidade e perspectivas da assistência judiciária aos necessitados no Brasil. In: *ACESSO à Justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

O art. 720 apresenta, expressamente, a possibilidade de representação da parte interessada pela Defensoria Pública. Diferentemente da atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública, a Defensoria atuará sempre que a parte for comprovadamente hipossuficiente, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF/1988 e inciso VIII do art. 4º da LPC 80/1993. A hipossuficiência segue as regras previstas nos arts. 98 e seguintes do CPC/2015, sendo presumida, caso seja deduzida por pessoa natural (art. 99, §3º).

Com sua legitimação para representação extrajudicial aos hipossuficientes, poderá a Defensoria Pública, também, representá-los extrajudicialmente e ou judicialmente na homologação judicial desses acordos de jurisdição voluntária.

8.3. A participação mantida da Advocacia Pública em representação à Fazenda Pública

Quando houver interesse da Fazenda Pública, o juiz oficiará o ente competente, a fim de que se pronuncie (art. 722, CPC/2015); esse interesse se anuncia especialmente em procedimentos que envolvem bens e a Fazenda pode vir a recebê-los, tais como coisas vagas, bens de ausentes e herança jacente.

Outra coisa é a participação da Fazenda Pública, por sua Advocacia Pública, propondo a conciliação, pela homologação judicial de acordos extrajudiciais (art. 725, inc. VIII), seja na administração direta, seja na administração indireta.

9. OUTROS ASPECTOS

Há muitos outros pontos que mereceriam aprofundamento, mas aqui serão brevemente destacados alguns deles, tal como a convergência da homologação com os negócios processuais e as possibilidades de conversão procedimental e de aproveitamento de atos.

9.1. Convergência com negócios processuais (art. 190 CPC/2015)

Há possibilidade de convergência entre a hipótese de homologação de acordos extrajudiciais, considerada como jurisdição voluntária pelo inc. VIII do art. 725 do CPC/2015, e os negócios processuais, introduzidos no mesmo CPC pelo art. 190. Essa possibilidade foi identificada por Leonardo Carneiro da Cunha⁷²

9.2. Conversão do procedimento em procedimento de mediação, conciliação ou arbitral

No curso do procedimento homologatório, se supõe que todas as questões estejam resolvidas pelas 'partes', não se imaginando que tenha o juiz deveres propriamente decisórios. Contudo, se novas questões venham a se tornar controvertidas, mesmo aquelas já aparentemente aplainadas, podem voltar a se apresentar pontos controvertidos. Essa controversão pode justificar a conversão do procedimento homologatório de jurisdição voluntária em procedimento que tenha a finalidade de obter nova conciliação ou mediação (judicial ou mesmo extrajudicial) ou, ainda, a conversão em procedimento arbitral, este sim, de natureza exclusivamente extrajudicial. Neste último caso cessa a atividade homologatória, justificando-se a extinção do procedimento homologatório.

72 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. cap. XVI, item n. 16.4, p. 658-663.

9.3. Conversão do procedimento especial de jurisdição voluntária em procedimento comum contencioso

Entretanto, se surge questão controversa invencível, impróprio é o procedimento homologatório do acordo, antes escolhido pelos interessados, não se justificando neste caso o prosseguimento. Duas alternativas se abrem: a) a opção de extinção por sentença, recorrível por apelação; e b) a opção de aproveitamento e conversão em procedimento comum contencioso, a ser definido pelo juiz, a requerimento das partes que controvertem.

10. OBSERVAÇÕES FINAIS SOBRE A RACIONALIDADE DA EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Michele Taruffo, em obra traduzida para o espanhol sob o título de ‘Racionalidad y crisis de la ley procesal’ aponta dois sentidos de racionalidade da lei processual, *um primeiro* relacionado à coerência – aqui afastado – e *um segundo* relacionado à funcionalidade instrumental que pode ser aproveitado para justificar a expansão dessa nova função resolutive da jurisdição voluntária.⁷³

Embora se justifiquem as críticas à renúncia da Administração à sua *capacidade resolutive direta ou própria* e de reconhecimento de direitos, assim como aquela que lhe possibilita o ajustamento, o aplainamento de diferenças, o acordo com concessões multilaterais e mesmo a renúncia de direitos, nesta vai-se a juízo buscar uma chancela homologatória como meio de resolução para os casos em que ambos os interessados desejam essa forma de finalização da controvérsia.

Vê-se nesta forma apenas uma forma a mais no universo de alternativas judiciais de resolução, dando ainda mais *racionalidade funcional* à atividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco. *A justiça para todos: assistência judiciária gratuita nos Estados Unidos, França e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado da do direito material (tema tratado com referência particular à situação do consumidor). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, abr./jun. 1992.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ASSIS, Araken. O procedimento de dúvida e o princípio de adstrição do juiz ao pedido da parte. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 31, v. 107, ano.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da*

73 TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal. Sobre las fronteras: escritos sobre la Justicia Civil*. Bogotá: Themis, 2006. cap. II, item n. 2, p. 45; O autor demonstra ceticismo com as formas alternativas e com seu avanço, cap. II, item n. 3, p. 50-51.

- supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante. Cinco Errores Generalizados de la Doctrina y la Legislación procesal. Como rectificarlos. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 12, 1999.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015
- COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1989. T. 1
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual das pequenas causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERRAZ, Cristina. *Jurisdição voluntária no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais*, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FRONTINI, Paulo Salvador. O Ministério Público no Juizado Espacial das Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas (Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GAMA, Evando Costa. Conciliação e transação nas causas de natureza tributária nos juizados especiais. In: GUEDES, Jefferson Carús. (Org.). *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Transação tributária: introdução à justiça fiscal consensual*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

- GORDILLO, Augustín. Participación administrativa. *Revista de Direito Público*, v. 18, n. 74, abr./jun. 1985.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo, Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GUEDES, Jefferson Carús. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 719 ao 770. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 11
- GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: *ADVOCACIA de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HAEBERLIN, Martín. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado meritocrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 1964.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. *A resolução dos conflitos e a função jurisdicional no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, no egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 820, 2004.
- MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MORAIS, José Luís Bolzan de. O direito da cidadania à composição de conflitos: o acesso à justiça como direito a uma resposta satisfatória e a atuação da advocacia pública. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n. 77, p.183-218, mar. 2000.
- MORELLO, Augusto Mario. *El proceso justo*. La Plata: Platense, 2005.
- NASSIF, Eliane. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da 'justiça menor' no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: *DIREITO Administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 159-187
- PRATA, Edson. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979.
- RAMOS, Glauco Gumerato. Realidade e perspectivas da assistência judiciária aos necessitados no Brasil. In: *ACESSO à Justiça e cidadania*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SAR-

MENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515-551

TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal. Sobre las fronteras: escritos sobre la Justicia Civil*. Bogotá: Themis, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 251, jan. 2016.

VENTURINI VILLAROEL, Ali Jose. Apunte sobre la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de autocomposición procesal y ejecución en sede de jurisdicción voluntaria. *Boletín de la Academia de Ciencias. Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas, v. 70, n. 141, 2003. Disponível em: <<http://acienpol.msinfo.info>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide. (Org.) *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A mediação comunitária como
ferramenta de acesso a justiça
e desenvolvimento no espaço
local**

**Community mediation as a
tool for access to justice and
development in local space**

Daniela Arguilar Camargo

A mediação comunitária como ferramenta de acesso a justiça e desenvolvimento no espaço local*

Community mediation as a tool for access to justice and development in local space

Daniela Arguilar Camargo**

RESUMO

A mediação comunitária é um meio de exercício da cidadania, podendo ser entendido também como uma ferramenta de pacificação social. Acarretando em um modo de tratamento de seus próprios conflitos, sendo a pacificação social uma das finalidades do Estado, diretamente exercida pelos cidadãos. O mediador comunitário, em regra, é escolhido por pessoas da própria comunidade, ocasionando em situações de imparcialidade, contudo sua atuação é considerada pela maioria como sendo justa. Dessa forma, sendo da comunidade, o mediador conhece as pessoas antecipadamente, em algumas situações possui parentesco ou alguma outra relação de amizade. Contudo, essas relações, apensar de afetarem ou não, mostram-se irrelevantes no espaço local, uma vez que a sociedade reconhece ele como sendo uma figura neutra. Nesse sentido, o objetivo está na estrutura da mediação em que essa passa a demonstrar-se como uma forma facilitada de acesso a justiça, pois essa prática permite aos cidadãos uma atuação mais ativa no tratamento de seus conflitos, ganhando maior independência. Do exposto, a estrutura metodológica, parte da conceituação da mediação comunitária, para posteriormente analisar a influência da sociedade no papel do mediador, e ao final indicá-la como uma ferramenta de acesso a justiça no espaço local, sendo utilizado como método de pesquisa o bibliográfico e dedutivo.

Palavras-Chave: Espaço local. Justiça. Mediação comunitária.

ABSTRACT

Community mediation is a means of exercising citizenship, and can also be understood as a tool of social pacification. Carrying in a way of handling their own conflicts, social pacification being one of the purposes of the State, directly exercised by the citizens. The community mediator, as a rule, is chosen by people from the community itself, causing in situations of impartiality, but their performance is considered by the majority to be just. In this way, being of the community, the mediator knows the people in advance, in some situations it has kinship or some other relation of friendship. However, these relations, whether they affect or not, are irrelevant in the local space, since society recognizes it as being a neutral figure. In this sense, the objective is in the structure of mediation in which it is shown to be a

* Recebido em 16/11/2016
Aprovado em 10/01/2017

** Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Pós-Graduada em Direito Tributário e em Planejamento Tributário pela Escola Superior da Magistratura Federal e Universidade do Norte do Paraná. Graduada em direito pelo Centro Universitário Franciscano. Integrante do grupo de pesquisa “Gestão local e políticas públicas” coordenado pelo Pós-Doutor e Professor Ricardo Hermany. Email: danielacamargo68@gmail.com

facilitated form of access to justice, since this practice allows citizens to act more actively in the treatment of their conflicts, gaining greater independence. From the above, the methodological structure, part of the conception of community mediation, to later analyze the influence of society in the role of mediator, and finally to indicate it as a tool for access to justice in the local space, being used as research method the Bibliographic and deductive.

Keywords: Local space. Justice. Community mediation.

1. INTRODUÇÃO

A mediação comunitária destaca-se pelos seus aspectos diferentes dos demais meios de tratamento de conflitos, sendo um meio de exercício de cidadania, podendo ser entendido também como uma ferramenta de pacificação social. Salienta-se que uma das finalidades do Estado é a pacificação social, exercida diretamente pelos cidadãos.

Inicialmente, o mediador comunitário, em regra, é escolhido por pela comunidade, ocorrendo divergências em situações de imparcialidade, pois como é escolhido pelos cidadãos locais, o mediador conhece a vida das pessoas, e em algumas situações ainda possui parentesco ou relação de amizade com outras. Contudo essas situações são consideradas justas pela sociedade, dada à neutralidade reconhecida no papel do mediador.

A figura do mediador é ser um terceiro neutro, imparcial e sem poder decisório, intervindo de maneira auxiliadora para que as pessoas cheguem a um tratamento para o seu conflito que os satisfaça. Assim, é baseado na composição de interesses, e não apenas na alegação de direitos, por isso que se trata de um método voluntário, em que só é possível um acordo se ambas as partes concordarem.

Nesse sentido, a sociedade possui uma atuação influenciadora no papel do mediador, uma vez que é a partir dela que os conflitos são criados, além do mais este é reconhecido pela sociedade como uma pessoa de prestígio e com valores éticos, sendo lhe cobrado uma postura justa e honesta.

A mediação comunitária possui o condão de auxiliar as pessoas no tratamento de seus conflitos, e além do mais educa a sociedade, construindo novos valores e alterando a forma de agir e pensar em coletividade.

Essa ferramenta é entendida como uma forma de acesso a justiça, não sendo então apenas um modo de pacificação social, mas também como meio de exercício da cidadania, visando independência da sociedade local. Frente a isso, ao solucionar conflitos sem a presença do judiciário, os cidadãos tornam-se menos dependentes da assistência estatal.

Com a mediação os conflitos são tratados de maneira imparcial, deixando as partes debaterem e tratar de seu embate, acarretando em uma melhor solução, as vinculando novamente. Fazendo-se com que a comunidade tenha um melhor tratamento e que tenha uma boa convivência, pois além de tratar conflitos, criam-se novos valores e princípios, como o da solidariedade e igualdade, promovendo até um maior desenvolvimento local e ampliando a pacificação.

O desenvolvimento de uma sociedade não depende apenas da atuação de determinados grupos ou atores políticos, mas sim no conjunto desses. Por isso que a participação social é fundamental nos governos locais, pois além de os cidadãos poderem debater sobre as suas necessidades, controlam ainda as ações governamentais.

Por isso que a participação é tão importante, e por meio da mediação comunitária, com a educação, pacificação e uma nova forma de tratar conflitos, o desenvolvimento local emerge com clareza, uma vez que todos começam a trabalhar para isso.

Ao final, a estrutura metodológica bibliográfica e dedutiva, inicia com a conceituação da mediação

comunitária, traçando alguns aspectos introdutórios, para posteriormente analisar a real influência da sociedade no papel do mediador, já que esta, em regra, escolhe a pessoa mais indicada para assumir tal função, e ao final indicar a mediação comunitária como uma ferramenta de acesso a justiça no espaço local.

2. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA

A mediação vem ganhando espaço na sociedade por ser um método extrajudicial de tratamento de conflitos, cotando com 32 técnicas utilizadas, que são aplicadas de forma natural, sendo considerado também como um meio de exercício de cidadania e pacificação social.

Conforme sustenta Lília Sales e Sandra Moreira¹, “A efetividade da cidadania e a participação democrática do poder hão de ocorrer, não só mediante a eleição livre dos representantes do povo, mas também através da disponibilização dos meios e oportunidade para a participação popular”. Nesse entendimento, no espaço comunitário, a mediação promove a participação da sociedade no tratamento de seus conflitos, proporcionando ainda a preservação das relações e a satisfação dos interesses das partes, além da economia financeira e de tempo para o tratamento do conflito. Ainda conforme Lília Maia de Moraes Sales.

A mediação comunitária possui como objetivo desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz. Busca ainda enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas e a convivência pacífica e contribuir para um melhor entendimento de respeito e tolerância e para um tratamento adequado daqueles problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz².

De forma diacrônica, a mediação pode ser encontrada em diferentes culturas pelo mundo, como comunidades religiosas, onde era normal o líder do grupo desempenhar a função de mediador³. Com a colonização das Américas e a migração, as comunidades formam métodos para solucionar os conflitos entre si, elegendo um líder, agrupando-se em virtude da sua etnia, ou religiosidade.

No período da colônia, o modo de solucionar conflitos na comunidade ganha ainda mais impulso, com o fortalecimento dos laços entre os membros dos grupos. De acordo com Jerold Auerbach, em agrupamentos religiosos, o tratamento de conflitos judicialmente era desestimulado, acarretando em sanções sociais para os que não respeitavam a regra⁴.

Ainda conforme o referido autor, os grupos que migraram no século XIX também contribuíram para a participação na mediação comunitária, uma vez que desenvolviam câmaras de mediação para tratarem de seus conflitos⁵. Ainda contribuíam com valores formadores de um sistema legal para poderem reger-se. No Estado brasileiro, a mediação comunitária é recente, surgindo a partir de iniciativas por parte dos grupos comunitários, e também pelos Tribunais de Justiça, para a implementação dessa forma de tratamento de conflitos.

Então, passa a ser realizada na periferia, propiciando a conscientização de direitos e deveres, além da prevenção dos conflitos, criando certa interação entre os envolvidos, incentivando-os a participarem ativamente junto com os membros da comunidade, fundamentando que é melhor organizar o pensamento de forma coletiva do que individual. Thamy Pogrebinski salienta a importância da cooperação amigável, como fundamental na sociedade.

1 MOREIRA, Sandra Mara Vale. Mediação e democracia: novo horizonte, outros caminhos para a práxis cidadã. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. (Org.). *Constituição, Democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento: Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 15.

2 SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 135.

3 MOORE, Christopher. *O Processo De Mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998. p. 23.

4 AUERBACH, Jerold. *Justice Without Law?*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

5 AUERBACH, Jerold. *Justice Without Law?*. Oxford: Oxford University Press, 1983. p. 32.

No contexto de um processo tão livre, e tão intrinsecamente auto-corretivo de intercomunicação, é inevitável que surjam conflitos entre os indivíduos, dado que cada um tem sua maneira de enxergar necessidades, fins e conseqüências. A solução para tais conflitos é a “cooperação amigável”. [...] Em outras palavras as controvérsias devem ser transformadas em empreendimentos cooperativos em que as duas partes aprendem possibilidades, uma à outra, a chance de expressar-se⁶.

Ainda quando a isso, Jean François Six entende que “[...] a primeira mediação a fazer é a de devolver confiança às cidades e aos subúrbios, estudando-se a fundo sua realidade e potencialidades [...] criar uma democracia urbana, pesquisar novas maneiras de os cidadãos tornarem-se cidadãos de fato [...]”.⁷ O autor ainda salienta que a mediação comunitária se mostra como um meio de tratamento de disputas, principalmente quando levado as pessoas que vivem na margem da sociedade, excluídas pela desigualdade social.

Dessa forma, a participação cidadã se mostra como uma peça fundamental na mediação comunitária, uma vez que o tratamento de determinado conflito dentro da sociedade pode ser tratado mais rapidamente, impulsionando ainda fortalecimento do desenvolvimento comunitário. Nesse entendimento, o diálogo entre membros da sociedade constrói pontes que edificam relações de cooperação, ocasionando na abertura de novos caminhos para uma transformação social e cultural.

Nesse mesmo sentido, Luis Alberó Warat, entende que o conflito se transforma, e muitas vezes traumatiza as partes, por isso muitas vezes é preferível a mediação, uma vez que ela reestabelece a comunicação entre as partes.

A transformação do conflito em litígio exige o percurso institucional de um processo, que inevitavelmente traumatiza as partes. Particularmente me preocupo mais com os traumas processuais do que com os mecanismos com que conseguimos falsificar as fundamentações. Prefiro o Direito muito mais imperfeito e muito mais sensível⁸.

Na compreensão de Lília Maia de Moraes Sales a mediação comunitária é democrática e permite o acesso a justiça, promovendo ainda a inclusão social, “A mediação comunitária é democrática porque estimula a participação ativa das pessoas na solução de conflitos, permite o acesso à justiça (resolução de conflitos) por parte dos hipossuficientes e propicia a inclusão social quando deixa que por eles mesmos a solução de seus problemas”⁹.

Por conseguinte, a mediação não se limita somente a uma técnica, pois quando é operada na comunidade, ela articula com outras atividades comunitárias, como a educação para os direitos. Passa a ganhar relevância quando os mediadores são membros de suas comunidades, integrando o espaço local, esses atores se legitimam e articulam oportunidades para que a comunidade se identifique e compreenda seus conflitos, para que estes possam ter um tratamento adequado.

Ainda quanto as diferenças nas práticas de tratamento de conflitos, Fabiana Spengler, entende que a mediação possui como finalidade a reabertura dos canais de comunicação antes interrompidos, estabelecendo a comunicação entre as partes.

A mediação difere das práticas tradicionais de tratamento de conflitos justamente porque o seu local de atuação é a sociedade – e sua base de operações o pluralismo de valores – composta de sistemas de vida diversos e alternativos. Sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos. O seu desafio mais importante é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal ambição não se resume a propor novos valores, mas restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo¹⁰.

6 POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 51.

7 SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Trad. Águeda Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

8 WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 58.

9 SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 135.

10 SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária enquanto Política Pública Eficaz no Tratamento dos Conflitos. In:

A mediação comunitária fortalece os laços sociais operando e convertendo o conflito, oportunizando uma nova teia social, a comunidade produz e faz a utilização da sua cultura e conhecimento local e constrói um tratamento para o problema que lhe afeta, abrindo um canal para dar respostas comunitárias; assim entende Nató, et al.

O âmbito comunitário é, em si, um espaço de grande riqueza por sua aptidão em difundir e aplicar os métodos pacíficos de gestão de conflitos ou tramitação das diferenças. A mediação, como instrumento apto a esse propósito, brinda os protagonistas – aqueles que compartilham o espaço comunitário – a oportunidade de exercer uma ação coletiva na qual eles mesmos são os que facilitam a solução dos problemas que se apresentam em suas pequenas comunidades. Neste sentido, o desenvolvimento destes processos [...] constitui um valioso aporte e um avanço concreto relativo à nossa maturidade como sociedade e colabora efetivamente em pró de um ideal de uma vida comunitária mais satisfatória [...]. A mediação é valorada como um terreno privilegiado para o exercício da liberdade, um lugar de crescimento e desenvolvimento, a partir de – na expressão de Habermas – uma atuação comunicativa¹¹.

Um dos desafios que a mediação enfrenta, segundo Fabiana Spengler, não é aquele que gera relações boas e sociedades isentas de conflito. O enfrentamento está no encontrar mecanismos que possibilitariam uma convivência pacífica em sociedade, diminuindo os conflitos.

De fato, o principal desafio que a mediação enfrenta não é o de gerar relações calorosas e aconchegantes, sociedades isentas de conflito ou uma ordem de mundo harmoniosa. Ao invés disso, considerando-se a natureza endêmica do conflito, talvez o seu principal desafio seja encontrar mecanismos que possibilitem uma convivência comunicativamente pacífica. Objetivando investigar como se dão essas interações e como a mediação delas se apropria para reestabelecer a comunicação entre as partes gerando consenso [...]¹².

Assim, a mediação tem o condão de promover a educação, identificando as diferenças e promovendo a tomada de decisões sem a intervenção de um terceiro, que no próximo capítulo será analisado, simbolizando a ferramenta de exercício da cidadania. Ao tratar os conflitos sem o auxílio do poder judiciário, a sociedade local se torna menos dependente, aumentando a pacificação social, sendo uma das finalidades do Estado, sendo exercida diretamente pelos cidadãos.

De acordo com Sandra Mara Vale Moreira “[...] por perseverar as relações sócio-afetivas, encarando o indivíduo como responsável por suas próprias ações e, como tal, capaz de solucionar seus problemas, atuando como sujeito de seu destino, [...]”. Complementa ainda que a mediação desperta a consciência do cidadão como ator social. Preservando ainda a dignidade do homem, a mediação regata um sentimento de cidadania, que se encontrava adormecido¹³.

É defendida a ideia de necessidade da implementação da mediação comunitária para promover o diálogo entre a sociedade, reinserindo os cidadãos em suas identidades participantes da sociedade, pois o viés democrático da mediação dá a oportunidade de reflexão e decisão com a outra parte envolvida, nesse sentido Rafael Mendonça esclarece que,

A Mediação de Conflitos apresenta um valor democrático intrínseco. [...] Não há nada mais democrático do que decidir por si. Novamente, essa emancipação democrática guarda fortes relações com cidadania da proposta transmoderna. Dessa forma a concepção transformadora do conflito existente na Mediação [...] é também uma forma de realização da democracia, da cidadania [...]¹⁴.

As pessoas que vivem em comunidades, a mediação se torna eficaz, conforme já salientado, perfazendo

LEAL, R; REIS, J. R. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. p. 211.

11 NATÓ, A. M.; QUEREJAZU, M. G. R.; CARBAJAL, L. M. *Mediación comunitária*. Buenos Aires: Universidad, 2006. p. 109.

12 SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 350.

13 MOREIRA, Sandra Mara Vale. Mediação e democracia: novo horizonte, outros caminhos para a práxis cidadã. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. (Org.). *Constituição, Democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento: Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

14 MENDONÇA, Rafael. *Transmodernidade e solução de conflitos*. São Paulo: Letra d’água, 2006. p. 117.

um processo democrático e possibilitando um acesso a justiça. Dentro dessas comunidades os conflitos são constantes, e muitas vezes não são alcançados pela via tradicional, seja pela falta de informação, ou capacidade financeira, encontrando na mediação, um espaço para que seu conflito seja debatido. A partir disso, a mediação comunitária se torna uma peça fundamental como um meio para o tratamento de conflitos, em que o papel do mediador também deve ser analisado, frente a sociedade que pode ou não influenciar na sua atuação.

3. A INFLUÊNCIA DA SOCIEDADE NO ESPAÇO LOCAL FRENTE AO PAPEL DO MEDIADOR

Primeiramente, para o desenvolvimento da mediação comunitária, se faz necessário um mediador, que deve ser neutro e imparcial, e essa seleção é dividida em fases com a definição das tarefas de atuação do mediador, as qualidades para o cumprimento e o treinamento aos que foram selecionados¹⁵.

No Brasil, o mediador é escolhido pela sociedade local, e normalmente sua posição é imparcial, considerada por todos os demais como sendo justa, e por estar inserido na sociedade, o mediador já conhece as partes, possuindo relações de amizade, parentescos e convívio social. Tais relações não devem afetar a atuação do mediador, e em muitas vezes se tornam irrelevantes no âmbito local, pois a sociedade reconhece o mediador como uma figura neutra¹⁶.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal criou critérios para a seleção de seus mediadores, entre elas as experiências de aperfeiçoamento, onde enviaram cartas às comunidades e essas convidadas a participar e escolher o seu mediador. Os classificados são passados para uma fase de treinamento nas áreas do direito e mediação.

É de suma importância que o mediador passe a estabelecer uma comunicação com as partes, estabelecendo o *rapport*, que está direcionado a liberdade na comunicação, de conforto das partes e da qualidade do atendimento. Por isso que os mediadores inseridos na comunidade facilitam o *rapport*, existindo fatores de identificação entre o mediador e as partes¹⁷.

Ainda existem diferenças entre os mediadores institucionais e os mediadores cidadãos, conforme Fabiana Marion Spengler, a eles nos dirigimos da mesma forma, solicitando que seja apenas uma pessoa neutra, alguém que não faz recair o seu peso de poder sobre alguma decisão.

Além de possuírem origens diferentes, os mediadores institucionais e cidadãos também tem condutas/ maneiras de agir diferentes. Primeiramente, os mediadores institucionais são essencialmente especialistas formados para atender a um problema específico, bem definido, pelo qual vão responder. Já os mediadores cidadãos são os cidadãos entre os cidadãos. E se aos primeiros, porque aparecem como que exprimindo um poder, pede-se trazerem respostas a problemas, outra será a posição relativa aos mediadores cidadãos. [...] O que se pedia aos mediadores cidadãos? Deve ser, por sua presença, sua colhida, sua escuta, alguém que permitira avançar no tratamento do problema- no qual não vê a decisão tomar – que existe com outro, na sua família, na empresa, no bairro. [...]¹⁸.

O mediador deve zelar pela privacidade do que é tratado dentro do espaço, deve ser neutro e imparcial, não podendo sentenciar, nem indicar uma “saída”, deve a cima de tudo, deixar que as partes conflitantes resolvam seu conflito.

Importante o que destaca Luis Alberto Warat, quanto ao mediador, que o mesmo deve fazer com que os

15 STULBERG, J. B.; MONTGOMETY, R. Design Requirements for Mediator Development Programs. In: Hofstra Law Review. Sine loco, Hofstra Law, 1987.

16 MOORE, Christopher. *O Processo De Mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

17 MOORE, Christopher. *O Processo De Mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

18 SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à mediação*: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 323-324.

envolvidos participem ativamente buscando um tratamento para seus interesses, pois ninguém é melhor do que as próprias partes. Pois tudo em uma mediação deve ocorrer entre os conflitantes, sendo o mediador apenas um auxiliador.

O grande segredo, da mediação, como todo segredo, é muito simples, tão simples que passa despercebido. Não digo tentemos entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema. [...] Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação.[...] Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa). [...] Os sentimentos sente-se em silêncio, nos corpos vazios de pensamentos. As pessoas, em geral, fogem do silêncio. Escondem-se no escândalo das palavras. Teatralizam os sentimentos, para não senti-los. O sentimento sentido é sempre aristocrático, precisa da elegância do silêncio. As coisas simples e vitais como o amor entende-se pelo silêncio que as expressam. A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta mediação¹⁹.

Dentre todas as qualidades de um mediador, a autenticidade, capacidade de escuta, de entrar na relação, de não ser dramático perante a situação, de resumir a situação e a aptidão; de ver e criar alternativas e de persistência e perseverança frente ao conflito.

Ainda diante do ensinamento por Fabiana Marion Spengler o mediador comunitário sendo neutro, não detém um poder de decidir, facilitando e auxiliando o diálogo entre as partes. O objetivo é a reconstrução de laços comunitários que foram destruídos, restabelecendo a comunicação entre os envolvidos²⁰. O mediador comunitário, sendo parte da comunidade, tem a finalidade de levar a comunidade a inclusão social, possibilitando o tratamento de conflitos por ela mesma, fazendo com que se fortaleça o sentimento de cidadania e participação social²¹.

O mediador como morador da comunidade reconhece e compartilha a realidade das partes conflitantes, gerando uma sensação de que estes são tratados por alguém igual, não ocorrendo o mesmo no Judiciário, uma vez que o juiz é uma figura que passa a sensação de poder sobre os demais, além de ser uma pessoa desconhecida. Os conflitos que são encaminhados para a mediação contam com um mediador com valores e hábitos das partes, pois a fala que ele possui não é a mesma atribuída pelo Estado, e sim pelos conflitantes²².

As práticas da mediação comunitária traduzem em uma visão da realidade social, e quando esta não é bem aplicada ocorre uma desconstrução da mediação, feita por cidadãos, justamente pela intervenção dos contextos populares e ausência de direitos fundamentais. Nesse sentido, não se pode dizer que a prática da mediação por alguém da comunidade é uma forma totalmente eficaz, uma vez que pode acontecer uma valoração a comunidades excluídas de acesso a justiça, e não recortar a mediação a contextos específicos.

A mediação dos conflitos comunitários se torna um aliado ao Judiciário, uma vez que auxilia a solucionar conflitos, prevenindo a violência, onde não há perdedores, pois se todos se sentem satisfeitos está resolvido o problema, caso contrário não. Oferece um caminho para a prática da cidadania, incentivando a participação ativa, buscando conjuntamente pelas partes um tratamento dos mais variados que surgem a partir de relações entre família, vizinhos, consumidor dentre outras.

19 WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 424.

20 SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

21 SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e alteridade: a necessidade de “inovações comunicativas” para lidar com a atual desordem conflitiva. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. (Org). *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: UNIJUÍ, 2011.

22 SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

Luis Alberto Warat entende que a mediação deve ser uma superação da cultura jurídica no mundo moderno que está pautada no litígio e possui como objetivo descobrir a verdade, que deve ser descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus na descoberta de uma verdade que é só imaginária.

Conforme já elucidado, o mediador comunitário pode ser um cidadão comum, membro da sociedade, sendo escolhido por ela para desempenhar essa função. Consequentemente, afirma-se que essa escolha deve ser democrática, e não apenas de um grupo de indivíduos fechados, pois este deve ser imparcial, e não puxar para um dos lados das partes, solucionando o conflito de melhor forma para uma, porque é vizinho ou parente. O mediador, antes de ser neutro e parcial, deve ser honesto com a sua função.

Ao final, cumpre ainda salientar que a sociedade passa a influenciar no papel do mediador quando esta escolhe o seu mediador, e quando pede para ele tomar uma posição. O mediador fortalece o instrumento da prática de cidadania e democracia, facilitando o acesso a justiça, esclarecendo aos cidadãos seus direitos e deveres, que são assegurados pela Constituição de 1988. Permite aos envolvidos uma solução, desenvolvendo a cultura do diálogo e da participação, para conjuntamente promover a inclusão social na sociedade.

Do exposto, quanto maior a intensidade nos laços que unem os cidadãos na comunidade, maior é a importância dada a esse meio de tratamento de conflito. Essas comunidades com alto grau de conduta e solidariedade, a escolha de um membro de sua comunidade pode representar um fator de legitimação de um programa de mediação comunitária como um todo²³.

4. A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FORMA DE ACESSO A JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO NO ESPAÇO LOCAL

A mediação comunitária possui várias características e se difere da conciliação nos juizados especiais, como exemplo. Com o intuito de resgatar os vínculos Warat “é necessário apostar na cultura, na alteridade, no desejo. A resistência cultural. A cultura da paz, da mediação, da alteridade do amor. [...]. A mediação dos excluídos”²⁴. Acredita-se que os cidadãos possam tratar seus conflitos sem que o ente estatal venha a intervir.

Além de facilitar o acesso à justiça aos membros da comunidade, ela passa a promover certa preservação de valores e manutenção da paz social. A mediação comunitária, quando é integrada a comunidade, permite que os membros também atuem conjuntamente. Pois a partir do momento em que os membros se tornam menos dependentes do Estado, o ambiente fica propício para o exercício da cidadania.

Diferentemente do Judiciário em que se julga um litígio, a partir de um direito e sua respectiva fundamentação, a justiça fica reduzida somente ao direito. Antonie Garapon esclarece ainda que para se fazer justiça é preciso falar, testemunhar, sendo necessário estar na situação de julgar.

O evento de julgar integra a justiça da mesma forma que integra o direito, ou seja, é a sua fundação. Ora, a justiça, muitas vezes reduzida ao direito, isto é, ao texto, apresenta-se amputada de uma parte de si mesma. A filosofia do direito contemporâneo faz lembrar uma teologia privada de liturgia ou uma crítica de teatro desconhecadora da encenação. Para fazer justiça, é preciso falar, testemunhar, argumentar, provar, escutar e decidir. Para tudo isso, é necessário, antes de mais, estar em situação de julgar²⁵.

Uma faz grandes diferenças entre o judiciário e a mediação comunitária está na palavra julgar, o primeiro julga, o segundo é uma forma entre as partes de tratar um conflito. Conforme Boaventura Santos, estamos

23 PERKOVICH, Robert. A comparative analysis of community mediation in the United States and the People's Republic of China. In: Temple International and Comparative Law Journal. Sine loco, Temp. Int'l & Comp. L. J., 1996.

24 WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67.

25 GARAPON, Antonie. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 67.

atravessando um período de transição paradigmática, um processo de construção de um modo de pensamento novo, interagindo com o mundo através de um outro paradigma, intitulado como um conhecimento prudente para uma vida decente. Ainda segundo o autor, emerge de um referencial teórico de representações inacabadas, no campo da emancipação e racionalidade.

Alicerçado a isso, está o afastamento de um paradigma científico, mostrando-se melhor adaptado ao desenvolvimento de etapas de regulação. Estão presentes duas dimensões nos princípios da comunidade, a participação e a solidariedade, constituidores de um referencial teórico para um mecanismo de tradução de conflitos.

A mediação também surge como um método auxiliar para a redução das demandas no poder judiciário, e também por uma série de percalços, como a vagarosidade do processo judicial e a burocracia enfrentada na solução dos conflitos, nesse sentido o referido autor entende que,

Destaco inicialmente a questão da morosidade. A morosidade judicial tem uma história longa e famosa, acompanhada de um não menos longo e famoso histórico de tentativas de resolução do problema. O novo contexto de intervencionismo do judicial de que falei coloca outras luzes sobre a questão. A juridificação econômica, política e do bem-estar social tem como outra face o aumento exponencial da litigação e a conseqüente sobrecarga dos tribunais, com impacto no tempo dos processos. Diferentes de país para país, foram ensaiadas diversas respostas para lidar com este fenômeno: informalização da justiça; reapetrechamento dos tribunais com recursos humanos e infraestruturas; automatização; novas tecnologias de comunicação e informação; criação de tribunais especiais para a pequena litigação de massa, reformas processuais, entre outras²⁶.

Dessa forma, a nova forma de pensar, em outros mecanismos para o tratamento de conflitos, emerge a mediação comunitária facilitadora do acesso à justiça. Pois quando o senso de justiça é inerente e passa a integrar o processo de criação e preservação da comunidade, temos a garantia do acesso à justiça²⁷. Rodrigues Junior entende que por meio da mediação é possível prevenir novos conflitos na comunidade, ademais promovem uma mudança positiva, acarretando em novos parâmetros na solução.

[...] por meio da mediação, é possível prevenir novos conflitos, uma vez que eles são percebidos como fenômenos capazes de promover uma mudança positiva, um crescimento e, sobretudo, a construção de uma responsabilização mútua pelo sucesso de uma solução, viabilizando parâmetros que tornem possível a negociação²⁸.

O Estado brasileiro começa a demonstrar um grave problema, por “procurar a justiça”, tornou-se um sinônimo de “propor uma ação judicial”, pois a essência esta cada vez mais longe daquela vivida pelas sociedades. Os programas de mediação representam uma forma de resgate dos valores cada vez mais desaparecidos no espaço local.

Ainda, propicia a participação direta do cidadão, aquele pertencente as minorias excluídas, acarretando em um meio mais eficaz do que as participação institucionalizadas, uma vez que o espaço da mediação é totalmente diferente de uma sala da audiências, pois não possui formalismos e não tem a figura de um juiz dotado de poder.

A mediação como provedora do acesso a justiça, segundo Warat, é uma forma de que não exista uma preocupação em dividir a justiça, ou acabar acordando com as regras descritas nas Leis.

[...] uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo²⁹.

26 SANTOS, Boaventura. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 25-26.

27 AUERBACH, Jerold. *Justice Without Law?*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

28 RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 79.

29 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1994. p. 5.

O judiciário funciona por meio de uma neutralização de conflitos e tradução de termos jurídicos, distanciando as partes, não propondo uma forma de consenso entre elas, em que o litígio deve somente atender ao conhecimento do direito e aos procedimentos jurídicos.

Ainda, Warat entende que o processo de mediação “[...] não é uma técnica, nem uma filosofia ao modo tradicional; ele é uma forma de ver a vida que encontra o sentido da mesma, unicamente vivendo-a. Falo da mediação como uma forma de cultura, um determinando de uma forma de vida”³⁰. Podendo ser entendida como uma terapia de reencontro.

Merece destaque o programa “Justiça Comunitária”, que se trata de um programa institucionalizado pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, por meio da resolução do CNJ 125/2010. Isso constituiu um importante passo ao incentivo da resolução de conflitos por meios autocompositivos no judiciário. Atualmente o CNJ promove, por meio dessa política pública, o ensino e aprendizagem dos meios de solução de conflitos para as comunidades, instaurando centros comunitários para a solução de litígios e promovendo cursos de capacitação para os futuros mediadores comunitários.

A resolução do Conselho Nacional de Justiça trata das políticas públicas para o tratamento de forma adequada dos conflitos de interesses, objetivando a instituição da pacificação social por intermédio da solução extrajudiciais de conflitos. A capacitação desses mediadores são desenvolvidas por vários aspectos, como as limitações dentro desse ambiente e as relações humanas, assim como técnicas de escuta, e a postura dentro do ambiente.

Independentemente de que haja motivação para que sejam utilizados os métodos de tratamento de conflitos, quando são apresentados os resultados, esses se mostram satisfatórios, pois preservam as relações entre as partes. Além disso, Rodrigues Junior explica que o acesso a justiça é visto como um problema social, criando-se meios para que isso seja solucionado.

O acesso à Justiça não é visto, naquele país, como um “direito social”, mas, antes, como um problema social, tanto que os meios alternativos de resolução de conflitos passaram a ser objeto de cursos básicos em Faculdades de Direito. No âmbito do Poder Judiciário, foi criado um sistema de multiportas, ou seja, aos litigantes são oferecidas diferentes alternativas para resolução de suas disputas. É realizado um diagnóstico prévio do litígio, posteriormente encaminhado por meio do canal mais adequado a cada situação³¹.

A participação social é fundamental na tomada de decisões, pois o cidadão passa a ser responsável por elas, e ser cidadão não é apenas desfrutar de direitos, mas sim assumir obrigações com um compromisso na construção de soluções. O direito de acesso à justiça, que é garantido pela Constituição de 1988, alcança a efetividade dos direitos ameaçados ou violados, podendo o sujeito procurar um meio para resolver o seu conflito, sendo por meio da mediação ou outro método de tratamento de conflitos e pela via judicial.

A mediação realiza a contribuição para a efetivação no tratamento de conflitos, que são tratados dentro da comunidade, com o auxílio dos próprios membros. A mediação pode prevenir a demanda judicial, e nada impede que após o acesso ao judiciário, o sujeito queira realizar a mediação, pois a justiça pode ser alcançada fora do judiciário. A mediação colabora como um instrumento de acesso à justiça no tratamento de conflitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado, podemos destacar alguns pontos fundamentais, como a participação cidadã como uma peça fundamental para a mediação comunitária, pois o tratamento do conflito dentro da socie-

30 WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 424

31 RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 67.

dade pode ser tratado com maior rapidez, impulsionando o fortalecimento e desenvolvimento da comunidade. Nesse sentido, ainda temos o diálogo entre os cidadãos, que acarreta em uma construção de pontes que edificam as relações de cooperação, abrindo-se novos caminhos para a transformação social e cultural.

Institucionalizada pelo CNJ, frente aos diversos litígios que existem na sociedade, demandando várias formas de resolução de conflitos, as barreiras ao acesso à justiça surgem, como a longa espera que decorre pelo excesso de processos e altos custos financeiros. A mediação comunitária apresenta-se como uma solução, pois atinge uma rapidez, baixos custos, confiança, flexibilidade, imparcialidade e ambiente acolhedor. Esse meio de solução de conflitos utilizado fora dos Tribunais amplia esse acesso. Atualmente o CNJ possui o programa de Justiça Comunitária, que, leva às comunidades o conhecimento dessa ferramenta, ampliando centros comunitários pelas diversas regiões e comunidades.

A mediação possui o condão de promoção da educação, identificando as diferenças e promovendo também a tomada de decisões sem a intervenção de uma terceira pessoa, simbolizando uma ferramenta de exercício da cidadania. Dessa forma, tratar conflitos sem o auxílio do poder judiciário, a sociedade local se torna mais independente, aumentando a pacificação social, sendo um dos objetivos do Estado, exercido diretamente pelos cidadãos.

Ainda, quanto maior a intensidade dos laços que unem os cidadãos na sociedade local, maior é a importância dada a esse método de tratamento de conflitos. A sociedade local com alto grau de conduta e solidariedade, escolher um membro da sociedade pode representar em um fator de legitimação de um programa de mediação comunitária.

Sendo então, a participação social fundamental para a tomada de decisões, pois ele passa a ser responsável por elas, os cidadãos devem assumir as suas obrigações comprometendo-se com a construção de soluções e não apenas desfrutar de seus direitos. O direito de acesso à justiça é garantido constitucionalmente, alcançando a efetividade dos direitos ameaçados ou violados, devendo o cidadão procurar um meio para resolver seu conflito, seja judicialmente ou por meio dos métodos de tratamento de conflitos.

Ao final, a mediação contribui para a efetivação dos conflitos que são tratados dentro da comunidade, juntamente com o auxílio de seus próprios membros. Podendo prevenir a demanda judicial, e nada impede que após o acesso a justiça à parte queira realizar a mediação, pois a justiça pode ser alcançada fora do processo, tudo porque a mediação colabora como um instrumento de acesso à justiça no tratamento de conflitos.

Desta feita a mediação comunitária é facilitadora no acesso a justiça, proporcionando as partes um resgate de seus laços, além do mais traduz-se em maior fortalecimento do âmbito local, acarretando em um desenvolvimento frente aos novos valores e hábitos que são desenvolvidos através do tratamento dos conflitos, educação e pacificação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUERBACH, Jerold. *Justice Without Law?*. Oxford: Oxford University Press, 1983.

GARAPON, Antonie. *Bem julgar*: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

MENDONÇA, Rafael. *Transmodernidade e solução de conflitos*. São Paulo: Letra d'água, 2006.

MOORE, Christopher. *O Processo De Mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

MOREIRA, Sandra Mara Vale. Mediação e democracia: novo horizonte, outros caminhos para a práxis cidadã. In: SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. (Org.). *Constituição, Democracia, Poder Judiciário e desenvolvimento*: Estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis:

Conceito Editorial, 2008.

NATÓ, A. M.; QUEREJAZU, M. G. R.; CARBAJAL, L. M. *Mediación comunitária*. Buenos Aires: Universidad, 2006.

PERKOVICH, Robert. A comparative analysis of community mediation in the United States and the People's Republic of China. In: Temple International and Comparative Law Journal. Sine loco, Temp. Int'l & Comp. L. J., 1996.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALES, Lília Maia de Morais. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Trad. Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária enquanto Política Pública Eficaz no Tratamento dos Conflitos. In: LEAL, R; REIS, J. R. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e alteridade: a necessidade de “inovações comunicativas” para lidar com a atual desordem conflitiva. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. (Org.). *Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: UNIJUÍ, 2011.

STULBERG, J. B.; MONTGOMETY, R. Design Requirements for Mediator Development Programs. In: Hofstra Law Review. Sine loco, Hofstra Law, 1987.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: A mediação no direito*. Florianópolis: ALMED, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Legitimidade constitucional
da atuação internacional
dos municípios brasileiros:**
uma leitura à luz da teoria da
Constituição Dirigente

**Constitutional legitimacy of the
international performance of
the Brazilian municipalities:** a
reading in light of the theory of
the Constitution Director

Regina Claudia Laisner

Danilo Garnica Simini

Legitimidade constitucional da atuação internacional dos municípios brasileiros: uma leitura à luz da teoria da Constituição Dirigente*

Constitutional legitimacy of the international performance of the Brazilian municipalities: a reading in light of the theory of the Constitution Director

Regina Claudia Laisner**

Danilo Garnica Simini***

RESUMO

A Constituição de 1988 deve ser considerada documento inovador no reconhecimento dos municípios como entes federados corresponsáveis por atender às demandas públicas cada vez mais amplas em uma sociedade democrática. Ocorre que, em uma leitura mais imediata da Carta Magna, como mera definidora de competências, caberia somente à União a função da atividade internacional, o que restringiria a iniciativa, cada vez mais comum, de muitos municípios brasileiros nessa matéria. Este artigo se propõe a uma leitura alternativa da atuação internacional dos municípios, que busca reconhecer a sua legitimidade constitucional, na perspectiva da Constituição Dirigente, ademais de sua importância como ferramenta de gestão pública e enfrentamento dos desafios regionais. Essa leitura é desenvolvida no artigo, com base em revisão bibliográfica acerca do dirigismo constitucional, nas suas relações com o debate teórico e prático mais recente da atuação internacional de municípios, e complementada com base, também, na análise bibliográfica do artigo 3º do texto constitucional, que enuncia objetivos para o Estado e sociedade e dá maior substância à perspectiva em tela. O que se pode notar, completado o desenvolvimento do trabalho, é que essa leitura permite reconhecer, juridicamente, a atuação internacional de municípios, na medida em que tal como tem se desenvolvido no Brasil, tem mostrado compatibilidade com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil elencados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Outrossim, tal visão reforça e estimula o papel desses atores subnacionais como propositores e promotores de políticas públicas e do desenvolvimento, nas suas intersecções entre o local e o global.

Palavras-Chave: Carta Magna. Constituição Dirigente. Atuação Internacional de Municípios. Políticas Públicas. Desenvolvimento Local.

* Recebido em 06/01/2017
Aprovado em 06/02/2017

** Doutora em Ciência Política (USP), Mestre em Ciência Política (UNICAMP) e graduada em Ciências Sociais (Ufscar). Docente no curso de graduação em Relações Internacionais e no Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), campus de Franca/SP. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Políticas Públicas (NEPPs) da UNESP de Franca/SP.

*** Doutorando em Ciências Humanas e Sociais (UFABC), Mestre em Direito (UNESP) e Bacharel em Direito (PUC-CAMPINAS). Docente no curso de graduação em Relações Internacionais da Universidade de Ribeirão Preto/SP (UNAERP) e no curso de graduação em Direito da Faculdade Francisco Maeda de Ituverava/SP (FAFRAM).

ABSTRACT

The 1988 Constitution should be considered as an innovative document in the recognition of municipalities as federated entities responsible for meeting the ever-widening public demands in a democratic society. It occurs that, in a more immediate reading of the Charter, as a mere definition of competences, it would only be up to the Union to function as an international activity, which would restrict the increasingly common initiative of many Brazilian municipalities in this matter. This article proposes an alternative reading of the international performance of municipalities, which seeks to recognize their constitutional legitimacy, from the point of view of the Constitution, in addition to its importance as a tool for public management and addressing regional challenges. This reading is developed in the article, based on a bibliographical review on constitutional dirigism, in its relations with the most recent theoretical and practical debate of the international action of municipalities, and complemented from the bibliographical analysis of article 3 of the constitutional text, which Enunciates objectives for the State and society and give greater substance to the perspective on the screen. What can be noticed, completed the development of the work, is that this reading allows to legally recognize the international performance of municipalities, insofar as it has developed in Brazil, has shown compatibility with the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil listed In article 3 of the Federal Constitution of 1988. Moreover, such a vision reinforces and stimulates the role of these subnational actors as proponents and promoters of public policies and development, in their intersections between local and global.

Keywords: Carta Magna. Directing Constitution. International Action of Municipalities. Public policy. Local Development.

1. INTRODUÇÃO

O processo de industrialização no Brasil, desde os idos dos anos de 1950, estimulou significativa parcela da população a deixar o campo com destino às cidades, na busca de novas oportunidades que até então o meio rural não lhes proporcionava. Nem sempre, porém, essa busca mostrou-se exitosa na vida daqueles que passaram a residir nas cidades, sendo recorrentes situações de marginalização de parte da população urbana em relação à falta de acesso e problemas com a qualidade em diversos serviços públicos. De todo modo, com o passar do tempo, ainda com efeitos nem sempre positivos, um dos principais resultados desse processo foi, praticamente, a inversão da distribuição da população entre rural e urbano no país, assim como a ressignificação e valorização dos municípios.

Essa ressignificação e valorização dos municípios no Brasil, com a redemocratização do país, na década de 1980, também se consubstanciou, no que diz respeito ao ordenamento jurídico que passou a atribuir-lhes novas responsabilidades, com funções que antes eram inerentes apenas à União e aos estados. A Constituição Federal de 1988 passou a conferir aos municípios brasileiros um status que até então não possuíam assegurando-lhes autonomia na área política, administrativa e financeira, a partir da descentralização e redistribuição do poder estatal.

Conferida autonomia aos municípios, tornou-se essencial a existência de governo próprio e de titularidade de competências privativas. A competência municipal passou a ser pautada pelo critério do interesse local e, nesse sentido, o município, desde então, emergiu como um importante agente indutor de políticas públicas, assumindo tarefas em diversas áreas relevantes.

No entanto, a atribuição de novas responsabilidades não foi acompanhada de recursos suficientes para que as demandas públicas da população fossem atendidas de modo satisfatório, o que levou a uma certa sobrecarga em relação aos municípios brasileiros, decorrente desta delegação. Assim, esse contexto de assunção de novas responsabilidades e de autonomia político-jurídica, dentro de um cenário de recursos

escassos, acabou estimulando os municípios brasileiros a buscar soluções para as dificuldades enfrentadas, lançando-se ao desafio da atuação internacional.

Com a flexibilização das fronteiras e a crescente interdependência dos Estados, por todo o mundo, os municípios brasileiros encontraram cenário propício para esse tipo de atuação, na medida em que se tornou, cada vez mais comum, também, o reconhecimento dos diversos atores da comunidade internacional, para além dos próprios Estados. Nesse cenário, e a exemplo de outras regiões, esses atores, portadores de novo reconhecimento, viram a possibilidade de enfrentar dificuldades e problemas por meio de uma intervenção mais direta e assertiva em âmbito global. Desta feita, a atuação internacional dos municípios poderia tornar possível a promoção e fortalecimento de políticas públicas, de forma independente das políticas domésticas dos Estados e mais direcionada aos seus interesses específicos.

Ocorre que, historicamente, sempre coube à União o monopólio da atividade internacional, ocasionando vários obstáculos, inclusive jurídicos, a esta atuação, tradição mantida mesmo na Constituição Federal de 1988. Ainda que os estudos da área comprovem que esse tipo de atuação se revela muito mais profundamente voltada ao interesse do desenvolvimento local do que à transformação ou divisão do Estado, principalmente no caso brasileiro, a atuação internacional de municípios ainda parece não encontrar respaldo expresso no ordenamento jurídico vigente.

Esta é a leitura mais imediata e mais comum que se faz quando se compreende a Carta de 1988 como um mero instrumento definidor de competências (Constituição Garantia). Contudo, quando se apresenta a possibilidade de uma leitura alternativa da Carta Magna, considerada como um documento político-jurídico definidor de fins e programas de ação futura, no sentido de melhorias das condições sociais e econômicas da população, a leitura passa a ser outra, a da Constituição Dirigente.

Interpretar a Constituição brasileira de 1988 por meio da perspectiva da Constituição Dirigente exige de seu intérprete a análise dos objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado e sociedade, objetivos elencados, sobremaneira, no artigo 3º do texto constitucional. Assim, discutir a constitucionalidade de determinada atividade pública nessa perspectiva pressupõe que seja verificada se esta atuação guarda compatibilidade com os objetivos constitucionais indicados no artigo 3º da Lei Fundamental de 1988.

Desse modo, é que o artigo apresentado visa explorar, à luz dessa leitura alternativa ora proposta, a compatibilidade entre a atuação internacional dos municípios brasileiros e a Constituição Dirigente brasileira. Depois de apresentar e discutir o significado da atuação internacional de municípios, assim como seus avanços e limites, sobremaneira, naquilo que corresponde aos aspectos jurídicos, tal investigação será feita por meio de estudo mais detalhado do artigo 3º da Constituição de 1988 e de seus significados para a defesa jurídica da atuação internacional de municípios e o estímulo de sua prática.

Tendo em vista essa defesa da compatibilidade entre a atuação internacional dos municípios brasileiros e a Constituição Dirigente brasileira, aqui apresentada, tornar-se-á possível não somente reconhecer juridicamente a atuação internacional dos municípios, assim como estimulá-la de modo a enfatizar o papel desses atores subnacionais como propositores e promotores de políticas públicas, e, respectivamente, como principais responsáveis pelo desenvolvimento local e pela qualidade de vida de seus respectivos cidadãos, com novas possibilidades de gestão pública e de enfrentamento de problemas regionais, ao nível do global.

2. A ATUAÇÃO INTERNACIONAL DE MUNICÍPIOS: SENTIDOS E PRÁTICAS

Em meados dos anos de 1980, a atuação internacional de municípios como área de estudo surgiu, inicialmente, no campo do Direito. Os juristas tinham a intenção de analisar as relações estabelecidas pelos entes não centrais a fim de verificar a possibilidade de considerá-las como sujeitos de Direito Internacional

Público¹. Posteriormente, a preocupação tornou-se compreender a influência que um sistema político de estrutura federativa poderia exercer no sistema jurídico internacional².

Contudo, é no campo das Relações Internacionais que essa temática ganhou mais força, já no final da década de 1980, reconhecendo-se a inserção internacional dos governos subnacionais, para além do debate do direito internacional, nas suas interações com a política doméstica, mas com destaque e visibilidade naquilo que passa a se constituir como um processo de relativa autonomia. Esses debates traziam uma considerável variedade de visões e descrições dos termos que se referiam a esse fenômeno, com destaque para o termo *paradiplomacia* que se tornou referência, até os dias atuais, a partir das contribuições de um de seus principais expoentes teóricos: Panayotis Soldatos³. Mas, para além das contribuições de Soldatos, uma das definições mais utilizadas do termo é a de Noé Cornago Prieto:

A *paradiplomacia* pode ser definida como o envolvimento de governo subnacional nas relações internacionais, por meio do estabelecimento de contatos, formais ou informais, permanentes ou provisórios (*ad hoc*), com entidades estrangeiras públicas ou privadas, objetivando promover resultados socioeconômicos ou políticos, bem como qualquer outra dimensão externa de sua própria competência constitucional⁴.

A despeito da popularidade do termo *paradiplomacia*, no âmbito deste trabalho, considera-se mais apropriada a terminologia *atuação internacional de cidades*. *Atuação internacional de municípios* faz referência a uma perspectiva mais aberta e autônoma dos entes federados, em uma perspectiva menos centrada no Estado. Já *Paradiplomacia* parece ter como referência central o Estado, ainda que a atuação internacional de municípios, no caso brasileiro, subentenda uma relação com o nível federal ao que, em última análise, responde. Mas, nesse caso, aparenta diminuir o grau de autonomia dos municípios, colocando-os em segundo plano, ou referindo-se a algo como uma atividade paralela à ação do Estado e, sob certo sentido, até ilegal, justamente o que propomos rever neste artigo.

Tendo em vista essa terminologia, no sentido proposto, podemos considerar que, no Brasil, a atuação internacional de municípios, enquanto conjunto de práticas, é realizada de várias formas, dentre as quais destacam-se as redes de cidades, já mais comumente abordadas pelos estudos da área. Este é o caso da rede URB-AL como um programa descentralizado de cooperação da Comissão Europeia⁵. Tal programa foi criado em 1995, com o intuito de aumentar a relação entre localidades europeias e latino americanas, por meio da melhoria de práticas no âmbito de políticas públicas e consolidação de experiências de governabilidade democrática, além de estimular a participação de atores não governamentais nos processos decisórios. Também se pode citar, como uma iniciativa regional dos países do Mercosul, a Rede Mercocidades constituída também em 1995, como iniciativa dos próprios governos locais do Mercosul com o objetivo de, em conjunto, atuar mais eficazmente no cenário internacional.⁶ Essa rede, segundo estudos feitos, é composta

1 No que diz respeito à atuação internacional dos entes subnacionais sob a ótica do Direito Internacional Público consultar: BLANES SALA, José (Org.). *O município e as relações internacionais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Educ, 2009; SANTOS, Clara Maria Faria. *Capacidade jurídica internacional dos municípios*. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais)—Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Marília, 2010; FONSECA, Marcela Garcia. Os entes federativos brasileiros frente ao *direito internacional*. 2013. Tese (Doutorado em Relações Internacionais)—Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

2 GOMES FILHO, Francisco. *A paradiplomacia subnacional no Brasil: uma análise da política de atuação internacional dos governos estaduais fronteiriços da Amazônia*. 2011, 230 f. Tese (Doutorado)—Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

3 SOLDATOS, P. An Explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign Policy Actors, In: MICHELMANN, J.; SOLDATOS, P. *Federalism and International Relations: the Role of Subnational Units*, Oxford: Clarendon Press, 1990.

4 CORNAGO PRIETRO, Noé. O outro lado do novo regionalismo pós-soviético e da Ásia-Pacífico: a diplomacia federativa além das fronteiras do mundo ocidental. In: VIGEVANI, T et al. (Coord.). *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Educ, 2004. p. 251.

5 Consultar: LAISNER, Regina. *International networks of cities as possibilities of local participative governance in Latin America at globalization time*. ISA ABRI Conference, 2009. (Mimeo).

6 As origens das Mercocidades remontam a março de 1995, por ocasião do seminário “Mercosul: Oportunidades e Desafios para as Cidades”, na cidade de Assunção, organizada pela União de Cidades Capitais Iberoamericanas / sub-regional Cone Sul que assinaram

por cidades pertencentes a países membros ou associados ao Mercado Comum do Sul (Mercosul) que coordenam e desenvolvem projetos de integração como forma de propiciar o seu desenvolvimento, com destaque para o Brasil.⁷

Outro formato de atuação internacional das entidades subnacionais são as chamadas Secretarias Municipais de Relações Internacionais (SMRIs), por meio das quais os municípios buscam parcerias no exterior, através de acordos e convênios com outras cidades e/ou organismos governamentais estrangeiros. Gustavo de Lima Cezário⁸, em estudo feito em 2008 pela Confederação Nacional do Municípios e publicado em 2011, pondera que a área internacional, ainda recente entre as cidades brasileiras, resulta de uma confluência de impulsos e demandas que seguem a particularidade de cada município e é isso que marca o histórico de inserção de cada uma das cidades nas relações internacionais. Neste estudo apontou que dentro de um escopo de 5.562 municípios apenas 30 possuíam uma área internacional em sua administração até o final da gestão 2005-2008. Em posse desses dados, estudo mais recente estendeu o levantamento até a gestão municipal seguinte, qual seja de 2009-2012.⁹

O conjunto das pesquisas sobre a atuação internacional de municípios demonstrou que a institucionalização ainda é, em regra, inerente às grandes e médias cidades, com concentrações maiores nas regiões Sul e Sudeste do país, dado que reflete a grave realidade socioeconômica do Brasil e suas nítidas desigualdades regionais, seja no que diz respeito à participação em redes, seja em termos de configuração de secretarias ou órgãos equivalentes. Nesse aspecto, a propósito, verifica-se que a criação de Secretarias de Relações Internacionais é pequena se comparada com a implantação de outros órgãos administrativos, tais como as Assessorias e as Coordenadorias de Relações Internacionais. As Secretarias possuem um “status” diferenciado se comparadas com as Assessorias e Coordenadorias, conforme apontou Marcela Garcia Fonseca. Por isso, pode-se supor que o pequeno número de Secretarias, comparado aos demais órgãos, indica que a atuação internacional de municípios institucionalizada infelizmente é tratada como atividade de “segundo escalão”.

As Assessorias são departamentos-meio que atuam juntamente ao órgão que a lei municipal ou estadual indica. Porém, nem sempre essa vinculação é seguida à risca, devido à carência de departamentos técnicos e funcionários públicos técnicos, mais dedicados ao cumprimento ideal de suas tarefas do que à política. Comumente Assessorias são solicitadas a cumprir tarefas ligadas a outras Secretarias, fato que determinaria acúmulo de função, mas que, em muitos casos, é tido como prática corriqueira, inerente à burocracia local. O que também revela a necessidade de que cada Secretaria tenha seu órgão de relações internacionais, que será coordenado pelo órgão principal do governo local. As restrições representam característica típica de muitas Assessorias de Relações Internacionais que enfrentam dificuldades para a execução de suas tarefas, sofrendo com a escassez de material de trabalho, de local adequado para sua locação, da falta de incentivo dos superiores hierárquicos e de reconhecimento e participação em atividades que envolvam toda a estrutura organização do Município ou do governo estadual. Salienta-se que Assessorias devem ser compostas por funcionários técnicos e políticos, conjugando as várias funções

a Declaração de Assunção na qual expressavam a vontade de criar uma rede de Cidades do Mercosul denominada Mercocidades.

7 Sobre as origens e desenvolvimento da Rede Mercocidades consultar MARIANO, Marcelo Passini; BARRETO, Maria Inês. Questão subnacional e integração regional: o caso do Mercosul. In: VIGEVANI, T. et al. (Coord.). *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Educ, 2004. Acerca dos projetos desenvolvidos tanto pela Rede Mercocidades como pela Rede URB-AL, consultar: PRADO, Débora Figueiredo Barros do. *A atuação internacional dos governos locais via rede: o caso da Mercocidades e do Programa URB-AL Rede 10*. 2009. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.

8 CEZÁRIO, Gustavo de Lima. *Atuação global municipal: dimensões e institucionalização*. Brasília: CNM, 2011.

9 Trata-se da pesquisa “O empoderamento dos governos locais e a constituição das Secretarias Municipais de Relações Internacionais (SMRI): um mapeamento no Brasil” desenvolvida na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP (Franca/SP/Brasil) e que teve como coordenadora a primeira autora deste artigo e a colaboração de pesquisa, do seu coautor, dentre outros estudantes do curso de graduação de Relações Internacionais e do Programa de Pós-Graduação em Direito. Marcela Garcia Fonseca também realizou em sua tese de doutorado mapeamento das principais cidades paulistas onde ocorre a prática de atuação internacional e quais os modelos de institucionalização utilizados. De acordo com a pesquisa, do total de 28 municípios paulistas com atuação internacional institucionalizada apenas 03 possuíam Secretaria de Relações Internacionais no momento da coleta de dados. FONSECA, Marcela Garcia. *Os entes federativos brasileiros frente ao direito internacional*. 2013 f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais)-Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

a serem desempenhadas. Mas a profissionalização da área é um problema recorrente nos Executivos municipais e estaduais. O comprometimento de assessores com a imagem interna e internacional do ente federativo também é fundamental para a execução deste cargo. A título de comparação, a imagem que se tem de uma Assessoria de Relações Internacionais é uma imagem mais frágil e instável, enquanto que a imagem de uma Secretaria é mais robusta, mais sólida e permanente.¹⁰

Não obstante o quadro institucional apontado há no Brasil experiências institucionais consideradas de sucesso, a exemplo da Secretaria Municipal de Relações Internacionais e Federativas de São Paulo, órgão recorrentemente abordado pela literatura especializada como exemplo de atuação pioneira. Esse ente subnacional¹¹ deu início à sua atuação durante o governo Luiza Erundina (PT), com a criação da Coordenadoria de Relações Internacionais, ligada à Secretaria de Negócios Extraordinários. Posteriormente, no ano de 2001¹², na administração Marta Suplicy (PT), houve por meio da Lei nº 13.165, a criação da Secretaria de Relações Internacionais. Desde o ano de 2013, com o início da administração Fernando Haddad¹³ (PT) e a promulgação da Lei Municipal nº 15.764/2013, o órgão passou a se chamar Secretaria Municipal de Relações Internacionais e Federativas, desenvolvendo vários projetos significativos para o conjunto da cidade, em termos de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento local¹⁴.

Apesar de experiências exitosas, são muitos ainda os obstáculos que cercam a atividade internacional dos municípios, destacando-se os que se referem à questão jurídica. Sendo assim, mostra-se imprescindível a análise desses obstáculos e das alternativas interpretativas para superá-los, a fim de que essa atividade seja estimulada no Brasil e possa cumprir, efetivamente, seus objetivos.

3. OS OBSTÁCULOS JURÍDICOS ÀS PRÁTICAS

Quando há referência aos obstáculos jurídicos das práticas de atuação internacional de municípios, pode-se afirmar que há vários problemas dessa ordem, uma vez que os textos constitucionais brasileiros promulgados atribuem ao governo central o monopólio da ação internacional. Mesmo com o advento da República, não houve alteração nesse cenário, o que se explica pela existência no Brasil de “uma tradição federalista

10 FONSECA, Marcela Garcia. *Os entes federativos brasileiros frente ao direito internacional*. 2013. f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais)—Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 233-234.

11 Ainda que haja outras nomenclaturas, tais como governo subnacional, unidade infra estatal, política externa federativa, diplomacia constituinte, microdiplomacia, governos não centrais e atores livres de soberania, neste o termo “ente subnacional” será o adotado, mesmo que este seja objeto de críticas por parte da literatura especializada, já que tal nomenclatura reflete ser ainda o Estado nacional o referencial utilizado nos estudos referentes (MATSUMOTO, 2011, p. 30).

12 A atuação internacional da cidade de São Paulo durante a gestão Marta Suplicy foi analisada em: FRONZAGLIA, Maurício Loboda. *Unidades subnacionais: um estudo de caso sobre a cidade de São Paulo – de 2001 a 2004*. 2005 232 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)—Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005.

13 Os projetos desenvolvidos pela cidade de São Paulo por meio de sua atuação internacional na gestão Fernando Haddad (2013-2016) foram descritos e discutidos na tese de doutorado de Graziela Cristina Vital. Consultar: VITAL, Graziela Cristina. 2016. 232 f. *A institucionalização das relações externas subnacionais: um estudo comparado das cidades de São Paulo e Toronto*. Tese (Doutorado)—Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

14 Danilo Garnica Simini em sua dissertação de mestrado apresentou os projetos desenvolvidos pela Secretaria Municipal de Relações Internacionais e Federativas de São Paulo entre os anos de 2001 e 2008 que contribuíram com a erradicação da pobreza e a superação do subdesenvolvimento em nível local, dois dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil indicados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Consultar: SIMINI, Danilo Garnica. *Atuação internacional dos municípios brasileiros à luz da Constituição Dirigente de 1988: um estudo de caso da Secretaria Municipal de Relações Internacionais e Federativas de São Paulo*. 2015. 147 f. Dissertação (Mestrado)—Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015. Acerca das origens e atuação da Secretaria Municipal de Relações Internacionais e Federativas de São Paulo também consultar: ROSSO, Priscila Freires. *O papel da Secretaria Municipal de Relações Internacionais de São Paulo na criação da CGLU: Cidades e Governos Locais Unidos*. 2016. 51 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

centralizadora, historicamente explicável, que remonta ao caráter unitário do período imperial, de 1822 a 1889.”¹⁵. Pode-se citar a Constituição Republicana de 1891 que conferia ao presidente poderes exclusivos para manter relações com Estados estrangeiros e firmar negociações internacionais, além de celebrar ajustes, tratados e convenções, desde que referendado pelo Congresso Nacional. A Constituição Federal de 1988 manteve essa tradição ao enumerar como uma das competências privativas da União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (artigo 21, inciso I).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao analisar o texto constitucional, assim se manifesta:

No plano internacional, o Estado federal aparece como um só Estado. Apenas seu caráter unitário é visível. Assim, o Estado federal é quem goza de personalidade jurídica, em termos de direito internacional. Por isso, é ele e tão somente ele que mantém relações com outros Estados, com organizações internacionais, enfim, com outras pessoas jurídicas, reconhecidas como tais pelo direito internacional público. Só ele mantém, pois, relações internacionais¹⁶.

No mesmo sentido, estão as manifestações da Consultoria Jurídica do Itamaraty. O órgão em alguns pareceres, emitidos desde a década de 1920, tem reiterado a impossibilidade dos entes subnacionais de firmarem compromissos no âmbito internacional. O parecer mais recente data de 1999, tendo sido elaborado por Cachapuz de Medeiros. No aludido documento, analisa-se a viabilidade jurídica do município do Rio de Janeiro celebrar contrato/convênio com pessoa jurídica de Direito Internacional Público, tendo o parecerista se manifestado pela impossibilidade de tais atos¹⁷.

O único dispositivo constitucional que, ao menos em uma interpretação literal, autorizaria a atuação internacional dos entes subnacionais seria o artigo 52, inciso V, cuja redação enuncia ser de competência do Senado Federal autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Assim, autorizaria a atuação internacional de municípios desde que permitida pelo Senado Federal, ou seja, esse dispositivo acaba por confirmar a tendência constitucional brasileira de atribuir ao governo central a atuação internacional.

Como se pode observar, a interpretação literal do texto constitucional evidencia que seu conteúdo atribui, privativamente, à União competência para atuar em matéria internacional, afirmando alguns autores não haver reconhecimento legal para a atuação internacional dos municípios brasileiros¹⁸, e tendo outros observado que “trata-se de um campo em que há formas difusas de atuação e os limites legais não são precisos”¹⁹. Outros ainda salientam uma dupla postura do Estado brasileiro: “resiste à institucionalização, mas tolera a prática”²⁰, o que acaba dificultando a criação e aplicação de certas políticas públicas direcionadas ao desenvolvimento local.

Entretanto, a análise constitucional da atuação internacional dos municípios brasileiros não deve ser feita partindo-se do pressuposto de que a Lei Fundamental tem por única função regular procedimentos e estabelecer competências, conforme vem ocorrendo até o presente momento. O estudo deve ser feito mediante a superação da chamada Constituição Garantia, evoluindo-se para a compreensão da Constituição enquanto documento que “define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhorias das condições sociais e econômicas da população”²¹. Esta compreensão

15 VIGEVANI, Tullo. Problemas para a atividade internacional das unidades subnacionais: estados e municípios brasileiros, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 21, n. 62, p. 133, 2006.

16 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 151.

17 PRAZERES, Tatiana Lacerda. Por uma atuação constitucionalmente viável das unidades federadas brasileiras. In: VIGEVANI, T. et al. (Coord.). *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Educ, 2004.

18 RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio. A inserção internacional das cidades: notas sobre o caso brasileiro. In: VIGEVANI, T. et al. (Coord.). *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Educ, 2004.

19 VIGEVANI, Tullo. Problemas para a atividade internacional das unidades subnacionais: estados e municípios brasileiros, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 21, n. 62, p. 131, 2006.

20 ABREU, Gustavo de Souza. Efeito político-jurídicos da não institucionalizada paradiplomacia no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, 2013, p. 77.

21 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, *Revista de*

remete a um debate no campo do Direito que prevê a possibilidade de refletir sobre a Constituição por meio de outra perspectiva, qual seja, a da perspectiva da Constituição Dirigente. A ótica proposta neste trabalho amplia as possibilidades de análise da atuação internacional de municípios, deixando-a de vê-la como prática que se processa em descumprimento ao texto constitucional em razão da ausência de normas expressamente permissivas, interpretação equivocada e decorrente de uma análise literal das normas presentes na Constituição Federal de 1988.²²

4. A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

De acordo com Gilberto Bercovici²³, o constitucionalismo do século XX, notadamente o período que se inicia após a Segunda Grande Guerra, foi palco de um grande debate tendo, de um lado, aqueles que consideravam o texto constitucional um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos e, de outro, aqueles que consideravam a Constituição um documento que estabelece programas e define objetivos para o Estado e para a sociedade. O primeiro pensamento consubstancia a ideia de Constituição Garantia, já o segundo entendimento guarda relação com a denominada Constituição Dirigente.

Assim, paralelamente à ideia de Constituição Garantia, tem-se a denominada Constituição Dirigente, considerada aquela que “veicula programas, isto é, estabelece planos ou tarefas a serem cumpridos. Trata-se de uma Constituição que define prioridades”²⁴. Tal como aponta Bercovici²⁵, em outras palavras, Constituição Dirigente é aquela que traça fins e objetivos para o Estado e sociedade, apresentando um programa para o futuro, indicando um programa de ação para alteração da sociedade, ressaltando a ideia de mudança da realidade por meio do direito.

Retomando Oliveira:

Conceitua-se Constituição Dirigente como a que enuncia programas (valores, metas), os quais, como normas que são, vinculam a atuação do Estado, dos Governos, através de pautas formais e materiais, sujeitando negativa e positivamente a conduta de cada um dos três Poderes, direcionando, conforme um balanço entre abertura e fechamento, a vontade e o proceder do Poder Público, bem como conformam, ainda quando em outra medida, grau e qualidade, os cidadãos, a sociedade, isto é, a deliberação e o agir comunitários²⁶.

A terminologia Constituição Dirigente foi difundida por José Joaquim Gomes Canotilho, especialmente, a partir da publicação de sua obra referência nos estudos da Constituição Dirigente, intitulada “Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, obra que corresponde à sua tese de doutorado juntamente à Faculdade de Direito de Coimbra publicada no ano de 1982. A tese confeccionada no conturbado período histórico da Revolução dos Cravos e defendida apenas quatro anos após a promulgação da Constituição portuguesa de 1976 discute a relação entre Constituição e legislação, especialmente, a função que o texto constitucional deve ter em relação ao Estado e à sociedade.

Deve uma constituição conceber-se como ‘estatuto organizatório’, como simples ‘instrumento de governo’, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e

Informação Legislativa, Brasília, n. 142, p. 36, 1999.

22 Gustavo de Souza Abreu (2013) afirma que a atuação internacional de entes subnacionais no Brasil se processa em descumprimento ao texto constitucional, argumento que não concordamos, conforme será demonstrado ao longo do trabalho.

23 BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

24 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 14, 2010.

25 BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

26 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 14, 2010.

define fins? Uma constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um ‘estatuto jurídico do político’, um ‘plano global normativo’ do Estado e da sociedade?²⁷.

Ao formular tal indagação, o autor acaba por afirmar que a Constituição Dirigente deve ser entendida como o conjunto de normas constitucionais “em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática”²⁸.

Nesse contexto, como afirma Bercovici, sobre a obra de Canotilho, pode-se dizer, também, que “para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro”²⁹. Assim, como um projeto para o futuro, para que, de fato, esses fins e tarefas do Estado sejam alcançados, exige-se que o Estado não seja meramente “garantidor de uma ordem assente nos direitos individuais e no título de propriedade, mas um Estado social, criador de bens coletivos e fornecedor de prestações.”³⁰.

5. UMA NOVA LEITURA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Feitas as considerações acerca do dirigismo constitucional deve-se, nesse momento, indagar: a Constituição brasileira de 1988 possui caráter dirigente? A resposta é afirmativa para diversos autores, entre eles Paulo Bonavides³¹, José Afonso da Silva³², Manoel Gonçalves Ferreira Filho³³, Luís Roberto Barroso³⁴, Gilberto Bercovici³⁵, Lênio Luiz Streck³⁶ e Eros Roberto Grau, tendo esse último afirmado que o caráter dirigente da Constituição de 1988 se mostra inquestionável³⁷.

A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhorias das condições sociais e econômicas da população. Na mesma linha das Constituições anteriores de 1934 e 1946, a Constituição de 1988 construiu um Estado Social, ao englobar entre as disposições as que garantem a função social da propriedade (artigos 5º, XXIII, e 170, III), os direitos trabalhistas (artigos 6º e 11) e previdenciários (artigos 194, 195 e 201 a 204), além de uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por objetivo “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170).³⁸

Portanto, de acordo com essa leitura, pode-se dizer que a Carta Magna de 1988 deve ser compreendida na sua acepção mais atual de Constituição, ou seja, “desvinculada daquela ideia de Constituição desenvolvida no século XVIII, voltada exclusivamente a limitar o Poder estatal e a assegurar um mínimo de direitos individuais”³⁹. A partir dela, é possível afirmar que se trata de uma Constituição que apresenta fins e obje-

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 11.

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 224.

29 BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004. p. 12.

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 391.

31 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência – por uma Nova Hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

32 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

33 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

34 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

35 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, 1999.

36 STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

37 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 199.

38 BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, p. 36, 1999.

39 BERNARDI, Renato; PIEROBON, Flávio. A Constituição do Estado e da sociedade: uma análise da força normativa da

tivos para a mudança da realidade social, afastando a ideia de texto constitucional enquanto sinônimo de manutenção do *status quo* (Constituição Garantia). Por isso, a estreita identificação com a teoria da Constituição Dirigente.

O modelo de Constituição Dirigente inspirou diversos membros da Assembleia Constituinte brasileira. Por isso, a presente Constituição não almeja simplesmente retratar a realidade política vigente, como em modelos ultrapassados do século XX, mas também cuida da inserção de objetivos programáticos que não poderiam ser aplicados no momento da elaboração do texto constitucional. Em simples termos, os agentes do Poder Constituinte originário submetem os futuros governos e a sociedade à realização de princípios constitucionalmente aventados para a transformação da realidade social.⁴⁰

Contudo, ainda que a Lei Fundamental de 1988 tenha sido promulgada sob forte influência do dirigismo constitucional, a realidade demonstra que há ainda muito a se fazer para que as normas programáticas sejam efetivamente cumpridas, especialmente no que diz respeito à consecução dos fins e objetivos do Estado e sociedade. Há uma enorme distância ainda entre os propósitos da Carta Magna que nos orienta e a realidade. Sendo assim, deve-se questionar se a Teoria da Constituição Dirigente continua adequada para o contexto brasileiro.

No que se refere a esse questionamento, concordamos com Lênio Luiz Streck, quando este afirma “ser possível afirmar que continuam perfeitamente sustentáveis as teses relacionadas ao caráter dirigente e compromissário do texto constitucional brasileiro”⁴¹. A fim de explicar seu posicionamento, o referido autor ressalta que se deve entender a “teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional”⁴². Somente dessa forma, será possível afirmar se o dirigismo constitucional ainda se mostra adequado a determinado país.

Nesse contexto, Streck também ressalta a importância de “uma teoria da Constituição dirigente adequada aos países de modernidade tardia”⁴³.

Dito de outro modo, afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para Estado. Refiro-me ao que se pode denominar de núcleo de direitos sociais fundamentais plasmados em cada texto que atenda ao cumprimento das promessas de modernidade. O preenchimento do déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado, no plano de *uma teoria da Constituição adequada a países periféricos ou, mais especificamente, de uma teoria da Constituição dirigente adequada aos países de modernidade tardia, como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática*. Uma teoria da Constituição adequada a países de modernidade tardia deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito.⁴⁴ (grifo do autor)

Não há dúvidas de que o Brasil constitui um país periférico ou de modernidade tardia, onde verifica-se, simultaneamente, a existência de um projeto constitucional de implementação de um Estado Social intervencionista, indutor e executor de políticas públicas, ao mesmo tempo em que as ideias de um Estado enxuto, minimamente interventor, exercem grande influência, sobretudo na vida política e econômica. É justamente esse cenário de uma “confluência perversa” nos termos de Dagnino⁴⁵ que justifica a continua-

constituição brasileira de 1988. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 9, n. 1, p.60, 2014.

40 MOREIRA, Nelson Camatta. Constituição dirigente no Brasil: em busca das promessas descumpridas, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 3, p. 8, 2008.

41 STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 114.

42 STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 112.

43 STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 113.

44 STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 113.

45 DAGNINO, Evelina. Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. *Revista Politi-*

de do dirigismo constitucional, principalmente se levarmos em consideração que a “Constituição de 1988, com seu texto dirigente-compromissário, intenta implementar um modelo de Estado que venha, finalmente, atender aos seus fins sociais, historicamente (so)negados.”⁴⁶

Por essas razões, a Constituição de 1988, enquanto projeto de transformação da realidade brasileira, não pode ser esquecida, deixando a sociedade à mercê de ações políticas que não guardem relação com os fins e objetivos do Estado e da sociedade previstos constitucionalmente. Por isso, a importância de se ressaltar o caráter dirigente do texto constitucional, pois o programa constitucional é que deve pautar o programa de governo, e não o contrário.

Pode-se afirmar, dessa forma, que, “no texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado.”⁴⁷ Portanto, a existência desse núcleo de modernidade tardia não cumprido justifica o dirigismo constitucional em relação à realidade brasileira. Ademais, de acordo com Lênio Luiz Streck, esse núcleo de modernidade tardia não cumprido encontra-se consubstanciado nos objetivos do Estado estabelecidos no artigo 3º da Constituição⁴⁸.

6. O ARTIGO 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO BRASILEIRO

De acordo com Gilberto Bercovici, o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 integra os denominados princípios constitucionais fundamentais. Tal característica lhes confere “relevância e função de princípios gerais de toda ordem jurídica, definindo e caracterizando a coletividade política e o Estado ao enunciar as principais opções político-constitucionais”⁴⁹. Esses princípios constitucionais fundamentais “também têm a função de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado”⁵⁰. Contudo, o dispositivo constitucional em análise, também, apresenta outra característica, qual seja, a de constituir uma verdadeira “cláusula transformadora” da realidade social.

O artigo 3º da Constituição Federal de 1988, além de integrar a fórmula política, também é, na expressão de Pablo Lucas Verdú, a “cláusula transformadora” da Constituição. A ideia de “cláusula transformadora” está ligada ao artigo 3º da Constituição italiana de 1947 e ao artigo 9º, 2 da Constituição espanhola de 1978. Em ambos os casos, a “cláusula transformadora” explicita o contrataste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, impedem que a Constituição considerasse realizado o que ainda está por se realizar, implicando na obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. Os dois dispositivos constitucionais buscam a igualdade material através da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir uma existência digna para todos. A eficácia jurídica destes artigos, assim como a do nosso artigo 3º, não é incompatível com o fato de que, por seu conteúdo, a realização destes preceitos tenha caráter progressivo e dinâmico e, de certo modo, sempre inacabado. Sua concretização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma

ca & Sociedade, n. 5, out. 2004.

46 MOREIRA, Nelson Camatta. Constituição dirigente no Brasil: em busca das promessas descumpridas, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 3, p. 105, 2008.

47 STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 116.

48 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 set. 2014).

49 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 291.

50 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 293.

atitude positiva, constante e diligente do Estado.⁵¹

Dessa forma, o artigo 3º da Constituição Federal de 1988, compreendido à luz do dirigismo constitucional, constitui um programa de ação a ser observado por todos os órgãos e esferas do Estado, para que se obtenham melhorias, minimamente substanciais, em prol da população e da sociedade como um todo. Melhorias que devem ser alcançadas por meio da criação e execução de políticas públicas.

A Constituição determina que o Estado atue no sentido do pleno atendimento dos objetivos fundamentais da República, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e do exercício de sua atuação em prol de uma melhor qualidade de vida do povo, de maneira a afastar qualquer discriminação ou preconceitos. Elementos esses que constroem a ideia de que se busca, como objetivo fundamental da República, a partir da conjugação dos ditames normativos estabelecidos no art. 3º da CF/88, o efetivo desenvolvimento intersubjetivo de seus partícipes, sendo seu sucesso alcançado quando o mínimo possível de viabilidade deste desiderato é sentido na vida daqueles que estão sob a égide de sua regulação. Em outras palavras, realizam-se os objetivos fundamentais da República quando o Estado promove a concretização de reais benefícios para o povo que lhe confere energia e legitimidade, pelo menos, em um patamar mínimo para que não ocorra a instabilidade, tampouco o retrocesso dos direitos conquistados.⁵²

Obviamente, os objetivos elencados no artigo 3º da Constituição de 1988 não serão concretizados por meio de um simples passe de mágica. Por isso, conforme já afirmado acima, mostra-se de fundamental importância a existência de um Estado ativo e diligente. A concretização dos objetivos constitucionais, nessas circunstâncias, só se dará por meio da criação e execução de políticas públicas, a partir de um papel protagonista da administração pública.

Neste contexto, urge a operacionalização da máquina pública, sinergicamente, em todas as suas funções e dimensões, para que os objetivos fundamentais da República não sejam lidos como meros horizontes da realidade, mas sim como metas realizáveis para a positiva e construtiva transformação do presente vivenciado pelos destinatários do poder público constitucional definidos na Carta de 1988. Conforme explanado, o Estado se realiza a partir da concretização dos objetivos da República estabelecidos no art. 3º da CF/88. Para a efetivação de tais objetivos, evidencia-se a necessidade de uma permanente concatenação de ações administrativas, bem como a possibilidade e a viabilidade de revisões, por aqueles legitimados para tanto, de tudo o que é feito pelo poder público.⁵³

De outra parte, deve-se ressaltar que o artigo 3º da Constituição de 1988, justamente por integrar o rol dos princípios constitucionais fundamentais vincula todas as esferas da administração pública, bem como conforma toda a legislação, a atividade jurisdicional e a atuação estatal de um modo geral. Trata-se de importante regra que “determina um programa de atuação para o Estado e a sociedade brasileiros, determinando o sentido e o conteúdo de políticas públicas para a transformação das atuais estruturas sociais e econômicas.”⁵⁴

Constitui o artigo 3º da Constituição de 1988 um verdadeiro programa de ação e de legislação, devendo todas as atividades do Estado brasileiro, inclusive as políticas públicas, medidas administrativas e decisões judiciais, conformarem-se, formal e materialmente, ao programa inscrito no texto constitucional. Qualquer norma infraconstitucional deve ser interpretada com referência aos princípios constitucionais fundamentais. Toda interpretação está vinculada ao fim expresso na Constituição, pois os princípios constitucionais fundamentais são instrumento essencial para dar coerência material a todo ordenamento jurídico. Além disso, há a vinculação negativa dos poderes públicos: todos os atos que contrariem os princípios constitucionais fundamentais, formal e materialmente, são inconstitucionais.⁵⁵

51 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 293,

52 FRANÇA, Phillip Gil. Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e escolhas públicas: perspectivas de caminhos constitucionais de concretização do desenvolvimento intersubjetivo. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 2, p. 9408-9409, 2013.

53 FRANÇA, Phillip Gil. Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e escolhas públicas: perspectivas de caminhos constitucionais de concretização do desenvolvimento intersubjetivo. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 2, p. 9412, 2013.

54 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 301,

55 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 299,

Portanto, em síntese, pode-se afirmar que o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 constitui um programa de ação para o Estado brasileiro, visando à transformação da realidade social. Transformação esta que se dará por meio da criação e execução de políticas públicas. Dessa forma, o dispositivo constitucional em questão exige a presença de um Estado ativo e diligente, devendo a administração pública, por meio de seus mais variados órgãos e esferas, atuar em sintonia com os objetivos constitucionais elencados no artigo 3º.

7. A ATUAÇÃO INTERNACIONAL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS SOB A ÓTICA DO DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

A atuação internacional de municípios tornou-se uma importante alternativa no que diz respeito à criação e execução de políticas públicas em prol do desenvolvimento local no Brasil, assim como em várias outras partes do mundo, muitas vezes até de forma mais destacada do que no caso brasileiro. Ainda assim, a atuação internacional dos entes subnacionais no país tem se revelado como uma estratégia importante do ponto de vista das políticas públicas, ao mesmo tempo em que multifacetada, já que são desenvolvidos projetos em diversas áreas, tais como educação, saúde, cultura, esporte, meio ambiente e mobilidade urbana. Desse modo, faz-se relevante, discutir a constitucionalidade dessa atividade de atuação internacional dos municípios, a fim de que se afaste a insegurança jurídica que a acompanha.

Restou demonstrado que, na realidade constitucional brasileira, se mostra possível interpretar a Lei Fundamental de 1988 à luz do dirigismo constitucional. Em outras palavras, a Constituição brasileira deve ser entendida como documento definidor de fins e objetivos para o Estado e sociedade, objetivos estes indicados, sobretudo, no artigo 3º do texto constitucional brasileiro vigente. Por isso, toda discussão acerca da constitucionalidade das políticas públicas criadas e executadas por meio da inserção internacional dos municípios brasileiros deve ser feita tomando-se como referência os objetivos do Estado e da sociedade indicados na própria Carta Magna de 1988, com destaque para este artigo.

Desse modo, essa discussão remete à tarefa de verificar-se a compatibilidade entre a atuação internacional de municípios no Brasil e o texto constitucional de 1988, à luz do artigo 3º da Lei Fundamental vigente. Esse exercício tornará possível avaliar os projetos desenvolvidos pelos entes subnacionais, observando sua constitucionalidade, a partir de uma perspectiva mais ampla da Carta Magna. Trata-se de uma leitura alternativa, mas totalmente possível, e por que não dizer necessária, tendo-se em vista os problemas sociais que acometem o país e que tornam a população tão carente de políticas públicas condizentes com a superação de graves mazelas sociais. O protagonismo, em termos de elaboração e condução de políticas públicas, venha de onde vier, em qualquer nível do pacto federativo, faz-se fundamental, em termos do comprometimento com a mudança social e com a qualidade de vida dos maiores beneficiários do reconhecimento e autonomia dos diversos atores nacionais, enquanto agentes de transformação: os cidadãos comuns, sobremaneira, àqueles que vivem às margens das condições de vida consideradas dignas.

Ademais, essa proposta interpretativa, também, nos parece ser a mais compatível com a própria Constituição Federal em sua totalidade porque esta não deve ser interpretada em tiras, aos pedaços, nos dizeres de Eros Roberto Grau⁵⁶. A Constituição Federal deve ser interpretada como um todo, tendo como referência todos os preceitos existentes, pois “uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum.”⁵⁷

Devemos lembrar, também, que a própria Constituição Federal de 1988 consagra o chamado federalismo cooperativo por meio do qual cada ente federativo possui suas próprias competências, mas também detém competências em comum, tais como cuidar da saúde e da assistência pública, proporcionar os meios

56 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

57 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 176.

de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação, proteger o meio ambiente, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, entre outras (artigo 23 da Constituição Federal de 1988). Por outro lado, os municípios também possuem sua competência própria, fixada e delimitada pelo critério do interesse local (artigo 29 da Constituição Federal de 1988). Assim, se determinado município atua internacionalmente de modo compatível com o artigo 3º da Constituição Federal, conseqüentemente, também, estará contribuindo para a concretização de suas competências comuns compartilhadas com outros entes federativos, além de estar atuando de acordo com o critério do interesse local.

Por fim, discutir a constitucionalidade da atuação internacional de municípios por meio da perspectiva da Constituição Dirigente, ao possibilitar que os entes locais desenvolvam projetos relevantes por meio de cooperação internacional, afastando o rótulo da ilegalidade, contribui para uma real e efetiva valorização do poder local, ratificando sua importância já afirmada na própria Constituição Federal de 1988, mas ainda muitas vezes negligenciada na prática política de nosso país. O município deve ser encarado, a partir de sua própria posição no texto constitucional, como *locus* privilegiado no enfrentamento dos problemas sociais, pois “tudo, efetivamente, acontece ou repercute nas cidades, impondo-lhes, em especial às megacidades, desafios imensuráveis de superação da crise e das disfunções da política mundial.”⁵⁸

É justamente essa preocupação com a nova significação dos municípios e sua valorização enquanto *locus* privilegiado no enfrentamento dos problemas sociais que passou a predominar em diversas reuniões e eventos realizados nos últimos anos. Podemos citar a Conferência das Cidades Europeias realizada em Roterdã no ano de 1986, a criação do Comitê de Regiões em 1993 ao reconhecerem os governos locais como membros integrantes da entidade, a Conferência sobre População da ONU realizada na cidade do Cairo em 1994, a Conferência de Prefeitos que antecedeu a reunião da Cúpula Social em Copenhague realizada em 1995, além da Conferência sobre o Habitat feita em Istambul. Entre as iniciativas indicadas merece destaque a Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, cujo pioneirismo se deve ao reconhecimento dos entes locais como atores importantes na formulação de propostas relacionados aos problemas de habitação e urbanismo. Logo, a perspectiva da Constituição Dirigente ao conferir legitimidade constitucional à atuação internacional de municípios no Brasil ratificará esse importante papel do poder local, em consonância com o cenário internacional, atribuindo-lhe um real protagonismo no enfrentamento dos problemas da sociedade contemporânea.

Por todos esses motivos, discordamos da afirmação que a atuação internacional dos entes subnacionais no Brasil se processa “em descumprimento ao texto constitucional ao não observar certas competências do poder central no trato de questões internacionais.”⁵⁹, pois a perspectiva proposta demonstra que a atuação internacional de municípios pode contribuir com a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, indo ao encontro da missão principal do texto constitucional brasileiro, qual seja, a de possibilitar melhorias nas condições de vida da população por meio de políticas públicas desenvolvidas por todos os entes federativos.

A adoção dessa perspectiva interpretativa não traz como consequência confrontar o Estado-nação, colocando a unidade subnacional numa posição de enfrentamento, ou de competidor, nem tratá-lo como um novo ator influente no sistema internacional, mas apenas evidencia a interdependência e a maior complexidade das relações entre os atores. Trata-se, portanto, de um debate teórico de reconhecimento dos atores subnacionais e de sua participação no cenário internacional.

58 PIRES, Maria Coeli Simões. A ressemantização da autonomia municipal em face dos desafios contemporâneos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 149, p. 234, jan./mar. 2001.

59 ABREU, Gustavo de Souza. Efeito político-jurídicos da não institucionalizada paradiplomacia no Brasil, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, 2013, p. 77.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os municípios brasileiros, cada vez mais recorrentemente, têm se lançado ao desafio da atuação internacional como forma de solucionar, ou, ao menos, minimizar seus problemas em termos de demandas públicas. O envolvimento cada vez maior das cidades na arena internacional não é uma exclusividade nacional, mas tem se constituído, no país, como um importante instrumento de proposição e implementação de políticas públicas locais, sobremaneira, à medida em que estes entes subnacionais foram ganhando reconhecimento jurídico-político, em um cenário cada vez mais escasso de recursos e oportunidades. Tradicionalmente, esta era uma tarefa circunscrita na esfera da competência dos governos centrais, mas que atualmente se insere em uma perspectiva de reconfiguração da hierarquia dos atores internacionais, não só no Brasil, mas por todo o mundo.

Contudo, conforme demonstrado no desenvolvimento do artigo, apesar de todas as mudanças internas e externas, o constitucionalismo brasileiro manteve, mesmo na considerada inovadora Constituição Federal de 1988, essa prerrogativa, ao ente central, do monopólio de atuação internacional, dificultando essa iniciativa ou mesmo, muitas vezes, desestimulando-a.

Essa interpretação, em geral, ocorre em função de um tipo de leitura do texto constitucional, mais comum até o presente momento, sob o ponto de vista da denominada Constituição Garantia. Nela, a atuação internacional de municípios, sob certo sentido, pode ser considerada como uma atuação inconstitucional ou uma atividade em que não há limites jurídicos precisos. Uma interpretação alternativa, apresentada e defendida neste artigo, a da Constituição Dirigente, atribui novo olhar sobre a atuação internacional de municípios, de modo a reforçar e estimular essa iniciativa. Essa perspectiva aponta para um potencial significativo em termos de elaboração e implementação de políticas públicas ao reconhecer e reforçar a atuação internacional de municípios como agentes de transformação em nível local. Não concorrentes da atividade central no caso brasileiro. Mas parceiros dela, evidenciando-se, inclusive, assim, a relevância dessa parceria nos termos da interdependência que marca o cenário internacional na leitura de vários teóricos⁶⁰ e que exige, nos termos de Onuki, “maior complexidade das relações entre os atores.”⁶¹

Entender determinada Constituição como dirigente é interpretá-la como o documento definidor de fins e objetivos para o Estado e sociedade. No caso brasileiro, os objetivos do Estado encontram-se elencados essencialmente no artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Esse dispositivo constitucional, além de constituir uma verdadeira cláusula transformadora da realidade social, também possui como função conformar a atividade administrativa. Desse modo, não se trata meramente de uma indicação de princípios. Toda atuação pública deverá ter como norte os objetivos indicados no artigo 3º da Lei Fundamental brasileira.

Dessa forma, discutir a constitucionalidade da atuação internacional de municípios brasileira exige de seu intérprete que este verifique, no plano concreto, se os projetos desenvolvidos internacionalmente guardam compatibilidade com os objetivos elencados no artigo 3º da Constituição brasileira de 1988. Essa leitura alternativa da Constituição brasileira de 1988 proposta neste artigo, à guisa de conclusão, poderá contribuir com a atuação internacional de municípios, conferindo-lhe maior segurança jurídica, potencializando o seu desenvolvimento em locais que já exploram a arena internacional, além de estimular esse tipo de atuação em municípios iniciantes na prática. Nestas circunstâncias, pode-se dizer que estimular a atuação internacional de municípios é contribuir para a criação e execução de políticas públicas em diversas áreas relevantes, sempre em prol da população e do desenvolvimento local. Este é o grande potencial da atuação internacional de municípios, tal como o entendemos, e que certamente, ao se cumprir, contribui para a própria consecução dos objetivos elencados no artigo 3º da Lei Fundamental brasileira enquanto diretrizes de transformação

60 O livro clássico desta perspectiva é: KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. *Power and interdependence*. New York: Longman, 1977.

61 ONUKI, Janina (Coord.). *Cidades e Inserção Internacional: a experiência de São Paulo*. São Paulo: CAENI, 2005. (Relatório Científico, p. 07).

social em prol de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Gustavo de Souza. Efeito político-jurídicos da não institucionalizada paradiplomacia no Brasil, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 3, n. 2, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, p. 35-51, 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.
- BERNARDI, Renato; PIEROBON, Flávio. A Constituição do Estado e da sociedade: uma análise da força normativa da constituição brasileira de 1988. *Revista do Direito Público*, Brasil, Londrina, v. 9, n. 1, p. 55-72, 2014.
- BLANES SALA, José (Org.). *O município e as relações internacionais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Educ, 2009;
- BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência – por uma Nova Hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 set. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CESÁRIO, Gustavo de Lima. *Atuação global municipal: dimensões e institucionalização*. Brasília: CNM, 2011b.
- CORNAGO PRIETRO, Noé. O outro lado do novo regionalismo pós-soviético e da Ásia-Pacífico: a diplomacia federativa além das fronteiras do mundo ocidental. In: VIGEVANI, T. et al. (Coord.). *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Educ, 2004.
- DAGNINO, Evelina. Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. *Revista Política & Sociedade*, n. 5, out. 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FRANÇA, Phillip Gil. Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e escolhas públicas: perspectivas de caminhos constitucionais de concretização do desenvolvimento intersubjetivo. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 2, p. 9407-9419, 2013.
- FRONZAGLIA, Maurício Loboda. Unidades subnacionais: um estudo de caso sobre a cidade de São Paulo – de 2001 a 2004. 2005 232 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política)–Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005.
- GOMES FILHO, Francisco. A paradiplomacia subnacional no Brasil: uma análise da política de atuação internacional dos governos estaduais fronteiriços da Amazônia. Tese (Doutorado em Relações Internacionais), Universidade de Brasília, Brasília, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. *Power and interdependence*. New York: Longman, 1977.
- LAISNER, Regina. “International networks of cities as possibilities of local participative governance in Latin America at globalization time”. ISA ABRI Conference 2009. (Mimeo).
- LAISNER, Regina. O empoderamento dos governos locais e a constituição das Secretarias Municipais de Relações Internacionais (SMRI): um mapeamento no Brasil. Relatório Final. Brasília: CNPQ, 2014.
- MARIANO, Marcelo Passini; BARRETO, Maria Inês. Questão subnacional e integração regional: o caso do Mercosul. In: VIGEVANI, T. et al. (Coord.). *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Educ, 2004.
- MATSUMOTO, Carlos Eduardo Higa. As determinantes locais da paradiplomacia: o caso dos municípios brasileiros. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais)-Universidade de Brasília, Brasília, 2011.
- MICHELMANN, Hans. J.; SOLDATOS, Panayotis. *Federalism and international relations: the role of subnational units*. Oxford: Claredon Press, 1990.
- MOREIRA, Nelson Camatta. Constituição dirigente no Brasil: em busca das promessas descumpridas, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 3, p. 87-128, 2008.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ONUKEI, Janina (Coord.). *Cidades e Inserção Internacional: A experiência de São Paulo*. São Paulo: CAENI, 2005. (Relatório Científico).
- PIRES, Maria Coeli Simões. A ressemantização da autonomia municipal em face dos desafios contemporâneos, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 149, pp. 229-241, 2001.
- PRADO, Débora Figueiredo Barros do. *A atuação internacional dos governos locais via rede: o caso da Mercocidades e do Programa URB-AL Rede 10*. 2009. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.
- PRAZERES, Tatiana Lacerda. Por uma atuação constitucionalmente viável das unidades federadas brasileiras. In: VIGEVANI, T et al. (Coord.). *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Educ, 2004.
- RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio. A inserção internacional das cidades: notas sobre o caso brasileiro. In: VIGEVANI, T. et al. (Coord.). *A dimensão subnacional e as relações internacionais*. São Paulo: Educ, Editora UNESP e Educ, 2004.
- ROSSO, Priscila Freires. *O papel da Secretaria Municipal de Relações Internacionais de São Paulo na criação da CGLU: Cidades e Governos Locais Unidos*. 2016. 51f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais)-Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.
- SANTOS, Clara Maria Faria. *Capacidade jurídica internacional dos municípios*. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais)-Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Marília, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SIMINI, Danilo Garnica. *Atuação internacional dos municípios brasileiros à luz da Constituição Dirigente de 1988: um estudo de caso da Secretaria Municipal de Relações Internacionais e Federativas de São Paulo*. 2015. 147 f. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

SOLDATOS, P. “An Explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign policy Actors”, In: MICHELMANN, J.; SOLDATOS, P. *Federalism and International Relations: the role of subnational units*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIGEVANI, Tullo. Problemas para a atividade internacional das unidades subnacionais: estados e municípios brasileiros, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 21, n. 62, 2006.

VITAL, Graziela Cristina. 2016. 232 f. *A institucionalização das relações externas subnacionais: um estudo comparado das cidades de São Paulo e Toronto*. Tese (Doutorado)–Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Judicialização de políticas públicas em prol dos animais: uma visão de saúde única
Public policy judicialization in support of animals: an one health outlook

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Clarice Gomes Marotta

Judicialização de políticas públicas em prol dos animais: uma visão de saúde única*

Public policy judicialization in support of animals: an one health outlook

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro**

Clarice Gomes Marotta***

RESUMO

A preocupação básica deste artigo é refletir sobre a necessidade ou não de pensar-se em políticas públicas em prol dos animais e o papel do Judiciário na sua efetivação. Para tanto, foi empregado o raciocínio dedutivo, com utilização da técnica de pesquisa documental e bibliográfica. A partir da questão posta, foi realizado estudo das normas, da doutrina e de correntes filosóficas aplicáveis. Fez-se um breve resumo sobre políticas públicas em geral e discutiu-se brevemente algumas que seriam aplicáveis aos animais. Em seguida, estudou-se o conceito de saúde única, que considera a interdependência entre saúde humana, saúde animal e saúde ambiental. Por fim, foi analisada a questão da judicialização de políticas públicas para que, então, restasse concluído que o Estado e a coletividade têm o dever de tutelar os animais e que proteger a fauna é, de forma indireta, defender o ser humano. Assim, nesse artigo, buscou-se enfatizar a efetivação de políticas públicas à luz da visão de saúde única e a relevância da atuação do Judiciário na implementação dessas políticas como resposta ao problema sobre a necessidade de que o poder público deva implementar políticas públicas em prol dos animais e se, em caso positivo, deve haver lugar para a atuação do Poder Judiciário. Há, pois, um claro objetivo geral, que se sustenta na análise de políticas públicas em prol dos animais, e objetivos específicos, quais sejam, i), fundamentar a proteção aos animais, ao meio ambiente e ao ser humano a partir do conceito de saúde única e, ii), verificar o papel do judiciário brasileiro, e suas limitações, para a concretização de políticas públicas.

Palavras-chave: Política Pública. Direito Animal. Saúde Única.

ABSTRACT

The main concern of this article is to reflect on the need or not to think about public policies for animals and the role of the Judiciary in its implementation. For this, the deductive reasoning was used, as well as the documentary and bibliographic research technique. From the given question, it was studied the applicable norms, doctrine and philosophical currents. A brief summary was made of public policy in general and briefly discussed some that would apply to animals. Then, the concept of single health was studied, which considers the interdependence between human health,

* Recebido em 10/01/2017
Aprovado em 07/03/2017

** Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Messina/IT. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor dos cursos de graduação e mestrado em Direito da ESDHC – Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotor de Justiça em Belo Horizonte-MG.

*** Analista em Direito no MPMG; integrante do Grupo Especial de Defesa da Faun. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) e em Direito, impacto e recuperação ambiental pela Fundação Gorceix e Fundação Escola do Ministério Público de Minas Gerais. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara e integrante do grupo de pesquisa em direito dos animais, economia, cultura, sustentabilidade e desafios da proteção internacional, na mesma instituição.

animal health and environmental health. Finally, we analyze the question of the judicialization of public policies. Finally, the question of the judicialization of public policies was analyzed so that it would be concluded that the State and the community have the duty to protect the animals and that protecting the fauna is indirectly to defend the human being. Thus, in this article, an attempt was made to emphasize the need for public policies in the light of the one health outlook, as well as the relevance of the Judiciary's action in the implementation of these policies as a response to the problem of the need for public authorities to implement public policies for the benefit of animals and if, if so, there should be room for the Judiciary. There is, therefore, a clear general objective, based on the analysis of public policies in favor of animals, and specific objectives, namely: i) to provide protection for animals, the environment and the human being, based on the concept of one health, and (ii) to verify the role of the Brazilian judiciary, and its limitations, in the implementation of public policies.

Keywords: Public Policy. Animal Law. One Health.

1. INTRODUÇÃO

Alguns animais convivem com os seres humanos lado a lado nos grandes centros urbanos, chegando a ser tratados como membros da família. Mesmo aqueles que não são tão próximos ao homem, acabam influenciando a vida dele, seja em prejuízo, como na hipótese de transmissão de doenças, seja em benefício, como ocorre com a disseminação de sementes por pássaros e pequenos mamíferos.

A importância dos animais tem sido reconhecida pela sociedade, como se pode facilmente observar através da repercussão negativa gerada em redes sociais em resposta aos casos de maus tratos. Essa posição tem ecoado no Supremo Tribunal Federal, que vem, de forma recorrente, decidindo pela inconstitucionalidade de práticas cruéis contra a fauna, como no caso da farra do boi, das brigas de galo e da vaquejada.

O presente artigo objetiva refletir sobre a necessidade ou não de se pensar na efetivação de políticas públicas em prol dos animais, trazendo à baila alguns exemplos, como os das cidades mineiras de Juiz de Fora e Conselheiro Lafaiete, das cidades paulistas de São Paulo e Mogi das Cruzes, e da construção do recente hospital público veterinário de Porto Alegre.

Nessa perspectiva, a seguinte questão vem à tona: qual seria o papel do Judiciário na implementação das referidas medidas e qual o fundamento a ser utilizado? Ou seja, a questão a ser enfrentada e, em consequência, respondida, diz respeito à possibilidade de o Poder Judiciário intervir, ditando políticas públicas que deveriam ficar a cargo do Poder Executivo, em caso de flagrante omissão deste em situações que digam respeito à dignidade animal.

Como visto, os chamados “direitos dos animais” têm sido visitados por juristas, à luz das normas civis, penais e, principalmente, constitucionais, vez que a Magna Carta previu, no art. 225, §1º, inciso VII, a vedação à crueldade aos animais.

Parte-se, em essência, do dever constitucional do Poder Público de proteger a fauna, previsto no dispositivo acima referido, que veda práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou as submeta à crueldade, destacando-se, conquanto oportuno, que a ofensa a essa última parte caracteriza crime, previsto no art. 32 da Lei n.º 9.605/98. Trabalha-se, pois, com uma inteligência constitucional voltada oponente ao poder público no sentido de que deva este tomar medidas para garantir o bem estar dos animais e o equilíbrio na convivência com os seres humanos.

Todavia, em vários casos, essa obrigação terá, ainda, um forte viés de proteção a direitos humanos, como no que diz respeito à necessidade de política pública para controle populacional de animais, com fins de promoção da saúde pública. Na hipótese, a norma ambiental determina que esse controle seja feito de forma ética.

De fato, no *caput* do dispositivo constitucional há mandamento de proteção a direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Assim, não há dúvida de que a proteção ao meio ambiente encontra-se umbilicalmente ligada ao direito à saúde.

Nesse contexto, os objetivos específicos adotados passam, em primeiro plano, por breve investigação sobre políticas públicas em geral e, especificamente, em prol dos animais. Em seguida, o conceito de saúde única é estudado para, a partir daí, passar-se à análise da importância da atuação do Judiciário na questão. Afinal, falar em saúde única significa pensar numa relação de interdependência entre saúde humana, saúde animal e saúde ambiental.

Em determinado alcance, toda e qualquer política pública em prol dos animais acaba por repercutir em direitos humanos, notadamente o direito à saúde, daí porque se defende, como objetivo nuclear do texto, a sua implementação inserida no contexto da ideia de mínimo existencial.

Para tanto, foi utilizado o recurso metodológico da pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise pormenorizada de materiais já publicados na literatura e artigos científicos divulgados no meio eletrônico, através do raciocínio dedutivo.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DOS ANIMAIS

Oswaldo Canela Júnior conceitua política pública como a reunião de atividades do Estado “ [...] tendentes à consecução de seus fins. Ajusta-se ao conceito de *standard*, ou meta a ser atingida. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) tendentes à realização dos fins primordiais do Estado”¹.

Na mesma linha de raciocínio, Zufelato observa que “as políticas públicas são o mecanismo de atingimento dos objetivos fundamentais do próprio Estado”²

Assim, trazendo para o tema em análise, é possível aferir que, por ser a tutela dos animais uma obrigação do Poder Público, diretamente relacionada a um crédito, concedido constitucionalmente à fauna (CF/88, art. 225, §1º, inciso VII), sempre que interesses relevantes dos animais estejam em jogo devem ser implementadas políticas públicas para o atingimento dessa finalidade.

Como exposto em sede introdutória, não é necessário aferir se animais podem ser sujeitos de direitos ou agentes morais, mas apenas se são credores de obrigações estatais, o que parece ser a solução constitucionalmente prevista.

Por essa linha de raciocínio, não se justifica juridicamente a morte e sofrimento de animais nas ruas, desamparados e sem assistência pública veterinária.

A saúde, a vida e o bem estar são interesses primordiais de todos seres vivos, não apenas dos humanos. No conflito entre esses bens e o gasto de dinheiro público com propaganda, por exemplo, que não pode ser tida como uma destinação essencial, prevaleceria a tutela da fauna.

Essa linha de raciocínio, segundo a qual interesses humanos, inclusive financeiros, podem ser limitados em favor de interesses básicos dos animais, foi seguida, de certa forma, na recente decisão do STF sobre a

1 CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>> . Acesso em 05 nov. 2016. p. 69.

2 ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 311.

vaquejada. A Suprema Corte entendeu que manifestações culturais não podem ser protegidas se ocasionarem maus-tratos.

É relevante destacar que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos elencados no art. 3º da CR/88. Ao se pensar em ética ambiental, que é a aplicação da ética às relações entre humanos e a natureza, a sociedade somente poderia ser tida como justa e solidária se englobasse nesses conceitos a compaixão e a responsabilidade por outros entes integrantes da teia da vida na Terra.

Ao discorrer sobre ética, Peter Singer anota:

[...] Imagine-se, agora, que começo a pensar eticamente, a ponto de admitir que os meus próprios interesses não podem contar mais que os interesses alheios pelo simples fato de serem os meus interesses. No lugar deles, agora tenho de levar em conta os interesses de todos os que serão afetados pela minha decisão. Isso exige que eu reflita sobre todos esses interesses e adote o curso de ação mais apto a maximizar os interesses das pessoas afetadas [...]³.

Referida lógica pode ser facilmente aplicada na relação entre animais humanos e não humanos, que compartilham, de acordo com os cientistas, da senciência (capacidade de sentir dor ou prazer) e até mesmo da consciência⁴.

Na contramão desse pensamento, o ser humano parece buscar se diferenciar cada vez mais da natureza e dos demais animais, como forma de se colocar no centro do universo.

Sobre essa soberba escreve Álvaro Angelo Salles, remetendo-se a Cesarman:

[...] Cesarman (1972) fala sobre essa unidade de vida e procura elucidar sobre o distanciamento do homem em relação à alteridade e à natureza. O conceito de que é diferente do resto deste mundo está ligado à necessidade do homem de controlar o meio ambiente e os outros seres, ensina aquele autor. Como resultado, tem-se oposições: a espécie humana contra o universo, ou os seres dotados de inteligência especial contra os seres irracionais. E quanto mais o homem é levado a controlar a natureza, mais se afasta da idéia de que os homens são parte dessa mesma natureza [...]⁵.

Aguiar comunga do pensamento de Lévinas, para quem o caminho para superar a condição de vazio e exclusão da humanidade seria o ser para o outro, a responsabilização pelo outro. “Essa responsabilização é ética, conseguindo superar a insignificância do ser”⁶.

E, ao distanciar-se, o ser humano atenua sua capacidade de solidariedade em relação aos animais, vistos como seres diferentes, inferiores e subjugados. É como se existissem para satisfazer interesses humanos, instrumentos a ser utilizados de acordo com a vontade soberana da humanidade.

Aparenta mais coerente a visão de que cada espécie atual é o ápice de um processo evolutivo próprio e que, diante dessa realidade, deve ser respeitada. Nesse sentido é o pensamento de Valerio Pocar:

se nos presenta más plausible considerar que cada especie, ahora existente, representa el resultado evolutivo más avanzado de cada especie y que la misma especie humana, ahora existente, no representa otra cosa que el resultado evolutivo alcanzado, hasta el momento, de la especie humana⁷.

Em consonância com esse entendimento, a Constituição brasileira de 1988, ao também prever como objetivo a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, parece não dar guarida ao especismo⁸.

3 SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: M. Fontes, 1998. p. 21.

4 THE Cambridge Declaration on Consciousness. Disponível em: <<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOn-Consciousness.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

5 SALLES, Álvaro Angelo. *Bioética e meio ambiente: da matança de animais à destruição de um planeta*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2009. p. 135.

6 AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no Direito. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 3, n. 6, 2006. Disponível em <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/71>>. Acesso em: 26 jun. 2016. p. 15.

7 POCAR, Valerio. *Los animales no humanos: por una sociología de los derechos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013. p. 24.

8 Termo cunhado por Richard Ryder, em 1970, para designar a discriminação entre espécies, ressaltando que, assim como no

Essas são as bases para a necessidade de políticas públicas em prol dos animais, que devem incluir a existência de um órgão competente para lidar com as questões da fauna, planejamento, previsão orçamentária, efetivação de programas e ações, além de fiscalização.

Podem ser citados como exemplos o controle populacional ético⁹ de populações de animais urbanos, exercido mediante captura, esterilização, exame veterinário, vacinação, adoção (ou, não havendo interessados, devolução do animal ao local de onde foi retirado) e identificação por microchip.

Em Belo Horizonte, após ação judicial ajuizada pelo Ministério Público¹⁰ visando impedir o extermínio indiscriminado de animais apreendidos nas ruas, praticado através de meio cruel, consistente no uso das chamadas “câmaras de gás”, a Prefeitura adotou o Programa Adote um Amigo¹¹, passando a garantir a esterilização gratuita de cães e gatos em centros espalhados pela cidade.

Os principais problemas verificados com o passar dos anos foram a demora para se conseguir vaga para o referido procedimento cirúrgico e a ineficiência da ação no que se refere ao efetivo controle populacional, vez que, para se obter êxito, o número de castrações realizadas, em relação ao quantitativo populacional de animais da urbe, deveria ser consideravelmente maior. Com isso, continua-se percebendo em Belo Horizonte grande número de animais errantes, que, além de sofrerem nas ruas com a falta de alimentação, abrigo e cuidados, são apontados como vetores de doenças, tais como raiva e leishmaniose¹² e como responsáveis por causar poluição (visual, ambiental e sonora), acidentes de trânsito e mordeduras¹³.

Interessante iniciativa foi implementada em Conselheiro Lafaiete/ MG. O projeto, hoje denominado “Quem Ama Castra”, através da parceria entre o Município (Secretaria Municipal de Saúde - Centro de Controle de Zoonoses), o Ministério Público e ONGs (Associação Regional de Proteção Ambiental – Arpa e Associação Lafaietense de Proteção aos Animais – Alpa), tem possibilitado a castração gratuita de animais, com o objetivo de controlar o aumento populacional indesejado, por meio de atendimento itinerante aos bairros (a cidade foi dividida em 11 regiões urbanas e 7 rurais)¹⁴. Entre fevereiro e julho de 2014, por exemplo, a previsão era de realização de aproximadamente 3.000 cirurgias (em média, 30 castrações por dia, 150 por semana), segundo informação da gerente de vigilância ambiental do município, a médica veterinária Carla Sassi¹⁵. O primeiro projeto foi aprovado no fim de 2013 e, desde então, teve duas prorrogações aprovadas, podendo ser considerado um exemplo de atuação exitosa, propiciado por um conjunto de fatores: parceria entre o setor público e o privado, envolvimento de profissionais dedicados e, por fim, existência de um cenário legislativo propício ao desenvolvimento desse tipo de atividade¹⁶, em harmonia com os ditames

racismo, o discriminador foca nas diferenças para se afastar do discriminado. Disponível em <<https://www.theguardian.com/uk/2005/aug/06/animalwelfare>>. Acesso em 26 nov. 2016.

9 Vide Programa de Controle de Populações de Cães e Gatos do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/resources/instituto-pasteur/pdf/manuais-ccd/manuaisnormasedocumentostecnicos1_-_manual_de_controle_de_populacoes_de_caes_e_gatos_no_estado_de_sao_paulo_-_2009.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2016.

Vide, ainda, Programa Adote um Amigo, de Belo Horizonte. Disponível em <<http://www.adoteumamigo.org.br/>>. Acesso em 26 nov. 2016.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1115916*. Relator Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900053852&dt_publicacao=18/09/2009>. Acesso em: 23 maio 2016.

11 Programa Adote um Amigo, de Belo Horizonte. Disponível em <<http://www.adoteumamigo.org.br/>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

12 GUIDELINES for dog population management. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/61417/1/WHO_ZOON_90.166.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2016.

13 HUMANE dog population management guidance. Disponível em: <http://www.icam-coalition.org/downloads/Humane_Dog_Population_Management_Guidance_English.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2016, p. 4.

14 Vide em <<http://fatoreal.com.br/site/paulo-vi-e-primeiro-bairro-visitado-por-campanha-de-castracao-de-animais>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

15 Vide em <<http://fatoreal.com.br/site/continuam-os-trabalhos-do-projeto-quem-ama-castra/>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

16 Vide Lei Orgânica do Município de Conselheiro Lafaiete, Lei n.º 4.919/2016 (estabelece normas gerais sobre o controle da população de animais domésticos e domesticados de Conselheiro Lafaiete), Lei n.º 5.427/2012 (cria o Fundo Municipal de Proteção

da recente Lei Mineira 21.970, em vigor desde janeiro de 2016, que estabelece a obrigação de proteção, identificação e controle populacional de cães e gatos no estado.

Alguns municípios possuem programas de cães comunitários¹⁷, o que, sem dúvida, trata-se de iniciativas interessantes. Afinal, um cão comunitário, devidamente cuidado e vacinado, funciona como barreira sanitária, impedindo a fixação de outros animais doentes na região. Além disso, criam um senso de responsabilidade compartilhada entre as pessoas da vizinhança.

Outro exemplo de política pública é o fornecimento de atendimento veterinário gratuito¹⁸ aos animais tutelados por população de baixa renda, além da disponibilização de ambulância veterinária¹⁹.

A cidade de São Paulo conta hoje com duas unidades do hospital público veterinário²⁰, administradas pela Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente – SVMA, em convênio com a Associação Nacional de Clínicos Veterinários de Pequenos Animais – ANCLIVEPA, oferecendo serviços de consultas, cirurgias, exames laboratoriais, medicação e internação e contando com nove especialidades. O serviço atende somente a munícipes que estejam inscritos em algum programa social e recebe cerca de 450 cães e gatos diariamente, contando com um repasse mensal de R\$ 900.000,00, proveniente da Prefeitura de São Paulo²¹.

A partir dessa experiência, a Vereadora Karina Pirillo empreendeu esforços para implantar estrutura semelhante em Mogi das Cruzes, destinando cerca de R\$ 500.000,00 em emenda parlamentar ao projeto, idealizado nos mesmos moldes do hospital de São Paulo. O prédio custou aos cofres públicos, ao todo, aproximadamente R\$ 657.000,00²² e o hospital é também administrado pela Anclivepa, com supervisão da Secretaria Municipal de Saúde. Foi inaugurado em 17 de setembro de 2016 e, “segundo o levantamento divulgado pela prefeitura, entre os dias 26 e 30 de setembro, 234 cachorros e 38 gatos foram atendidos no Centro de Bem-Estar Animal”²³. No período foram realizadas, ainda, 80 aplicações de medicamentos e 15 cirurgias.

O mais recente hospital veterinário público é o Victoria, em Porto Alegre, formatado em moldes um pouco diferentes. A construção do prédio ficou a cargo da iniciativa privada (investimento de 6 milhões do empresário Alexandre Grendene) e a administração cabe à Prefeitura, que optou pela contratação de 19 veterinários, que deverão atender cerca de 270 animais por dia²⁴.

Mais comum que as anteriores, as campanhas de vacinação pública também se inserem nessa categoria, necessitando ser ampliadas para além da raiva, de forma a contemplarem outras doenças, como, por exemplo, a leishmaniose visceral canina.

Importante ação que visa a garantia de bem estar animal é o cadastramento de carroceiros, identificação

e Defesa dos Animais) e Lei n.º 5.619/2014 (dispõe sobre a proibição de animais soltos em vias públicas).

17 Vide o caso de Porto Alegre em:

<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/seda/default.php?reg=655&p_secao=32>. Acesso em: 26 nov. 2016.

18 Hospital Veterinário Público Anclivepa-SP, inaugurado em 02 jul. 2013. Vide em: <<http://anclivepa-sp.com.br/2015/anclivepa-social/hospital/>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

19 Serviço foi instituído em Porto Alegre, conforme notícia disponível em <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/02/prefeitura-do-rs-adota-samu-veterinario-para-animais-de-rua.html>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

20 Hospital Veterinário Público Anclivepa-SP, inaugurado em 02 jul. 2013. Vide em: <<http://anclivepa-sp.com.br/2015/anclivepa-social/hospital/>>. Acesso em: 26 nov. 2016. Vide, ainda, em <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/ouvidoria/noticias/?p=179097>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

21 Vide em: <<http://www.asemana.com.br/veredores-conhecem-modelo-de-hospital-veterinario-municipal>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

22 Vide em: <<http://www.asemana.com.br/centro-de-bem-estar-animal-sera-inaugurado-em-setembro>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

23 Vide em: <http://www.portalnews.com.br/_conteudo/2016/09/cidades/42213-centro-de-bem-estar-animal-ja-realizou-272-atendimentos-e-15-cirurgias.html>. Acesso em: 19 jan. 2017.

24 Vide em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/porto-alegre/noticia/2016/11/hospital-veterinario-publico-de-porto-alegre-inaugura-sabado-mas-deve-receber-animais-so-em-dezembro-8486622.html>> e <<http://br.blastingnews.com/porto-alegre/2016/10/porto-alegre-ganha-hospital-veterinario-publico-001199671.html>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

das carroças e cavalos e atendimento veterinário gratuito, nas cidades que ainda não aboliram o uso de veículos de tração animal em meio urbano²⁵.

Também é indicado que os municípios e os órgãos de trânsito em geral tenham serviços de recolhimento de animais de grande porte nas pistas, como forma de evitar acidentes e atropelamentos²⁶.

Não se pode esquecer, outrossim, da necessidade de estimular a educação ambiental (CF/88, art. 225, §1º, inciso VI), notadamente voltada para a posse responsável²⁷, a não captura de animais silvestres e a proibição dos maus-tratos²⁸. Essa educação, como política pública, deve ser ampla e sistemática.

Inserido nessa ideia, existe em Minas Gerais um programa de castramáveis, encabeçado pelo Deputado Noraldino, em parceria com a ONG Ajuda, de Juiz de Fora. O Deputado fez uso de emendas parlamentares para a compra e adaptação de veículos, que passam por diversas cidades promovendo castrações gratuitas de cães e gatos, com a manutenção de cadastro com fotos de todos os animais atendidos, para garantir a transparência das ações e permitir o controle²⁹. Por fazer visita pontual a cada um dos diferentes locais, não pode ser considerado como política de controle populacional, o que exigiria constância e quantidade, mas sem dúvida representa importante instrumento de conscientização da sociedade e, quem sabe, de estímulo a prefeitos e vereadores de criarem³⁰ seus próprios programas locais.

O rol de políticas públicas que deveriam ser implementadas em prol dos animais é, pois, extenso e deve ser continuamente revisto e ampliado, de forma a atender às expectativas da sociedade, que, sem dúvida, vem repensado sua relação ética com a fauna.

No entanto, o Poder Público não parece ter se conscientizado ainda da importância do tema, sendo in-comum a adoção de ações sérias, contínuas e com o devido amparo técnico. Não se deu conta, afinal, de que “hoje se faz necessário o estudo das transformações da sociedade no que diz respeito aos animais, sejam eles de qual classificação for, principalmente pela afinidade e o status familiar que os animais estão incluídos”. Até mesmo a antropologia, no tocante à relação animal-homem, o que não pode ser olvidado pelo Estado,

deve conduzir suas pesquisas e estudos também para a esfera animal, e estes em sua convivência íntima com os humanos, da mesma forma, o estudo inverso, a presença dos humanos na vida dos animais e, conforme complementa Lewgoy tornou –se importante verificar que ‘a atribuição de personalidade aos animais de estimação ou silvestres passa por uma ampliação do domínio de sua agência e persona’³¹.

Ao relegar essas questões a segundo plano, o Estado ignora a intrínseca relação entre saúde humana, saúde animal e saúde ambiental, conhecida como “saúde única”, que será explorada no próximo tópico.

25 Belo Horizonte disciplina a circulação de veículos de tração animal através da Lei n.º 10.119/2011, regulamentada pelo Decreto n.º 16.270/2016. Contudo, na prática, falta controle e fiscalização da atividade dos carroceiros.

26 Como exemplo, podemos citar o Projeto de Lei n.º 002/2016, aprovado, da Prefeitura de Ribeirão das Neves. Disponível em: <<http://cmrn.mg.gov.br/images/stories/2016/projetodelei/executivo/projeto%20de%20lei%2000220016.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

27 Sobre posse responsável: “Em 2003, durante a citada Primeira Reunião Latino-Americana de Especialistas em Posse Responsável de Animais de Companhia e Controle de Populações Caninas, foi elaborada a seguinte conceituação, obedecendo às mais modernas diretrizes da Medicina Veterinária e do entendimento formado entre ativistas de entidades de proteção dos animais. Assim, Posse Responsável “É a condição na qual o guardião de um animal de companhia aceita e se compromete a assumir uma série de deveres centrados no atendimento das necessidades físicas, psicológicas e ambientais de seu animal, assim como prevenir os riscos (potencial de agressão, transmissão de doenças ou danos a terceiros) que seu animal possa causar à comunidade ou ao ambiente, como interpretado pela legislação vigente” SANTANA, Luciano Rocha et al. *Posse responsável e dignidades dos animais*. 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26684-26686-1-PB.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016.

28 Vide lei mineira n. 22.231/2016.

29 Vide em: <<http://www.noraldinojunior.com.br/prot-animal/conheca-a-ong-ajuda-responsavel-pelo-castramovel>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

30 OLIVEIRA, Micheline Ramos de; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; CARLETTTO, Sheila. Um olhar antropológico sobre o especismo e movimentos de defesa dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 23, p. 84, set./dez. 2016.

31 OLIVEIRA, Micheline Ramos de; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; CARLETTTO, Sheila. Um olhar antropológico sobre o especismo e movimentos de defesa dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 23, p. 84, set./dez. 2016.

3. SAÚDE ÚNICA

De acordo com a Organização Mundial de Saúde Animal – OIE, mais de 60% das doenças infecciosas humanas existentes são provenientes de zoonoses de animais, pelo menos 75% das doenças infecciosas humanas emergentes (como Ebola, Influenza e HIV) possuem origem animal, 80% dos agentes com potencial de uso bioterrorista são patógenos zoonóticos e, das cinco doenças humanas que surgem todo ano, três têm origem animal³².

Esses números assustam, principalmente se levado em consideração que os animais fazem, cada vez mais, parte da vida das pessoas nos grandes centros urbanos. De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística³³, o Brasil possui mais de 132 milhões de animais de estimação, sendo cerca de 52 milhões de cães e de 22 milhões de gatos.

Pode-se extrair da página do Centers for disease control and prevention – CDC - o conceito de saúde única:

[...] One Health recognizes that the health of people is connected to the health of animals and the environment. The goal of One Health is to encourage the collaborative efforts of multiple disciplines-working locally, nationally, and globally-to achieve the best health for people, animals, and our environment.

A One Health approach is important because 6 out of every 10 infectious diseases in humans are spread from animals [...]³⁴.

A ideia de que a saúde humana seria interdependente da saúde animal não é nova, como se pode aferir de breve histórico constante em folder elaborado pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária – CFMV:

[...] Origem e Evolução da Saúde Única.

Séc. V a.C.

O termo é recente, mas o conceito remonta à antiguidade grega, quando Hipócrates, considerado o “pai” da Medicina, defendeu a ideia de que a saúde pública estava ligada a um ambiente saudável.

Séc. XIX

Diversos cientistas identificaram semelhanças entre os processos humanos e animais. Foi o caso do médico alemão Rudolf Virchow (1821 – 1902), que afirmou que “entre a medicina animal e a medicina humana não existem linhas divisórias e nem devem existir”.

1927 – 2006

Já Calvin Schwabe concebeu o termo “Medicina Única”. A evolução do termo “Medicina Única” para “Saúde Única” ocorreu no Século 21. A Saúde Única passou a reconhecer que o ser humano não existe isolado e faz parte de um ecossistema vivo.

2011

O 1º Congresso Internacional da Saúde Única aconteceu na Austrália, e reuniu participantes de 60 países de diferentes áreas de atuação [...]³⁵.

32 Dados disponíveis em: <<http://www.oie.int/en/for-the-media/onehealth/>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

33 Dados disponíveis em: http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/camaras_tematicas/Insumos_agropecuarios/79RO/IBGE_PAEB.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2016.

34 Tradução livre: “Saúde Única reconhece que a saúde das pessoas está ligada à saúde dos animais e do ambiente. O objetivo da Saúde Única é incentivar os esforços colaborativos de várias disciplinas - trabalhar localmente, nacionalmente e globalmente - para alcançar a melhor saúde para as pessoas, animais e nosso ambiente. Uma abordagem de saúde única é importante porque 6 em cada 10 doenças infecciosas em seres humanos são propagadas a partir de animais”. Disponível em < <http://www.cdc.gov/onehealth/>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

35 Disponível em < http://portal.cfmv.gov.br/uploads/files/folder_SU.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2016.

Esse conceito tem ganhado cada vez mais adeptos e já é adotado pela Organização Mundial de Saúde³⁶.

O Poder Público, em atenção ao princípio da eficiência³⁷, deve estar atento à evolução do conhecimento técnico. Se a comunidade científica endossa a ideia de que a saúde animal (e do ecossistema) possui ligação umbilical com a saúde humana, a abordagem das políticas públicas de saúde nacionais não deveria ser diferente.

No entanto, não é o que tem ocorrido:

[...] De acordo com a legislação pertinente ao SUS e com a Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, os recursos do setor público de saúde no Brasil não podem ser aplicados em outras políticas públicas. Assim, cabe a cada esfera de governo - responsável pela aplicação dos recursos destinados às ações e serviços públicos de saúde voltados para vigilância, prevenção e controle de zoonoses e de acidentes causados por animais peçonhentos e venenosos, de relevância para a saúde pública - avaliar criteriosamente as políticas públicas de saúde e diferenciá-las das políticas públicas de meio ambiente, saúde animal, bem estar animal, limpeza e segurança pública e viária ou quaisquer outras relacionadas à execução de ações sobre as populações de animais [...]³⁸.

Mas, ainda que se admita a vedação de destinação de verbas do Sistema Único de Saúde – SUS -, é possível entender, pelas razões expostas acima, que o Poder Público não poderia negligenciar o cuidado com os animais (dever constitucional imposto no art. 225, §1º, inciso VII) e a elaboração de políticas públicas que os contemplassem (em sintonia com a ideia de saúde única). Afinal, como forma de cumprimento de políticas de saúde única, os animais, ainda que por rubrica orçamentária destinada ao homem, deveriam, em nome da saúde única, receber uma maior e melhor atenção do Estado quanto aos serviços veterinários por ele oferecidos.

Nessa linha de raciocínio, não há, em princípio, qualquer incorreção na abertura da via judicial para discussão do tema.

4. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Muito se tem escrito e discutido sobre judicialização de políticas públicas, seus males e benefícios.

Discorrendo sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover sustenta que, na busca da consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da Constituição da República de 1988³⁹, o Judiciário, como uma das formas de expressão do poder estatal, pode e deve atuar. O controle de constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário não se faz, assim, “[...] apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado”⁴⁰.

36 Vide < http://www.who.int/neglected_diseases/resources/who_htm_ntd_nzd_2016.02/en/>. Acesso em: 27 nov. 2016.

37 Recorre-se aos ensinamentos de Fernanda Marinela: “A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum”. MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 44.

38 Disponível em < <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/197-secretaria-svs/14874-esclarecimento-sobre-a-portaria-n-1-138-gm-ms-de-23-de-maio-de-2014>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

39 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988].

40 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 129.

Ainda a respeito da possibilidade de intervenção do Judiciário, destaca-se o ensinamento de Camilo Zufelato, para quem a implementação de direitos fundamentais, sejam “[...] instrumentalizados por meio de políticas públicas ou não, é dever de todos os poderes do Estado, para a própria realização e concretização dos escopos do Estado Democrático de Direito, incluindo o Judiciário”⁴¹.

O que deve ser verificado, portanto, ao se analisar a possibilidade de intervenção do Judiciário em políticas públicas, é se existe uma omissão (ou equívoco) do Poder Executivo, primariamente encarregado da atividade executiva, ou mesmo do Legislativo, de forma a inviabilizar o atingimento dos objetivos fundamentais.

Ainda segundo Ada Pellegrini, a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal, pode-se chegar a alguns requisitos para o controle desse conjunto de atividades estatais direcionado a seus objetivos:

[...] Há um pressuposto e limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. O **pressuposto**, que autoriza a imediata judicialização do direito, mesmo na ausência de lei ou de atuação administrativa, é a restrição à **garantia do mínimo existencial**. Constituem **limites** à intervenção: a **razoabilidade** da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público; a **reserva do possível**, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública [...] (grifos nossos)⁴².

A referida autora foi expressa ao mencionar a tutela ao meio ambiente como um dos direitos que podem ser incluídos na ideia de mínimo existencial, entendido como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado”⁴³.

Kazuo Watanabe, por sua vez, ressalta:

O mínimo existencial, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição do retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país⁴⁴.

Nesse contexto, políticas públicas em prol dos animais podem ser defendidas como integrantes do mínimo existencial, seja por favorecerem a proteção ambiental, seja por promoverem a saúde, dentro do conceito de saúde única.

Já a razoabilidade, para Grinover, “mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade” que, por sua vez, significa “a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”⁴⁵.

Por fim, a reserva do possível relaciona-se com a disponibilidade financeira para o Estado arcar com as prestações positivas exigidas para o atingimento dos fins estatais por meio das políticas públicas.

Ada Pellegrini deixa claro, no entanto, que “nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito”⁴⁶.

Frisa-se que não se ignora a realidade sócio-econômica brasileira, na qual diversos direitos fundamentais essenciais para que as pessoas vivam com um mínimo de dignidade são desrespeitados. Essa constatação pode conduzir à consideração de que o objeto do presente trabalho é utópico. Porém, o que se pretende é lançar um norte, enfatizar um objetivo presente na Constituição e, portanto, relevante para a sociedade.

41 ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 311.

42 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 149.

43 *Idem*. p. 132.

44 WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 219.

45 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *Op.cit.*, p. 133.

46 *Idem*. p. 139.

Afinal, não é dado dizer que determinada parte da Constituição não merece atenção, como, aliás, lembra Kazuo Watanabe, em relação à busca pela satisfação de todos os direitos sociais:

[...] num país como o Brasil, com enormes dívidas sociais, com problemas de pobreza, de marginalização, de desigualdades sociais e regionais, de desenvolvimento nacional, de falta de moradia, de distribuição desigual de rendas e outros mais, pretender que todos os direitos fundamentais sociais sejam implementados de uma só vez, inclusive com a intervenção do Judiciário, é um sonho idealista que esbarra em obstáculos práticos intransponíveis. Com gradualismo e sempre impulsionado pela ‘vontade de Constituição’ e pela busca do ‘máximo possível’, certamente a situação do ⁴⁷país se encaminhará cada vez mais em direção a realização desse sonho [...].

Interessante anotar que, segundo Zufelato, a jurisdicionalização de políticas públicas pode se tornar uma forma de acesso a direitos fundamentais, comumente negados a grupos minoritários:

[...] o processo jurisdicional em sede de controle de políticas públicas poderá servir para fazer valer os direitos coletivos de grupos minoritários, desde que esses defendam interesses legitimamente tutelados pelo Estado Democrático de Direito, mas que não foram implementados no campo da política. É neste contexto que ‘certas massas de interesses ainda não tipificadas normativamente, como a coletividade dos cidadãos HIV soropositivos, o chamado povo da rua, os rurícolas ditos sem terra, bem como tantas outras coletividades credoras de direitos sociais poderão pleitear participação na divisão dos benefícios da riqueza nacional e maior justiça social [...]’⁴⁸.

Claro que os interesses dos animais não irão prevalecer sempre ou sistematicamente, devendo haver um juízo de ponderação, amparado na razoabilidade da pretensão e na irrazoabilidade da atuação ou omissão estatal.

Existem exemplos de atuação do Judiciário na efetivação de políticas públicas em prol dos animais que podem ilustrar essa ponderação.

Nesse sentido, em ação civil pública visando substituir o método cruel de controle populacional de cães e gatos (extermínio em câmara de gás) por outro mais ético (esterilização e adoção) no município de Belo Horizonte, o Ministro Humberto Martins, em seu voto, proferido no julgamento de recurso especial n. 1115916, abordou a questão da finalidade dos Centros de Controle de Zoonoses, e assim destacou:

[...] Ao arripio de toda essa legislação protetiva, é comum nos Centro de Controle de Zoonose, e o presente caso é uma prova disso, o uso de procedimentos cruéis para o extermínios de animais, tal como morte por asfixia, transformando esses centros em verdadeiros “campos de concentração”, quando deveriam ser um espaço para promoção da saúde dos animais, com programas de controle de doenças.

Não se pode esquecer que a meta principal e prioritária dos centros de controles de zoonose é erradicar as doenças que podem ser transmitidas dos animais aos seres humanos, tais quais a raiva, a leishmaniose etc. Esse é o objetivo a ser perseguido [...]’⁴⁹

A partir da referida ACP, o Município mudou sua postura, aboliu o método cruel de extermínio de animais e elaborou o já mencionado programa “Adote um amigo”, passando a fornecer, de forma gratuita, a castração, bem como a incentivar a adoção.

Outro exemplo: Em ação promovida pelo Ministério Público em face do Município de Bambuí, Minas Gerais, o Magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão ministerial para determinar “que o requerido adote política pública eficiente de controle de zoonoses”, promova “o tratamento de todos os animais recolhidos nas vias públicas, portadores ou não de zoonoses, para que preservem qualidade de vida até sua destinação

47 WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, *Op. Cit.*, p. 222.

48 ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 320.

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1115916*. Relator Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900053852&dt_publicacao=18/09/2009>. Acesso em: 23 maio 2016.

final”, “implante serviço de atendimento médico veterinário capaz de atender o mínimo de 60 castrações mensais e gratuitas de caninos e/ou felinos” e que realize “campanhas de adoção de animais recolhidos, devidamente castrados, vacinados e vermifugados”, dentre outras medidas⁵⁰.

Assim, o Judiciário pode determinar diretamente a realização de políticas públicas em prol dos animais. Ou pode, através de suas decisões, estimular a atuação dos demais Poderes. É que acontece, por exemplo, quando pune autarquia federal (IBAMA) por falta no dever de fiscalização⁵¹. Afinal, hoje, desborda-se

a premência do ativismo magistral, um dos matizes do protagonismo do Juízo na sociedade atual. O Poder Judiciário, por sua arquitetura constitucional genuína, já é personagem principal nas inquietudes comunitárias a ele postas, feito que não infirma a utilidade de uma atuação ainda mais ambiciosa na aplicação do Direito ao caso concreto, performance que inova a letra legal, engrandecendo-a até encobrir a realidade em debate⁵².

Há, portanto, base constitucional, legal e técnica para a implementação de políticas públicas em prol dos animais, sendo relevante o papel do Judiciário no controle de omissões desarrazoadas ou ações equivocadas por parte dos demais Poderes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, vê-se que o tema direito dos animais tem ganhado relevância, chegando a alcançar o Supremo Tribunal Federal, mesmo porque a evolução da conscientização da sociedade encontra abrigo na Constituição Federal de 1988, que impõe ao Poder Público e à coletividade a tutela da fauna, assim como a vedação de práticas de crueldade contra os animais.

As políticas públicas são o conjunto de atividades voltadas à consecução dos fins do Estado, dentre os quais se encontra a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção da solidariedade que deve ser compartilhada entre humanos e não humanos. Nesse contexto, foram citados diversos exemplos de políticas públicas que deveriam ser implementadas em prol dos animais.

Todavia, ao relegar essas questões ao segundo plano, o Estado ignora a intrínseca relação entre saúde humana, saúde animal e saúde ambiental, conhecida como “saúde única”.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde Animal – OIE, mais de 60% das doenças infecciosas humanas existentes são provenientes de zoonoses de animais, o que não permite ao Poder Público negligenciar o cuidado com os animais (dever constitucional imposto no art. 225, §1º, inciso VII) e a elaboração de políticas públicas que os contemplem (em sintonia com a ideia de saúde única). Ao assim agir, o Estado abre as portas para a judicialização da questão, mesmo porque na busca da consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da Constituição da República de 1988, o Judiciário, como uma das formas de expressão do poder estatal, pode e deve atuar.

O que deve ser verificado, portanto, ao se analisar a possibilidade de intervenção do Judiciário em políticas públicas, é se existe uma omissão (ou equívoco) do Poder Executivo, primariamente encarregado da atividade executiva, ou mesmo do Legislativo, de forma a inviabilizar o atingimento dos objetivos fundamentais.

50 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública n. 0015705-57.2014.8.13.0051*. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=51&numero=1&listaProcessos=14001570>. Acesso em: 09 jun. 2016.

51 Vide <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoies/doc.jsp?livre=animais+via+p%FAblica+responsabilidade+poder+p%FAblico&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

52 RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BASTIANETTO, Lorena Machado Rogedo. A releitura do princípio da actio nata quanto aos direitos difusos na judicialização brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, 2016.

A tutela do meio ambiente e o direito à saúde são, afinal, vetores que podem ser inseridos na ideia de mínimo existencial, que representa aquilo que é essencial para garantir uma vida digna. Esse mínimo existencial sequer pode ser limitado pela reserva do possível, argumento relacionado à disponibilidade financeira.

Claro que, em um país com tantas urgências socioambientais, os interesses dos animais não irão prevalecer sempre ou sistematicamente, devendo haver um juízo de ponderação, amparado na razoabilidade da pretensão e na irrazoabilidade da atuação ou omissão estatal.

Conclui-se, portanto, que existe base constitucional, legal e técnica para a implementação de políticas públicas em prol dos animais, sendo relevante o papel do Judiciário no controle de omissões desarrazoadas ou ações equivocadas por parte dos demais Poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no Direito. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 3, n. 6, 2006. Disponível em <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/71>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

BERNARDES, Cláudio Márcio/ TOMAZ, Carlos Alberto Simões. Homeschooling no Brasil: conformação deôntico-axiológica do sistema jurídico como plus à política pública de educação fundamental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 6, n.2, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 12 fev. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1115916*. Relator Ministro Humberto Martins. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900053852&dt_publicacao=18/09/2009>. Acesso em 23 mai. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Ação Civil Pública n. 0015705-57.2014.8.13.0051*. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=51&numero=1&listaProcessos=14001570>. Acesso em: 09 jun. 2016.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>> . Acesso em 05 nov. 2016.

Centers for disease control and prevention – CDC. *One health* – 2016. Disponível em <<http://www.cdc.gov/onehealth/>>. Acesso em 27 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA – CFMV. *Folder saúde única* – 2015. Disponível em <http://portal.cfmv.gov.br/uploads/files/folder_SU.pdf>. Acesso em 27 nov. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 125-150.

Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE. *População de animais de estimação no Brasil - 2013*. Disponível em <http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/camaras_tematicas/Insumos_agropecuarios/79RO/IBGE_PAEB.pdf>. Acesso em 27 nov. 2016.

International Companion Animal Management Coalition – ICAM. *Humane Dog Population Management Gui-*

dance. United Kingdom: WSPA, 2008. Disponível em <http://www.icam-coalition.org/downloads/Humane_Dog_Population_Management_Guidance_English.pdf>. Acesso em 25 mai. 2016.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MINAS GERAIS. *Lei n. 22.231, de 20 de julho de 2016*. Dispõe sobre a definição de maus-tratos contra animais no Estado e dá outras providências. Minas Gerais, Diário do Executivo, Minas Gerais, 21 jul. 2016.

OLIVEIRA, Micheline Ramos de; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; CARLETTTO, Sheila. Um olhar antropológico sobre o especismo e movimentos de defesa dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 23, set./dez. 2016.

POCAR, Valerio. *Los animales no humanos: por una sociología de los derechos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BASTIANETTO, Lorena Machado Rogedo. A releitura do princípio da actio nata quanto aos direitos difusos na judicialização brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, 2016.

SALLES, Álvaro Angelo. *Bioética e meio ambiente: da matança de animais à destruição de um planeta*. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2009.

SANTANA, Luciano Rocha et al. *Posse responsável e dignidades dos animais*. 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26684-26686-1-PB.pdf>>. Acesso em 26 nov. 2016.

SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: M. Fontes, 1998.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 213-224.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO; WORLD SOCIETY FOR THE PROTECTION OF ANIMALS – WSPA. *Guidelines for dog population management*. Geneva; 1990. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/61417/1/WHO_ZOON_90.166.pdf>. Acesso em 25 mai. 2016.

WORLD ORGANISATION FOR ANIMAL HEALTH – OIE. *One health*. Disponível em: <<http://www.oie.int/en/for-the-media/onehealth/>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

ZAGANELLI, Juliana. A (in) justiça do Poder Judiciário: o obstáculo econômico do acesso à justiça e o direito social à saúde. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 15, n. 6, 2016.

ZAMBAM, Neuro José; ANDRADE, Fernanda. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da sentiência. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 11, n. 23, 2016.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 309-332.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Judicialização da saúde,
ativismo judicial e o
consequente desequilíbrio do
orçamento público**

**Legalization of health, judicial
activism and the resulting
imbalance of the public budget**

Juvêncio Borges Silva

João Paulo Jucatelli

Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público*

Legalization of health, judicial activism and the resulting imbalance of the public budget

Juvêncio Borges Silva**

João Paulo Jucatelli***

RESUMO

A judicialização e o ativismo social são uma realidade que permeia as relações econômicas, políticas, sociais e científicas da sociedade brasileira nos tempos atuais. São diversas as causas que lhe deram ensejo segundo diferentes autores que se dedicaram ao tema, entretanto, tendo em comum a opinião segundo a qual os documentos Constitucionais, notadamente aqueles readequados e/ou promulgados no período pós II Guerra Mundial, são o campo fértil de cultivo, concentrando e materializando todos estes elementos. Trata-se de fenômenos essenciais à administração da justiça e preservação da ordem democrática Constitucional diante do déficit representacional dos poderes eletivos para com a sociedade no atual contexto político nacional, no entanto, em nome deste processo, tem se manifestado sinais de interferências do Poder Judiciário em face dos outros Poderes da República, cuja discussão em pauta objetiva a legitimidade destas ingerências, na medida em que lhes impõe obrigações cujos custos financeiros provocam verdadeiros desarranjos nos orçamentos públicos, colocando em risco a organização e execução das políticas públicas priorizadas por cada uma destas esferas de Poder da República, reclamando, assim, que sejam fixados limites a esta prática de modo a assegurar o equilíbrio e autonomia entre todos os poderes.

Palavras-chave: Judicialização. Ativismo Judicial. Saúde Pública. Orçamento Público.

ABSTRACT

Judicialization and judicial activism is a reality that permeates the economic, political, social, scientific Brazilian society in recent times. There are several causes that gave rise according to different authors who have dedicated themselves to the subject, however, having in common the view that the Constitutional documents, especially those re-adapted and / or promulgated in the 2nd post World War period, are the fertile field cultivation, concentrating and materializing all these elements. These are essential phenomena to the administration of justice and the preservation of the constitutional democratic order before the representational deficit elective powers to the company in the current national political context, however

* Recebido em 14/12/2016
Aprovado em 18/01/2017

** Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Campinas, Doutor pela UNESP, Mestre pela UNICAMP, graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos, professor do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

*** Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Especialista em direito notarial e registral pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em direito notarial e registral pelo Instituto de Ensino Luis Flávio Gomes. Oficial Titular da Serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais da Sede da Comarca de Esmeraldas-MG

, on behalf of this process it is manifested Power of interference signals judiciary in the face of the other branches of government, whose discussion on the agenda objects the legitimacy of interference, to the extent that they impose obligations whose financial costs cause actual breakdowns in public budgets, putting at risk the organization and implementation of public policies prioritized by each these spheres of power of the Republic, complaining, so that limits are set to this practice in order to ensure balance and independence of all powers.

Keywords: Legalization. Judicial Activism. Public Health. Public Budget.

1. INTRODUÇÃO

Tema hoje bastante recorrente nas discussões acadêmicas não só na seara jurídica como também em diversas outras disciplinas, têm sido o fenômeno da judicialização, sobre o qual há abundante oferta de publicações e considerável volume de material abordando o assunto. Dado ao grau de profundidade e especialização dos estudos desenvolvidos neste campo é possível já identificar capítulos específicos dentro desta temática como judicialização da política, judicialização das políticas públicas, judicialização das relações sociais, judicialização da educação, judicialização da saúde, dentre outras. Ou seja, este fenômeno que reflete questões de ordem científica, política, comportamental e notadamente sociais, antes objeto precípua de deliberação política e social, passaram a encontrar guarida nas barras do Poder Judiciário, que não se furtando de sua atividade típica, tem entregado aos jurisdicionados a reclamada prestação jurisdicional no que tange a questões de natureza originariamente política e social.

Neste diapasão, emblemáticos precedentes ilustram esta realidade “judicializada” que se tem observado nestes tempos modernos, a saber: i) demarcação de terras indígenas na reserva “Raposa Serra do Sol” em Roraima, através do julgamento da PET 3388, quando foram fixadas 19 salvaguardas a servirem de parâmetros, em Março de 2009¹; ii) regulamentação do exercício do direito de greve no setor público reconhecendo em julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 a omissão legislativa quanto a regulamentação deste direito e para além, reconheceu aplicabilidade subsidiária da Lei 7.783/89 que trata do direito de greve no setor privado, para a área pública, em 2007²; iii) vedação da prática denominada por nepotismo e nepotismo cruzado hoje objeto da Súmula Vinculante n.º 13 de 2008³; iv) Recurso Extraordinário 197.917/2004, que reconheceu a proporcionalidade do número de vereadores à quantidade de habitantes do município, tendo aplicado a este julgado o que denominou de efeitos *pro futuro*, ou seja, os efeitos da sentença foram postergados para momento posterior para se preservar a segurança jurídica.⁴

Tratam-se de julgados emblemáticos que ilustram com satisfatória clareza a hodierna tendência de se provocar o Poder Judiciário com matérias antes restritas e de cunho interno às demais esferas de poder.

Se num primeiro momento tratou-se de um expediente louvável, digno de referência, já que em última análise estar-se-ia, ao menos em tese, suprimindo a deficiência prestacional e representativa dos demais Poderes da República, assim como coibindo eventuais excessos por eles cometidos, sanando assim as carências imediatas dos cidadãos, em um segundo momento, notou-se a necessidade de parcimônia a esta prática,

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3388*. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n.º 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28sumula+vinculante+13%29+E+S%2EFLSV%2E&pagina=3&base=baseSumulasVinculantes&url=/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 abr. 2016

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 197.917/2004*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 19 abr. 2016

tendo em vista que passaram a criar situações tensionais entre os poderes constituídos.

Dentre as diversas implicações produzidas por esta nova postura proativa, o presente artigo buscará enfocar tão somente uma delas, qual seja, os reflexos no orçamento público dos entes federados responsáveis pelos cumprimentos destas determinações judiciais.

2. POSSÍVEIS CAUSAS ENSEJADORAS DA JUDICIALIZAÇÃO

A conjuntura fático/social/política/econômica que deu ensejo a este fenômeno da judicialização é identificada a partir de variados pontos de vista por cada um que se debruça sobre o tema a fim de perscrutá-lo. Há impressões como as de Habermas, para quem o ponto inaugural da teoria coincide com o momento em que relampejos de ética social passaram a manifestar-se em cômodos antes iluminados apenas pelas luzes do direito, que até então focavam tão somente o privado/individual⁵. Para outros como Maria Gloria Gohn, o histórico dos movimentos sociais e as entidades da sociedade civil organizadas, surgidos em contrapartida aos regimes políticos ditatoriais precedem as manifestações da judicialização. Movimentos embora inseridos em um mesmo seio social, mas fragmentados a partir de suas reivindicações, traçando a seguinte distinção: movimentos identitários, que perseguem direitos sociais, econômicos, políticos e até culturais; movimentos que lutam por melhores condições de vida e de trabalho no meio urbano e rural que identificam necessidades por moradia, educação, alimentação, etc.; movimentos, por fim, globais ou globalizantes, a exemplo do Fórum Social Mundial que são responsáveis pela articulação em nível nacional e até transnacional de movimentos sociais⁶.

A democratização do acesso à justiça como evidência da presença do direito no mundo contemporâneo, viável graças, em parte, a reformas introduzidas no sistema do *Welfare State*, motivadas pelas urgências de novos direitos individuais e públicos, onde o indivíduo passa a ser considerado não mais em si, mas inserido em determinados segmentos como, por exemplo: consumidores, usufrutuários do meio ambiente, etc.; graças em parte à introdução de mecanismos com aptidão para a representação jurídica dos interesses desses segmentos coletivos, deu início a uma caminhada rumo à superação da concepção individualista do processo para uma nova, com viés coletivo; e em parte, finalmente, à ampliação do enfoque das etapas precedentes de modo a tornar esses direitos plurais realmente exequíveis⁷.

É também Viana que, tratando especificamente da judicialização da política, aduz que tal fato tem sua “[...]origem[...]na descoberta, por parte da sociedade civil, da obra do legislador constituinte de 1988, e não nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário[...]”⁸

É ainda Viana quem observa que

O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta, como se viu ao final da introdução, de ser adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma comunidade de intérpretes, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições.⁹

Ainda tratando das conjunturas que viabilizaram esse fenômeno, a judicialização da política encontra campo fértil no controle abstrato de constitucionalidade e dos novos intérpretes da Constituição a partir do texto de 1988; neste sentido prossegue, ainda, este mesmo autor:

5 HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 242.

6 GOHN, Maria Gloria. *Abordagens Teóricas no Estudo dos Movimentos Sociais na América Latina*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v21n54/03.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

7 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

8 *Idem*. p. 43

9 *Idem*. p. 47

O cenário pós-constituente, à exceção do governo Collor, tem sido o da expressão concentrada da vontade da maioria, particularmente nesses dois governos de Fernando Henrique, quando, pelo uso continuado e abusivo das medidas provisórias, provoca-se a erosão das formas clássicas de controle parlamentar da produção da lei. Foi esse o contexto que veio a favorecer a concretização dos partidos e dos sindicatos no exercício de intérpretes da Constituição, convocando o Poder Judiciário ao desempenho do papel de um *tertius* capaz de exercer funções de *checks and balances* no interior do sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalisão. Daí que, por provocação da sociedade civil, principalmente do mundo da opinião organizada dos partidos e do mundo dos interesses, nos sindicatos, o Poder Judiciário se vem consolidando como ator político e importante parceiro no processo decisório.¹⁰

Traduz sua explicação em números que a tornam suficientemente claras: no ano da promulgação da Constituição, 1988, foram distribuídas tão somente 11 Adins. Já no ano seguinte, 1989, este número subiu para 159 Adins, e no ano seguinte, 1990, 255 Adins, número igualmente alto em 1991, que foram distribuídas 233 Adins. Ações estas que tem como autores, predominantemente as associações, governadores, procuradores e partidos políticos, ou seja, os novos intérpretes do texto Constitucional.¹¹

Dados estes que comprovam, portanto, que a abertura do judiciário a novos intérpretes da Constituição, devidamente instrumentalizados ao exercício desta prerrogativa – ações visando ao controle abstrato de constitucionalidade –, permitiram ou pelo menos contribuíram para a inserção do Poder Judiciário em decisões essencialmente políticas.

Independentemente do foco pessoal dos estudiosos acima referendados e tantos outros que com igual gabarito enfrentaram o tema, ponto de contato entre todas elas é a afluência das reivindicações destes diversos movimentos para a Lei Maior das nações, ou seja, suas respectivas Constituições. É precisamente esta a constatação feita por Luiz Werneck Vianna, quem afirma que o ápice destes movimentos é a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que termina por consolidá-los na medida em que se trata da maior abertura democrática até então vivenciada e responsável pela materialização das reivindicações frutificadas de uma acentuada mobilização popular.¹²

É também, lado outro, o exato momento de interface entre jurídico e político, tanto que a sintética fórmula que enuncia a Constituição como sendo o “estatuto jurídico do político”, nos ensinamentos de Paulo Ferreira da Cunha¹³, definição importada por Castanheira Neves e depois bastante utilizada em seara Constitucional por Gomes Canotilho, resume com precisão esta realidade.

Judicialização, enfim, pode ser definida, a partir do notável e preciso poder de síntese de Luiz Roberto Barroso, como o fato segundo o qual “questões relevantes do ponto de vista político, social e moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder judiciário”¹⁴

3. ATIVISMO JUDICIAL

De mãos dadas com a judicialização, porém com ela não se confundindo, há o expediente do ativismo judicial, expressão que identifica uma opção comportamental de conduta proativa no exercício interpretativo do texto Constitucional, que resulta em certa expansão de seu conteúdo e aplicabilidade. É uma postura que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional sem, contudo, invadir o campo

10 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 51

11 *Idem*. p. 55

12 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

13 CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2007. v. 3

14 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 437.

da criação livre do direito”.¹⁵ Segundo Barroso a locução “ativismo judicial” surgiu em 1947 e foi utilizada pela primeira vez por um historiador em alusão à Suprema Corte americana no período do *New Deal*.¹⁶

É ainda Barroso que, tecendo considerações sobre a origem da expressão “ativismo judicial” e posições que se delinearam sobre o fenômeno comenta:

A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digno de transcrição por sua atualidade no debate contemporâneo: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro com a expansão da esfera de atuação do legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para obtenção de resultado socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.”¹⁷

O magistrado, em todas as instâncias jurisdicionais é provocado a enfrentar demandas cujo elevado e crescente grau de complexidade nas relações das modernas sociedades e estilos de vida atuais, não permite que ele se mantenha no ultrapassado e ineficiente método interpretativo-hermenêutico jurídico típico da racionalidade positivista, ou seja, fato típico, norma em abstrato, subsunção desta para aplicação ao caso concreto. Elementos característicos do direito foram alterados nas suas concepções mais fundamentais, outros surgiram e se consolidaram, culminando em uma nova concepção de racionalidade jurídica.¹⁸

O primeiro marco de destaque na mudança de paradigma data do período pós Segunda Guerra Mundial, coincidindo com os instantes finais da filosofia do positivismo jurídico a partir da trágica experiência vivenciada na Alemanha Nazista e seus crimes contra a humanidade, levados a cabo graças a esta filosofia jurídica positivista, uma vez que as atrocidades em questão estavam devidamente respaldadas pela Constituição daquele país, à época, a denominada Constituição de Weimar. Esta mudança de paradigma operou-se quanto à concepção de norma jurídica, em que na primeira metade do século passado era comum a distinção entre princípios e normas jurídicas, como esferas diferentes, distintas e, na segunda metade daquele século, passou-se a considerar norma jurídica como gênero do qual são espécies a norma-princípio e a norma-regra.¹⁹

Isso implica em radical mudança de conceitos quando da aplicação legislativa, refletindo em maior autonomia ao Magistrado em seu trabalho interpretativo. As normas-princípios ganham efetividade e aplicabilidade por parte do julgador, notadamente quando se trata da hermenêutica Constitucional, o que não era possível quando separadas as normas dos princípios, reclamando assim uma nova postura do Magistrado, sendo este, portanto, um dos fatores que levam à prática do ativismo judicial.²⁰

Este modo interpretativo proativo faz-se, inclusive, necessário para a própria autopreservação do texto Constitucional, segundo apontado por Konrad Hesse em seu texto “A Força Normativa da Constituição”:

15 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

16 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 437

17 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 441.

18 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 01 ago. 2015.

19 *Idem*.

20 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 01 ago. 2015.

Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.²¹

Neste emblemático trabalho para o direito Constitucional Hesse, visando contrapor a teoria de Ferdinand Lassale, segundo a qual há duas Constituições: uma efetiva e que decorre dos fatores reais de poder, e outra escrita sem qualquer força normativa e que não passa de mera folha de papel, defende a normatividade do documento escrito e para tanto apresenta a necessidade que haja entre os detentores de poder o que chama de “vontade da constituição”, ou seja, um desejo puro e legítimo de aplicar o texto Constitucional às relações sociais com viés não apenas a aplicação por si só da norma, mas, sobretudo que esta aplicação se dê em compasso à realidade na qual se encontra inserido aquele fato, isso, segundo Hesse, contribui para a perpetuação da força normativa da constituição.

É neste contexto, portanto, que Teixeira Vinchinkeski conceitua ativismo judicial positivo como sendo “aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição.”²²

4. A SAÚDE COMO OBJETO DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAIS

Desta sorte, como visto anteriormente, houve uma rematerialização dos textos Constitucionais que deixaram de ser documentos concisos para tornarem-se extremamente prolixos, haja vista a grande quantidade de direitos e garantias que passaram a abarcar em suas estruturas. E dentre esses direitos e garantias da pessoa humana figura o da saúde, objeto de análise do presente artigo.

Detém previsão expressa na Carta Magna, senão veja-se:

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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:²³

Através da redação Constitucional resta definido que a saúde é “direito de todos” e “dever do Estado”, expressões estas que bastam para que a matéria tenha assegurado ingresso no âmbito do Poder Judiciário, além, é claro, do fato de sua inserção dentro do próprio documento Constitucional. Não obstante, traz a Carta Constitucional, igualmente, todo um arquétipo que envolve todos os Poderes da República, assim como também todos os entes federados, atribuindo responsabilidades pelo custeio, organização, implantação, execução, manutenção e fiscalização destas ações voltadas a cumprir este “dever” estatal para com o direito universal à saúde.

21 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido em português por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

22 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 01 ago. 2015.

23 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

Tendo em vista a previsão Constitucional, instituiu-se o SUS – Sistema Único de Saúde –, a partir da promulgação da Lei 8.080/90 que, consoante seu artigo 4º, assim o define como sendo, “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).”²⁴

De modo que, sendo atribuição dos Poderes Executivo e Legislativo a implementação de políticas sociais e econômicas na área da saúde, através de seus órgãos próprios tais como Ministério da Saúde em âmbito federal, Secretarias da Saúde em âmbitos Estaduais e Municipais, através de estudos e análise de dados estatísticos como, por exemplo, os fornecidos pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística –, ou setores especializados em saúde pública ou em epidemiologias, identificam as principais mazelas que acometem uma dada localidade, e a partir destes dados concretos desenvolvem suas políticas públicas que julgam mais eficazes, adequadas e necessárias às particularidades daquela localidade.

O Executivo, com participação direta do Legislativo, estabelece as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública nesta área para as despesas de capital com programas de duração continuada que excedam o orçamento anual – lei plurianual²⁵-, traçam as metas e as prioridades que deverão constar do orçamento anual – lei de diretrizes orçamentárias²⁶ -, e posteriormente estabelece, também através de lei, as despesas atreladas à correspondente receita, para só a partir daí estar devidamente autorizada por lei – princípio da legalidade - a efetuar as despesas necessárias à implantação daquela política pública pretendida – lei orçamentária anual²⁷. Está sujeito, portanto, ao sistema orçamentário público²⁸; de modo que qualquer ação ou omissão do administrador público com relação a finanças, despesas e empenhos de recursos públicos sem que estejam previamente amparadas nestas balizas normativas orçamentárias, lhe acarretará imputação de crime de responsabilidade fiscal, a teor da Lei Complementar 101/2000.

Identificando o administrador público uma necessidade dos cidadãos que carece de certa medida, não lhe é lícito simplesmente “abrir a gaveta dos cofres públicos” e retirar o montante que necessita para atender aquela situação. O sistema orçamentário Constitucional lhe impõe à adoção de medidas prévias que objetam, em última análise, a manutenção dos custos operacionais daquele ente dentro das possibilidades financeiras, como também, evidentemente, a fiscalização na utilização desses recursos públicos.

24 BRASIL. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

25 Art. 165, § 1º, CF: A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

26 Art. 165, § 2º, CF: A lei de diretrizes orçamentais compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

27 Art. 165, § 5º, CF: A lei orçamentária anual compreenderá:

I o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

§6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

§8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

28 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva 2015.

A partir daí disponibilizam aos cidadãos daquela localidade determinados tratamentos ou fornecimentos de farmacológicos pela rede pública, visando ao atendimento da saúde da população, haja vista se tratar, como visto acima, de um dever Constitucionalmente imposto. Evidentemente não estão compreendidos nestas listagens de tratamentos e farmacológicos disponíveis toda a sorte de recursos existentes neste campo, e isso não apenas devido à limitação orçamentária, que por si só basta para justificar as ausências, mas também a limitações técnicas e mão de obra especializadas para determinadas situações, a exemplo de alguns procedimentos de transplante de órgãos que apenas são realizados em outros países.

Ocorre que o cidadão que não encontra disponível no Poder Público aquilo que necessita naquele instante, recorre ao Poder Judiciário, surgindo assim o impasse objeto de análise do presente trabalho. A pretensão ajuizada pelo jurisdicionado é dotada de particularidades a depender do caso concreto que deve, ou ao menos deveria influenciar a decisão judicial: numa primeira hipótese, há o caso de determinado tratamento ou fármaco com previsão em listagens do Ministério da Saúde ou de Secretarias de certo Estado ou Município e que mesmo assim lhe é negado acesso. Certamente essa situação reclama uma posição impositiva por parte do Poder Judiciário sem que seja formulada a escusa de reflexos indesejáveis no programa orçamentário do respectivo ente público, dada a já inserção na listagem de tratamentos ou medicamentos disponíveis, o que pressupõe o respectivo empenho de recursos.

Noutro norte, situação pode haver em que é negado ao cidadão determinado fármaco, mas negado pelo fato do pedido ter sido feito pelo nome comercial deste produto enquanto o Poder Público dele dispõe, com mesmo princípio ativo, porém com nome comercial diferente. É certo que a posição do Judiciário neste caso não pode ser a mesma dada no exemplo anterior, pois inexistente razão plausível para que se obrigue ao ente público atender ao capricho do jurisdicionado no que diz respeito a sua preferência por dada marca comercial.

Mas, outra situação peculiar configura-se quando, no exemplo acima, o jurisdicionado comprove satisfatoriamente que mesmo se tratando de medicamento com mesmo princípio ativo, aquele disponível pela rede pública apresenta compostos que lhe são, por exemplo, alérgicos, e o único que lhe é apropriado é o de denominação comercial “x”. Nesta hipótese já há, ao menos em tese, plausibilidade para o atendimento desta pretensão.

E há situações que por sua pouca frequência e altos custos financeiros – binômio quase sempre presente em moléstias consideradas de rara incidência - não são viáveis sua inserção nas políticas públicas de saúde, e que por tal razão simplesmente não são ofertadas. Porém, não se trata de uma omissão inconsequente, mas de uma decisão do administrador público respaldada em elementos concretos que o levam à tomada de decisão em eleger alguns e preterir outros, entendendo que assim agindo estará atendendo em maior amplitude o interesse público. Todas essas particularidades, como visto, induzem a um mínimo de lógica que deveria pautar as decisões judiciais neste campo, no entanto, não é o que se observa nas Cortes brasileiras.

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançada a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.²⁹

EMENTA: Saúde. Medicamentos. Fornecimento. Hipossuficiência do paciente. Obrigação do Estado. Regimental não provido³⁰

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 195.192-3*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 22/2/2000. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-tuacao/saude/docs_jurisprudencia/recurso_extraord_195192.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 255627 AgR*, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 21/11/2000, DJ 23-02-2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+255627%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+255627%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa48esh>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

É notória a aplicação simples e direta da previsão Constitucional ao jurisdicionado, sem o devido sopesamento das possíveis consequências desta interpretação rasa. O que tem orientado as decisões pátrias que envolvem questão de saúde, ao que parece, tem sido tão somente o risco de morte do postulante; em sendo este risco mais patente, tanto maior são as chances de se obter uma decisão favorável do Poder Judiciário determinando a que o ente público forneça o tratamento solicitado ou o medicamento pleiteado, sem qualquer espécie de ponderação acerca dos reflexos desta decisão na ordem econômica e orçamentária do ente a quem é endereçada esta ordem. É a mais lídima manifestação da denominada “jurisprudência de misericórdia”.

É a manifestação, em todos seus termos, de um conflito entre princípios de ordem Constitucional, onde de um lado há a previsão daquele enunciado pelo artigo 2º, CF – a independência e separação dos poderes -, de outro, o esculpido no artigo 5º, XXXV, CF – a inafastabilidade do poder judiciário da apreciação de lesão ou ameaça a direito -.

4.1 O Conflito Entre Princípios Constitucionais e sua Forma de Solução

É acentuado o debate acerca da existência ou não de um conflito de princípios Constitucionais quando em pauta a judicialização da saúde, mais precisamente se o Judiciário, ao acolher uma postulação de violação ou ameaça de direito e determinar que o Executivo forneça ou suporte as despesas de tal procedimento, não estaria ferindo o princípio da separação e autonomia dos Poderes da República.

Não obstante a inviabilidade de se fazer afirmações de natureza genérica sobre esta matéria, é certo que em algum momento este princípio possa ser violado.

Ocorre, entretanto, que pode haver também colisão entre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, com prevalência ora daquele, ora deste.

Em regra, o processo de judicialização na área da saúde traz pesado ônus ao administrador público, uma vez que pode se encontrar diante de uma situação para a qual não dispõe de erário suficiente.

Logo, é sim possível uma intervenção por parte do Poder Judiciário que venha se caracterizar como uma ingerência que afeta os recursos da Administração Pública. Tal conclusão conduz a outra igualmente inafastável: instala-se um conflito de ordem principiológica que carece de uma solução.

E esta solução depende de uma construção melhor elaborada se comparada a um conflito instaurado entre regras, onde uma sucumbirá em face da outra. Em se tratando de princípios, jamais haverá a anulação de um sobre o outro, uma vez que influenciam o fato típico sempre, seja em menor ou em maior intensidade, mas não deixam de influenciá-lo.

Assim é que a solução desta espécie de embate se dá através da técnica da precedência de um sobre o outro, sem que o resultado implique na anulação de um em detrimento de outro. Neste sentido, leciona Robert Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.³¹

Também abordou o tema Ronald Dworkin apresentando uma diferenciação entre o que denomina norma regra e norma princípio. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco traçaram um compara-

31 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94.

tivo entre as posições de Dworkin e Alexy nos seguintes termos: Dworkin aceita a ideia de que um princípio normativo e uma regra se aproximam, tendo em vista que ambos ditam obrigações jurídicas; o que os individualiza não é o maior ou menor grau de vagueza da disposição, mas sim, o tipo de diretiva que apresentam.³²

A aplicação da norma espécie regra diferencia-se qualitativamente da aplicação da norma espécie princípio, em que aquela se vale do modo tudo ou nada, ou a regra é válida ou não válida, de maneira, portanto, disjuntiva; e esse não desencadeia automaticamente a consequência jurídica prevista no texto normativo pela só ocorrência do fato hipoteticamente previsto, ele possui a dimensão do peso. Assim é que afirma: “Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”.³³

O que significa dizer: “Não se resolvem os conflitos entre princípios tomando um como exceção do outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.”³⁴

Já sob o enfoque de Alexy, que também reconhece uma convivência entre princípios e regras, mas como pontos extremos do conjunto das normas e também apresentam elementos individualizantes, sendo esta diferenciação de tamanha relevância na teoria de Alexy que o mesmo a designa como “a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.³⁵

Toda norma, diz ele, é um princípio ou uma regra, e ambas as categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre eles apenas uma variação de grau. Os princípios, na sua visão – e que começa, aqui, a se distanciar de Dworkin –, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real).³⁶

Os princípios, então, determinam que sejam aplicados na maior medida do possível, ao passo que a regra, quando válida, há de se seguir exatamente o que por ela determinado, nem a quem e nem além. Assim, enquanto um princípio é cumprido variando seu grau de intensidade, à regra resta, tão somente, ser ou não cumprida. Daí a forma apontada por Alexy de solução de conflitos entre princípios pelo método da precedência, conforme acima abordado.

Feitas estas considerações, de fácil descortino a solução para a problemática enfrentada: não há de se falar da anulação dos princípios da autonomia e separação dos poderes – art. 2º, CF –, em detrimento da inafastabilidade da apreciação pelo poder judiciário de lesão ou ameaça de direito – art. 5º, XXXV, CF –, ou vice-versa, mas o que deve haver é a precedência de um deles, sem que o ditado pelo outro reste absolutamente inutilizado.

Noutro norte, a bibliografia mais moderna acena na direção de uma releitura do vetusto princípio republicano da autonomia e separação dos poderes. Neste sentido, Ciro di Benatti Galvão³⁷ propõe uma reconfiguração deste princípio na tentativa de lhe atribuir contornos mais atualizados a fim de colocá-lo em compasso com a evolução do constitucionalismo, notadamente no que se denomina de constitucionalismo da efetividade. Essa reconfiguração leva em consideração o fato de que, tratando da jurisdição constitucional, o seu objetivo imediato está no aperfeiçoamento dos objetivos primários do constitucionalismo atual, com especial destaque aos direitos fundamentais e os valores constitucionais por eles abarcados. E para alcançar

32 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73.

34 *Idem*. p. 73.

35 *Idem*. p. 74.

36 *Idem*. p. 74.

37 GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 88-99, 2015.

este propósito, prossegue Ciro di Benatti Galvão, o princípio da separação dos poderes deve admitir um viés positivo ou operativo no que tange a necessidade de que seja atribuído um aumento da capacidade de atuação racional, e até criativo, dos órgãos responsáveis pelas funções estatais, potencializando suas funções típicas, de maneira a tornar-se verdadeiramente útil à realidade Estatal e a seus indivíduos.

Esta fórmula de solução do conflito aplicada no campo prática traduz em iniciativas como o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2010, voltado ao acompanhamento e resolução das demandas que envolvam prestações ligadas à saúde. Sua criação deveu-se ao crescente número e diversificados litígios envolvendo, em última análise, o direito à saúde e seus reflexos nos orçamentos públicos cada vez mais incisivos.³⁸

Relevante contribuição dada pelo Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde reside em dois encontros realizados em 2014 e 2015, denominados I e II Jornadas Nacional da Saúde, respectivamente, onde facultou-se à sociedade jurídica apresentar postulados para que fossem debatidos e eleitos alguns deles para comporem os chamados Enunciados destas Jornadas.

4.2. O Mínimo Existencial e a Reservado Possível.

Matérias recorrentes nas demandas judiciais que se perseguem prestações por parte do Estado como o direito à saúde, são as alegações, por parte do cidadão, do “mínimo existencial”, ao passo que matéria de defesa dos entes públicos, via de regra, perpassa pela questão da “reserva do possível”.

Por mínimo existencial entende-se um conjunto de requisitos mínimos necessários a existência do ser humano e constitui direito fundamental, sem o qual cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade.³⁹ Ou seja, trata-se de condições basilares sem as quais restaria inviabilizada a vida humana, prescindindo de citação em qualquer norma ou regra escrita diante de sua essencialidade, não obstante, na maioria das vezes, encontram-se positivadas nos ordenamentos jurídicos estatais.

Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial não possui um conceito fechado, pois está ligado à realidade e condições do ambiente em que se pretende inseri-lo, portanto variável; em suas palavras: “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico.”⁴⁰

Para outros, a exemplo da Prof.^a Ana Paula de Barcellos, é possível sim identificar um conteúdo para o mínimo existencial independentemente da realidade na qual se encontra inserido. Para ela, o mínimo existencial é formado por quatro elementos, sendo três deles de ordem material e um de ordem instrumental, são eles: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos necessitados e o acesso à justiça, respectivamente.⁴¹

Lado outro, a reserva do possível, matéria invocada pelos entes públicos que se opõem à alegação do mínimo existencial, refere-se a questões orçamentárias e financeiras que restringem a capacidade de atuação estatal no que concerne a garantia prestacional dos direitos fundamentais. Exemplo claro é a previsão cons-

38 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *I Jornada de direito da saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

39 TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

40 TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

41 BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 287.

tante do § 1º do artigo 5º, da Constituição Federal⁴², que traz o chamado princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, sob o qual não é necessário tecer maiores comentários acerca de sua ineficiência parcial, uma vez que o Estado, como se sabe, não garante a todos os cidadãos aqueles direitos e garantias ali estatuídos em suas integralidades.

Muito embora fosse desejável que todas estas garantias fossem asseguradas pelo Estado, direitos sociais possuem um *status* positivo, prestacionais, o que envolve custos, mas a condição orçamentária do Estado não lhe permite responder por todos eles; trata-se, portanto, de uma limitação de ordem financeira. Assim sendo, cabe ao Poder Público realizar escolhas acerca de quais desses direitos e garantias irá priorizar, vindo a materializá-los através de programas sociais e políticas públicas. A doutrina tem denominado esta conduta como “escolhas trágicas”, uma vez que a opção de priorizar algum direito importa em preterir outros, daí esta nomenclatura.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo definem o instituto como:

[...] o argumento da reserva do possível desdobra-se em pelo menos um aspecto de contornos eminentemente fáticos, e, outro, de cunho jurídico. No concernente ao aspecto fático, assumem destaque a dimensão econômica e real disponibilidade dos recursos (inclusive bens e serviços) que, em princípio, compõem o objeto das prestações. Além das constringências orçamentárias, que, no limite, corresponderiam à efetiva ausência de reservas financeiras, questiona-se a limitação dos recursos sanitários, também restritos em sua existência e disponibilidade. O aspecto jurídico da reserva do possível refere-se ao poder ou capacidade de disposição sobre tais recursos, envolvendo as normas constitucionais de repartição de competências, bem como a ponderação entre princípios constitucionais de igual hierarquia.⁴³

São alegações que exigem por parte do julgador um substancial exercício interpretativo diante da consistência de fundamentos que dispõem um e outro instituto.

É precisamente neste contexto que sobressai a valorosa contribuição dos Enunciados forjados nas duas Jornadas Nacional da Saúde como dito em linhas anteriores: há Enunciado, a exemplo daquele de número 11⁴⁴, ou ainda o de número 08⁴⁵ que a simples observância levam a superação do embate entre mínimo existencial ou reserva do possível, na medida em que se atêm nos próprios regramentos da legislação atinente à saúde pública.

Ou ainda o Enunciado de número 14⁴⁶ da I Jornada Nacional da Saúde que orienta o Estado-Juiz a priorizar as políticas públicas do Sistema Único de Saúde, afastando-as apenas em caso de comprovada inefetividade ou impropriedade dos medicamentos ou tratamentos lá fornecidos.

42 § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

43 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filebtiner. *O direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde no Brasil: Principais Aspectos e Problemas*. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ingo.pdf> Acesso em: 03 set. 2015.

44 Enuncia 11da I Jornada Nacional da Saúde: “Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.” CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na I Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2017

45 Enuncia 08da I Jornada Nacional da Saúde: “Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre gestores.” CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na I Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2017

46 Enunciado 14 da I Jornada Nacional da Saúde: “Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.”

5. O DESARRANJO ORÇAMENTÁRIO DOS ENTES PÚBLICOS FRENTE ÀS DETERMINAÇÕES JUDICIAIS DE PRESTAÇÕES ASSISTENCIAIS

Consoante salientado acima, quando o Poder Judiciário decide favoravelmente ao jurisdicionado, consequentemente nasce para o administrador público uma obrigação no sentido de manejar recursos de modo a atender a decisão judicial, o que não é tarefa das mais fáceis, notadamente em períodos de escassez de recursos como atualmente experimentado em todos os níveis da administração pública, notadamente na seara municipal.⁴⁷

A depender da intensidade desta ingerência do Poder Judiciário sobre o ente público, pode colocar em risco, inclusive, toda a viabilidade das políticas públicas e prioridades elegidas por aquele administrador público. A fim de ilustrar a gravidade desta situação, traz à baila a situação do Município de Tubarão, Estado de São Paulo, em que na gestão do ano de 2012 foram gastos com a farmácia básica cerca de R\$ 971.000,00 (novecentos e setenta e um mil reais), recursos planejados e previamente afetados para tal programa, ao passo que neste mesmo exercício este município teve um dispêndio de R\$ 975.100,00 (novecentos e setenta e cinco mil, e cem reais) para cumprimento de decisões judiciais⁴⁸, ou seja, sem qualquer previsão ou planejamentos prévios.

É no mínimo alarmante se deparar com uma situação onde um ente público, mediante decisões judiciais, é compelido a realizar gastos inesperados que superam seu programa de fornecimento de medicamentos gratuitamente, especialmente se considerar o fato que, enquanto o programa público beneficia toda uma coletividade, as despesas em cumprimento de ordens judiciais são para atender interesses quase sempre de uma minoria privada que ingressa em juízo. É certo que os magistrados responsáveis por estas decisões não possuem a dimensão de políticas públicas que restaram prejudicadas em virtude destes gastos inesperados e, via de consequência, a quantidade de cidadãos prejudicados por falta destas políticas, provavelmente maior número de indivíduos que aqueles atendidos nas sentenças.

Outros dados numéricos também refletem a preocupante situação: no exercício de 2013, o Governo Federal teve um gasto da ordem de R\$ 3,9 bilhões de reais com ações judiciais para fornecimento de medicamento, o que representou 4% do orçamento do Ministério da Saúde daquele ano.⁴⁹ No exercício de 2011 dados do Ministério da Saúde apontaram que os Estados Brasileiros gastaram R\$ 189.786.693,19 (cento e oitenta e nove milhões, setecentos e oitenta e seis mil, seiscentos e noventa e três reais e dezenove centavos) com decisões judiciais que beneficiaram tão somente 632 pessoas, ou ainda o Estado de São Paulo que no exercício de 2010 gastou R\$ 700.000 (setecentos milhões de reais) para cumprimento de determinações judiciais.⁵⁰

47 Cumpre registrar que esta obrigação imposta ao administrador público como consequência da decisão judicial é de certa maneira amenizada graças à previsão do chamado “Anexo de Riscos Fiscais” na Lei Complementar 101 de 04 de Maio de 2000 – Lei da Responsabilidade Fiscal. Com previsão no artigo 4º, Parágrafo 3º, está assim redigido: “A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem.” Este expediente, acessório da Lei de Diretrizes Orçamentárias, permite ao Administrador Público afetar recursos a serem utilizados em casos imprevistos, a exemplo de uma imposição judicial em caso de saúde. Este instrumento contábil sem dúvida alguma é um importante auxílio ao Administrador Público notadamente no tangente a sua responsabilidade para com as contas públicas, mas não impede que lhe recaiam obrigações cuja consequência financeira ultrapasse até mesmo os valores previstos no Anexo de Riscos Fiscais, fato que não o torna isento da obrigação a ele impingida pela decisão judicial.

48 VIDOTTE, Alexandre Ferrari. *Direitos coletivos e cidadania: a judicialização de políticas públicas de saúde e efeitos na gestão administrativa do Estado de São Paulo*. 2014. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2014. p. 96

49 *Idem*.

50 VIDOTTE, Alexandre Ferrari. *Direitos coletivos e cidadania: a judicialização de políticas públicas de saúde e efeitos na gestão administrativa do Estado de São Paulo*. 2014. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2014. p. 82.

Em 2005 o Governo Federal suportou gastos não programados da ordem de R\$ 2,5 milhões para cumprimento de ordens judiciais para aquisição e distribuição de medicamentos, período em que foi citado como réu em 387 processos. No ano de 2007, este gasto atingiu a cifra de R\$ 15 milhões para atender cerca de três mil ações judiciais. No ano seguinte, 2008, este valor saltou para R\$ 52 milhões. No âmbito estadual, tomando por análise o Estado de Minas Gerais, nos mesmos anos acima referidos os gastos foram da ordem de R\$ 8,5 milhões, R\$ 22,8 milhões, R\$ 42,5 milhões para atendimento de condenações em ações judiciais na área da saúde.⁵¹ Deve ser feita a ressalva no sentido de que os dados numéricos acima informados, colhidos do relevante estudo realizado por Marina Amaral de Ávila Machado, não estão individualizados a partir da natureza destas demandas, ou seja, se cuidam do fornecimento de fármacos, serviços ou procedimentos previstos no âmbito de responsabilidade do SUS ou de legislações específicas ou estes mesmos elementos, porém estranhos à conjuntura da saúde pública. Lado outro, justifica a inserção destes dados numéricos no presente trabalho com o fito de alcançar o desiderato quanto à demonstração do liame direto que há entre ações judiciais e empenho de recursos públicos.

Desta sorte, a conclusão que se alcança é no sentido da existência de uma efetiva relação direta -e crescente -, entre a atuação do poder judiciário e o orçamento público dos entes federados na medida em que, ainda que o sistema de finanças legal traga instrumentos para salvaguardar o administrador público – Anexo de Riscos Fiscais -, ainda assim, mesmo que indiretamente, obriga o administrador público a realizar uma espécie de “afetação” de parcela dos recursos públicos disponíveis de modo a atender estas situações imprevisíveis, o que em última instância lhe impede de traçar de maneira plena um projeto de administração voltado à saúde pública segundo seus critérios e muitas vezes segundo a o plano de governo sob o qual criou sua plataforma política que o levou a ser eleito para o cargo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em notas finais, apesar do cenário até aqui desenhado, acredita-se que a solução não está em afastar o Poder Judiciário da discussão acerca da saúde pública brasileira, até pelo fato desta posição implicar em negativa ao jurisdicionado de uma das prerrogativas basilares de uma sociedade democrática Constitucional, qual seja, o direito de acesso ao Poder Judiciário.

Também seria ela inadequada uma vez que o país atravessa uma crise, talvez sem precedentes na história recente, excetuado o período de regime militar, de representatividade por parte dos governantes eleitos onde de maneira cada vez mais aberta esses se preocupam em satisfazer interesses próprios em detrimento do bem estar comum, restando ao Poder Judiciário desfazer tais abusos e desmandos.

No entanto, não se pode coadunar que dentro de uma República Federativa, haja a instalação de um superpoder, ainda que este tenha, dentre todos os outros, uma atuação pautada na mais lúdima manifestação de senso democrático. É necessário que haja certos parâmetros que limitam esta atuação, como por exemplo, os Enunciados das Jornadas Nacional da Saúde acima tratada, ou ainda aquelas traçadas pela Suspensão de Tutela Antecipada - STA/175.⁵²

O Supremo Tribunal Federal ao decidir a STA/175 traçou alguns parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito a saúde; são elas: i) averiguar se há existência ou não de política pública que atenda a pretensão de saúde requerida pela parte; ii) se a pretensão pleiteada pela parte não estiver entre

51 MACHADO, Marina Amaral de Ávila. *Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil*. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rsp/2011nahead/2403.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada175- -AgR/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17.3.2010. *DJe* nº 76. Publicação: 30/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

as previstas pelo SUS, é necessário averiguar se este fato decorre: iia) omissão legislativa ou administrativa; iib) decisão administrativa de não fornecê-la; iic) vedação legal e expressa à sua oferta; iiii) a análise da motivação para o não fornecimento daquela pretensão pelo SUS. Aqui deve ser analisada a hipótese do SUS fornecer tratamento alternativo, mas que não atende a necessidade do autor ou ainda que não disponha de nenhum tratamento específico para o caso daquele autor; iv) que haja uma ampla instrução processual, com ampla produção de provas de modo a permitir ao julgador que concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde, de modo que a decisão produzida esteja mais bem avaliada dentro do contexto geral e não apenas na presença de risco de morte do autor, ou seja, em última análise a supremacia do interesse público sobre o privado.

Entendemos também ser necessário que haja um divórcio absoluto do julgador de toda e qualquer paixão ou emoção pessoal, pois não há de se olvidar o quanto penoso seria negar, por exemplo, a uma criança de tenra idade que o Estado lhe custeie um transplante de intestino que somente é realizado nos EUA ao custo de US\$ 2.000.000 (dois milhões de dólares), sob a alegação que este custo é excessivo para o ente público e não se reverte em benefício algum à coletividade, enquanto rotineiramente se assiste atos de corrupção que fazem evaporar dos cofres públicos múltiplos desta quantia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 19 abr. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3388*. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 19 abr. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 195.192-3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 22/2/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 255627 AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 21/11/2000, DJ 23-02-2001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 195.192-3*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 22/2/2000. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-tuacao/saude/docs_jurisprudencia/recurso_extraord_195192.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 197.917/2004*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 19 abr. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 255627 AgR*, Relator(a): Min. NELSON JO-

BIM, Segunda Turma, julgado em 21/11/2000, DJ 23-02-2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+255627%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+255627%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa48esh>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175- -AgR/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17.3.2010. *DJe* nº 76. Publicação: 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº. 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28sumula+vinculante+13%29%29+E+S%2EFLSV%2E&pagina=3&base=baseSumulasVinculantes&url=/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 abr. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada175- -AgR/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17.3.2010. *DJe* nº 76. Publicação: 30/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *I Jornada de direito da saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Acesso em: 09 jan. 2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na I Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2017

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2007.

GALVÃO, Ciro diBenatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 88-99, 2015.

GOHN, Maria Gloria. *Abordagens Teóricas no Estudo dos Movimentos Sociais na América Latina*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v21n54/03.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido em português por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filcbtiner. *O direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde no Brasil: Principais Aspectos e Problemas*. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ingo.pdf> Acesso em: 03 set. 2015

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 01 ago. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIDOTTE, Alexandre Ferrari. *Direitos coletivos e cidadania: a judicialização de políticas públicas de saúde e efeitos na gestão administrativa do Estado de São Paulo*. 2014. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A (RE) articulação das políticas públicas de gênero no Brasil com base no princípio jurídico da subsidiariedade e da descentralização

The (re) articulation of the public policies of gender in Brazil from the legal principle of subsidiarity and decentralization

Tamiris Alessandra Gervasoni

Marli Marlene Moraes da Costa

A (RE) articulação das políticas públicas de gênero no Brasil com base no princípio jurídico da subsidiariedade e da descentralização*

The (re) articulation of the public policies of gender in Brazil from the legal principle of subsidiarity and decentralization

Tamiris Alessandra Gervasoni**

Marli Marlene Moraes da Costa***

RESUMO

O presente artigo tem como tema a (re)articulação das políticas públicas de gênero no Brasil com base no princípio da subsidiariedade e da descentralização, dessa forma, analisa-se se as políticas públicas de gênero observam esses dois elementos. Para a realização deste estudo, vale-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento histórico. Quanto à técnica de pesquisa, utiliza-se da documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica e, também, da análise dos planos nacionais e conferências nacionais das políticas públicas de gênero. O estudo é estruturado em três partes. Inicialmente, aborda-se o princípio jurídico da subsidiariedade, investigando sua origem, seu conceito e significado, bem como suas implicações jurídicas no âmbito brasileiro. Em um segundo momento, a análise direciona-se para o tema da descentralização e a sua inter-relação com o princípio jurídico da subsidiariedade. Por último, realiza-se a análise da articulação das políticas públicas de gênero no Brasil a partir dos planos e conferências nacionais realizados desde o ano de 2004. Observou-se, em relação à análise dos planos e às conferências, que a questão da subsidiariedade, descentralização e, até mesmo da desconcentração, estão presentes na articulação das políticas públicas de gênero, representando elementos significativos ao aproximar a população de todos os níveis federativos do processo de elaboração dessas políticas, tornando-as mais democráticas e plurais, possibilitando a conexão às realidades locais atendidas por tais políticas.

Palavras-chave: Princípio da subsidiariedade. Descentralização. Poder local. Políticas públicas de gênero.

ABSTRACT

The present article has as a theme the (re) articulation of the public policies of gender in Brazil based on the principle of subsidiarity and decentralization, in this way, it is analyzed how public policies of gender observe these two elements in this context. For the accomplishment of this study, it used

* Recebido em 12/01/2017
Aprovado em 14/03/2017

** Mestre com Bolsa Capes Prosup em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Professora Pós-Doutora em Direito Marli Marlene Moraes da Costa. Email: tamirisgervasoni@gmail.com

*** Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com bolsa Capes. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Professora da graduação e coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora da Graduação em Direito na FEMa – Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar – CRP nº 07/08955.

the method of deductive approach and the method of historical procedure. As for the research technique, indirect documentation was used, through the bibliographic research and also the analysis of the national plans and national conferences of the public policies of gender. The study is structured in three parts. Firstly addresses the legal principle of subsidiarity, investigating its origin, its concept and meaning, as well as its legal implications in the Brazilian context. Secondly, the analysis focuses on the theme of decentralization and its interrelationship with the legal principle of subsidiarity. Finally, the analysis of the articulation of the public policies of gender in Brazil is carried out from the national plans and conferences realized since the year of 2004. It was observed from the analysis of plans and conferences that the issue of subsidiarity, decentralization and even desconcentration are presents in the articulation of public policies of gender. In addition. Representing significant elements in bringing the population of all levels of the federal government closer to the process of elaborating these policies, making them more democratic and plural, as well as allowing a greater connection to the local realities to be met by such policies.

Keywords: Principle of subsidiarity. Decentralization. Local power. Public policies of gender.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema a (re)articulação das políticas públicas de gênero no Brasil a partir do princípio da subsidiariedade e da descentralização, dessa forma, analisa-se se as políticas públicas de gênero observam estes dois elementos, bem como a importância destes neste contexto. Para a realização deste estudo, vale-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento histórico. Quanto à técnica de pesquisa, utiliza-se da documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica e, também, da análise dos planos nacionais e conferências nacionais das políticas públicas de gênero.

Formalmente, este estudo é estruturado em três partes, todas com enfoques distintos, mas que complementam-se e encaminham-se para a realização da análise proposta. A primeira etapa aborda o princípio jurídico da subsidiariedade, investigando sua origem, seu conceito e significado, bem como suas implicações jurídicas no âmbito brasileiro. Ademais, consideram-se as perspectivas de cidadania e poder local, que se relacionam, diretamente, com a subsidiariedade.

Em um segundo momento, a análise direciona-se para o tema da descentralização e a sua inter-relação com o princípio jurídico da subsidiariedade. Abordam-se seus aspectos conceituais e jurídicos, bem como a sua perspectiva no ordenamento jurídico brasileiro, destacadamente no texto constitucional e no âmbito do direito administrativo. Pontua-se, ainda neste item, a distinção entre descentralização e desconcentração, e as suas relações com a atuação estatal.

Por último, realiza-se a análise da articulação das políticas públicas de gênero no Brasil a partir dos planos e conferências nacionais realizados desde o ano de 2004. Observa-se nesta etapa do trabalho, se essa articulação considerada os elementos do princípio jurídico da subsidiariedade e da descentralização e de que forma eles contribuem para a (re)articulação dessas políticas públicas no cenário jurídico e político brasileiro.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O PRINCÍPIO JURÍDICO DA SUBSIDIARIEDADE

A palavra subsidiariedade pode representar inúmeros significados em distintos contextos na qual é interpretada, todavia, em geral, sua compreensão perpassa pela possibilidade que cada um possui de ser auxiliado para o completo desenvolvimento e aproveitamento das suas capacidades¹. Nesse sentido, Martins aclara

1 MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 495.

que esse auxílio só deve ocorrer caso haja necessidade justificada, justamente em cuidado à autonomia do sujeito²⁻³. Essa conotação é, igualmente, verificada na etimologia do termo conectada ao latim, “*subsidiari*”, que traduz “aquilo que tem caráter de ajuda”⁴, de feição suplementar e complementar⁵.

Esse caráter auxiliar da subsidiariedade deve pautar-se pela lógica de intervenção secundária, pois, como explica, novamente, Martins, “a intervenção secundária, externa ou alheio de auxílio ao indivíduo só se justifica no caso de este dela necessitar”⁶, logo, a esfera de autonomia do indivíduo é que deve preponderar. Evidencia-se, assim, a presença de elementos atrelados às relações de poder, a capacidade de poder do próprio indivíduo autodeterminar-se e desenvolver-se, logo, as questões de poder local imbricam-se, diretamente, com a subsidiariedade, pois “as decisões deverão partir das entidades mais próximas dos destinatários daquela decisão, por terem mais conhecimento sobre as carências e peculiaridades daquele espaço determinado e apenas quando o indivíduo não puder decidir por si só sobre a questão posta em causa”⁷.

Aliás, essa premissa é a base da subsidiariedade, que procura manter as atribuições às entidades mais próximas do cidadão⁸ a partir da compreensão do poder local como parcela de poder do povo exercido próximo deste, pois, assim, possibilita maior controle, até mesmo porque, “este poder, como todo o poder de natureza política, tem por finalidade o bem comum das pessoas por ele abrangidas”⁹. Em sua compreensão jurídica, a subsidiariedade é encarada como um princípio jurídico mais relacionado com o direito público¹⁰⁻¹¹, auxiliando na resolução dos conflitos de competências entre os diferentes níveis federativos.

Com efeito, trata-se de um princípio, e não de um preceito, porque tem mais a ver com a apreciação genérica de limites flutuantes e menos com situações gerais, [...] tendo o princípio como característica essencial a sua flexibilidade é incompatível com a enunciação jurídica de um domínio de competências [...] a aplicação do princípio é casuística, dependendo do conhecimento exacto [sic] e concreto da cada situação.¹²

Tal definição principiológica da subsidiariedade adveio com o projeto do tratado que instituiu a União

2 “A partir disso, pode-se dizer que “subsidiariedade” consiste no entendimento de que o auxílio somente deve ser prestado quando necessário, tendo em vista o desenvolvimento pleno das respectivas capacidades e, portanto, não sendo necessário, não deverá ser prestado”. SANTIN, Janaína Rigo; MARCANTE, Sheron. Microfísica do poder e poder local. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 6, n. 11, p. 161-184, jul. 2014. p. 177.

3 MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 495.

4 SANTIN, Janaína Rigo; MARCANTE, Sheron. Microfísica do poder e poder local. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 6, n. 11, p. 161-184, jul. 2014. p. 177.

5 Em relação à perspectiva normativa, primariamente a subsidiariedade é encontrada no Direito Canônico, na Encíclica Quadragésimo Anno, de 15 de maio de 1931, na qual o Papa Pio XI afirmou que “[...] seria cometer injustiça, [...] retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer”. BARA-CHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 26.

6 MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 495.

7 SANTIN, Janaína Rigo; MARCANTE, Sheron. Microfísica do poder e poder local. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 6, n. 11, p. 161-184, jul. 2014. p. 177.

8 HERMANY, Ricardo. *Município na Constituição: poder local no constitucionalismo Luso-Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 102.

9 OLIVEIRA, Antonio Cândido de. *O direito das autarquias locais*. Parte II: A Autonomia local na Constituição de 1976 e a Carta Europeia de Autonomia Local de 1985. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 88.

10 “Se a validade do princípio era objecto de acordo geral, já a sua concretização se afigurava complexa, considerando uns que se tratava de um princípio demasiado vago e defendendo outros que o seu valor residia exactamente na falta de precisão por a sua natureza radicar numa adaptabilidade às circunstâncias”. MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 503.

11 MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 497.

12 *Idem.*, p. 504.

Europeia¹³, sendo esse momento considerado como a primeira tentativa de sua definição¹⁴⁻¹⁵. Assim, a subsidiariedade é um dos princípios que regem o exercício das competências da União Europeia, especialmente nos âmbitos em que esta não detém competência exclusiva, protegendo-se a autonomia e capacidade de decisão dos Estados-membros¹⁶. Ademais, destaca-se que a introdução deste princípio nos contornos da União Europeia visa a observação do objetivo de manter o exercício das competências mais próximas possível dos cidadãos¹⁷.

Nos termos do Tratado de Maastricht, instituidor da Comunidade Europeia (TCE), a subsidiariedade tem o seu significado, bem com a sua finalidade, envolvidos no nível de autonomia e autoridade a partir da sua subordinação a instância hierarquicamente superior, ou seja, de uma autoridade local subordinada ao poder central¹⁸. Dessa forma, efetua-se “uma repartição de competências entre diversos níveis de poder, princípio que constitui a base institucional dos Estados com estrutura federal”¹⁹. Dessa forma, no âmbito da União Europeia, a subsidiariedade constitui o critério de exercício das competências que não lhe são exclusivas²⁰, logo, quando determinada questão puder ser atendida por Estado-membro a nível central, regional ou local, não há porque a União intervir. Por outro lado, havendo a incapacidade do Estado-membro para tanto, a União poderá atuar de modo auxiliar, procurando satisfazer tal necessidade²¹.

Para além da previsão expressa no contexto europeu, o princípio da subsidiariedade está, também, pre-

13 “Foi o Parlamento Europeu que criou o conceito de subsidiariedade quando, em 14 de fevereiro de 1984, aquando da adoção do projeto do Tratado da União Europeia, propôs uma disposição estipulando que, sempre que o Tratado atribua à União uma competência concorrente com as competências dos Estados-Membros, estes intervêm em caso de não adoção de um ato normativo por parte da União. A referida proposta insiste ainda no facto de a União dever intervir unicamente para levar a cabo as tarefas suscetíveis de serem empreendidas em comum de forma mais eficaz do que por cada Estado-Membro separadamente”. PARLAMENTO EUROPEU. *O princípio da subsidiariedade*. Fichas técnicas sobre a União Europeia. 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html>. Acesso em: 16 nov. 2016 p. 4.

14 “O princípio da subsidiariedade foi formalmente consagrado pelo Tratado de Maastricht, que o enunciou no Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE). Todavia, o Ato Único Europeu (1987) havia já introduzido a regra da subsidiariedade no domínio do ambiente sem, no entanto, a designar expressamente. O Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias afirmou no seu acórdão de 21 de fevereiro de 1995 (T-29/92), que antes da entrada em vigor do Tratado da União Europeia, o princípio da subsidiariedade não constituía um princípio geral de direito com base no qual pudesse ser apreciada a legitimidade dos atos comunitários. [...] O Tratado de Lisboa inscreveu o princípio da subsidiariedade no artigo 5.º, n.º 3, do TUE e revogou a disposição correspondente do TCE, embora retomando-a. Acrescentou, além disso, uma referência explícita à dimensão regional e local do princípio da subsidiariedade. Por outro lado, o Tratado de Lisboa substituiu o Protocolo de 1997 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade por um novo protocolo com o mesmo título (Protocolo n.º 2), cujo aspeto mais inovador diz respeito ao papel desempenhado pelos parlamentos nacionais no controlo da observância do princípio da subsidiariedade” PARLAMENTO EUROPEU. *O princípio da subsidiariedade*. Fichas técnicas sobre a União Europeia. 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html>. Acesso em: 16 nov. 2016. p. 1-2.

15 MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 507.

16 PARLAMENTO EUROPEU. *O princípio da subsidiariedade*. Fichas técnicas sobre a União Europeia. 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html>. Acesso em: 16 nov. 2016. p. 1.

17 *Idem*, p. 1.

18 *Idem*, p. 2.

19 *Idem*, p. 2.

20 “O princípio da subsidiariedade é aplicável apenas aos domínios de competências não exclusivas partilhadas entre a União e os Estados-Membros. A entrada em vigor do Tratado de Lisboa estabeleceu uma delimitação mais precisa das competências conferidas à União. Com efeito a primeira parte, título I, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) classifica as competências da União em três categorias (competências exclusivas, competências partilhadas e competências de apoio) e enumera os domínios abrangidos por estas três categorias de competências”. PARLAMENTO EUROPEU. *O princípio da subsidiariedade*. Fichas técnicas sobre a União Europeia. 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html>. Acesso em: 16 nov. 2016. p. 2.

21 “Nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do TUE, para que as instituições da União intervenham em nome do princípio da subsidiariedade deverão estar preenchidas três condições: a) não pode tratar-se de um domínio da competência exclusiva da União (competência não exclusiva); b) os objetivos da ação considerada não podem ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros (necessidade); c) devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, esta pode ser mais bem realizada através de uma intervenção da União (valor acrescentado)”. PARLAMENTO EUROPEU. *O princípio da subsidiariedade*. Fichas técnicas sobre a União Europeia. 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html>. Acesso em: 16 nov. 2016. p. 2.

visto no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, de modo implícito na ordem constitucional a partir da leitura sincronizada dos artigos 1º, 18 e 34 inciso VII, alínea “c” da Constituição Federal de 1988²², representando a “coerência com o modelo federal que o país adota, pois, o Federalismo é, sem dúvida, o campo mais propício à aplicação da subsidiariedade, que fornece a base organizacional ideal para que o princípio desenvolva seu conteúdo e extensão”²³.

Pontua-se que o princípio da subsidiariedade tem sua aplicação e interpretação articulada com outros preceitos e princípios constitucionais, dentre estes, pode-se salientar a igualdade, já que esta, “dentro da análise acerca da subsidiariedade, é verificada como um fator de (co)orientador das competências locais, permitindo o avanço das minorias”²⁴. Denota-se que essa harmonização da subsidiariedade com os demais ditames constitucionais é relevante para democratizar o espaço local, pois a verificação dos parâmetros constitucionais possibilita que a discussão das competências locais considere outros aspectos para além das questões sobre hierarquia e subordinação, “evitando que o fortalecimento do espaço local sirva de estímulo para as pretensões oligárquicas, viciando a formação das decisões políticas em sua base”²⁵.

Do que foi exposto até o momento, evidencia-se que princípio da subsidiariedade é caracterizado, sobretudo, pela aproximação dos cidadãos²⁶ às questões de empoderamento local, a partir da sua aproximação dos espaços de decisões públicas pela vizinhança ao ente federado competente, de acordo com a lógica da subsidiariedade. Num viés democrático, tal princípio oportuniza a possibilidade de rompimento com possíveis óbices burocráticos²⁷, fomentando, assim, a participação dos cidadãos numa perspectiva emancipatória pelo exercício do seu poder local diante da sua proximidade das decisões públicas²⁸.

Nessa relação entre os cidadania, poder e local e subsidiariedade, a descentralização deve ser um elemento considerado, muito em consequência da sua inter-relação com a subsidiariedade. Essa assertiva é constatada “ao dar-se preferência às manifestações de poder das instâncias menores em relação às maiores, faz-se com que a descentralização seja pressuposto indissociável da concretização do princípio da subsidiariedade”²⁹. Diante disto, o item subsequente passa a analisar, especificamente, a questão da descentralização, para adiante, alinhar-se ao objetivo principal de observar a relação desta e da subsidiariedade na articulação das políti-

22 “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: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: c) autonomia municipal; [...]” (BRASIL, 1988).

23 HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. Participação democrática e poder local: as contribuições da subsidiariedade europeia na democracia brasileira. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, v. 1, p. 1-12, 2014. p. 8.

24 HERMANY, Ricardo. *Município na Constituição: poder local no constitucionalismo Luso-Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 72.

25 HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. Participação democrática e poder local: as contribuições da subsidiariedade europeia na democracia brasileira. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, v. 1, p. 1-12, 2014. p. 4.

26 “Quanto ao princípio da subsidiariedade, introduzido pela revisão de 1977, deve ser interpretado no sentido de maior proximidade dos cidadãos no âmbito da separação vertical dos poderes, ou seja, os assuntos que podem ser resolvidos ao nível das autarquias locais, não devem ser resolvidos a nível superior e o mesmo se diga dos assuntos que podem ser resolvidos pelas regiões autônomas”. OLIVEIRA, Antonio Cândido de. *O direito das autarquias locais*. Parte II: A Autonomia local na Constituição de 1976 e a Carta Europeia de Autonomia Local de 1985. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 80.

27 “[...] a expressão “democrática” deve ser interpretada no sentido de aproximação dos serviços aos cidadãos com a consequente quebra das barreiras burocráticas, ou seja, daquilo que se pode chamar fomento da participação dos cidadãos na Administração Pública”. OLIVEIRA, Antonio Cândido de. *O direito das autarquias locais*. Parte II: A Autonomia local na Constituição de 1976 e a Carta Europeia de Autonomia Local de 1985. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 82.

28 “Daí é que se consegue extrair o sentido do referido princípio, o qual se baseia na proximidade das decisões às menores instâncias (sejam ou não instâncias institucionais), é dizer: as escolhas públicas devem estar mais próximas do cidadão quanto possível, só deixando de ser realizadas quando, por critérios unicamente vinculados à eficácia e economicidade, a instância imediatamente superior deva decidi-la”. HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. Participação democrática e poder local: as contribuições da subsidiariedade europeia na democracia brasileira. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, v. 1, p. 1-12, 2014. p. 7.

29 HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. Participação democrática e poder local: as contribuições da subsidiariedade europeia na democracia brasileira. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, v. 1, p. 1-12, 2014. p. 8.

cas públicas de gênero no Brasil, verificando a influência e relevância desses elementos, bem como as suas implicações em tal contexto.

3. DESCENTRALIZAÇÃO E A SUA INTER-RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO JURÍDICO DA SUBSIDIARIEDADE

A descentralização e a subsidiariedade possuem uma inter-relação inerente em decorrência das suas próprias finalidades originárias, bem como das suas respectivas fundamentações. É, justamente, pelo fato de a subsidiariedade embasar-se na divisão de poderes dentre as entidades concorrentes para a realização de objetivos comuns, distinguindo-se em termos de nível federativo, que tal princípio depende da descentralização³⁰. Torna-se, assim, eminente que a centralização não coaduna-se com a própria lógica conceitual e de aplicabilidade da subsidiariedade³¹⁻³². Dessa forma, Martins aclara que “um poder centralizado não pode ser subsidiário pois age sempre a título principal, repudiando a autonomia”³³.

Ambos conceitos, ao menos na perspectiva jurídica ora trabalhada, possuem tal conexão e relação recíproca por natureza, pois, como bem elucida Hermany e Giacobbo, “ao dar-se preferência às manifestações de poder das instâncias menores em relação às maiores, faz-se com que a descentralização seja pressuposto indissociável da concretização do princípio da subsidiariedade”³⁴. Logo, é possível falar em descentralização sem subsidiariedade, mas não pode haver subsidiariedade sem descentralização³⁵, assim, esses institutos conformam-se em “princípios distintos, em que apenas um deles não pode existir sem o outro”³⁶.

Em geral, pode-se observar que a descentralização é compreendida como método de organização do próprio poder político e como imperativo de estruturação administrativo do Estado³⁷. A sua finalidade revela-se já na sua própria expressão textual, ao opor-se a centralidade e superioridade do Estado nos núcleos de poder decisórios, nesse sentido, a descentralização preza pela pulverização destes núcleos nas diversas esferas federativas do Estado, a partir do “partilhamento das decisões com outros núcleos, por força das conquistas democráticas ou, simplesmente, das imposições suspeitas de modelos de organização e gestão”³⁸.

30 MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 460.

31 “A subsidiariedade é incompatível com a centralização, pois assenta na repartição de poderes entre entidade diversas mas que concorrem para a realização dos mesmos objetivos, só que a níveis diferentes”. MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 460.

32 “Demonstra-se com isso que a subsidiariedade serve a múltiplos ensejos, inclusive como contenção ao poder estatal e articulador dos entes federativos” DIAS, Felipe da Veiga; HERMANY, Ricardo. Hermenêutica e a (não) observância constitucional da subsidiariedade nas demandas judiciais da saúde pública no Brasil: descompasso da interpretação da Constituição e empecilhos às políticas públicas locais. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 2, 683-710, maio/ago. 2015. p. 694.

33 MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 460.

34 HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. Participação democrática e poder local: as contribuições da subsidiariedade europeia na democracia brasileira. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, v. 1, p. 1-12, 2014. p. 8.

35 “[...] o que nos parece impossível é admitir que sem descentralização possa haver subsidiariedade, admitindo-se naturalmente que pode haver descentralização sem subsidiariedade. São princípios distintos, em que apenas um deles não pode existir se o outro” MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 460.

36 MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 460.

37 “A descentralização, tradicionalmente tomada, de um lado, como técnica organizativa do poder político e, de outro, como mecanismo de estruturação administrativa do Estado mediante a subjetivação de centros decisórios autônomos para instrumentalização de suas ações, modernamente, há de ser compreendida em suas novas conotações, à vista do princípio da subsidiariedade aplicado às múltiplas relações do Estado com a sociedade e com o mercado e àquelas estabelecidas pelos entes políticos entre si. Nesse sentido, apresenta-se como modelo de relação do Estado com os núcleos de poder coletivo, como método democrático de concepção, execução e controle de políticas públicas e como mecanismo do federalismo cooperativo”. PIRES, Maria Coeli Simões. Descentralização e subsidiariedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 161-177, jul./set. 2000. p. 161.

38 PIRES, Maria Coeli Simões. Descentralização e subsidiariedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 161-177, jul./set. 2000. p. 162.

No Brasil, a descentralização, em termos políticos e administrativos, é, inicialmente, introduzida pela instituição dos municípios³⁹ com a colonização portuguesa⁴⁰, contudo, recebem o *status* de ente federativo reconhecidamente apenas com a Constituição Federal de 1988⁴¹. Dessa forma, não existe hierarquia formal entre as a legislação da União, dos Estado e dos municípios. “Cada um desses sistemas possui seu próprio espaço reservado enquanto se desenvolve nos limites de sua competência constitucional”⁴². Todavia, na prática, algumas dificuldades em torno da descentralização são verificáveis, sendo estas, por vezes, resquícios da herança histórica da colonização portuguesa que trouxe à sua perspectiva de descentralização e aplicou-a no contexto brasileiro sem as devidas e necessárias adaptações⁴³.

Diante disso, até os dias atuais os institutos da subsidiariedade e da descentralização representam um tema complexo e crítico no cenário brasileiro. Exemplo dessa afirmação é constatado no conceito de autonomia municipal, que perpassa pela subsidiariedade e descentralização, mas que até hoje tende a limitar as possibilidades de controle e auto orientação dos governos locais brasileiros, enfrentando significativas dificuldades na divisão e articulação das competências federativas⁴⁴. Destaca-se tal circunstâncias em virtude de que a municipalização tem representado uma das formas de concretização da descentralização nos países que organizam-se no modelo federativo, aliás, “no plano político brasileiro, desde meados dos anos 90 existem fortes tendências de “municipalizar” várias tarefas públicas”⁴⁵.

A descentralização, no Brasil, para além da gestão municipal, deveria observar três aspectos salientados

39 “O município, herança da organização política dos romanos – quando Roma firmou sua hegemonia sobre a Itália Central ou quando o consagrou como fruto da concepção desenvolvida pelas reformas promovidas por Júlio César–, desde a origem, vinha dotado de relativa autonomia e de instituições próprias, conformadas em quadro jurídico-institucional mais amplo. Com o advento do Império, a autonomia municipal foi esvaziada, transferindo-se o poder à Ordem dos Decuriões, reservando-se aos integrantes da Cúria, por nascimento ou eleição, a condição de *municip*, antes designativa de qualquer cidadão. O município resiste à queda do Império Romano, sofrendo, porém, em certo período, grande interferência da Igreja, para, depois, ganhar força na Idade Média, nos séculos XI e XII, na Itália, na França, em outras nações europeias [sic] e na Península Ibérica, especialmente em Portugal, onde se preservam, na essencialidade, as características do Município Romano, e os municípios são marcados pelo espírito da reconquista, o que lhes influenciou a fisionomia da autonomia”. PIRES, Maria Coeli Simões. Descentralização e subsidiariedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 161-177, jul./set. 2000. p. 166.

40 “Foi Portugal que criou os municípios no solo de sua colônia sul-americana inspirado pela instituição já existente na Europa há séculos. Até a Independência brasileira, em 1822, o município funcionava como ponta-de-lança para penetração no território”. KRELL, Joachim Andreas. *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003. p. 31.

41 “[...] os órgãos estaduais normalmente presumiam uma adequada condição socioeconômica dos novos municípios «antes da Emenda de 1996», sem que tivesse havido estudos sérios a respeito; para mudar esse quadro, tornaram-se obrigatórios os Estudos de Viabilidade Municipal. Ao lado da União e dos Estados, os municípios brasileiros, dentro de seu território, são detentores de legítimo poder estatal. Sua autonomia é tanto de natureza administrativa como política. Seu peculiar interesse local e a eletividade da administração local são os dois princípios que formam a base sobre a qual se ergue a estrutura municipal brasileira”. KRELL, Joachim Andreas. *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003. p. 42.

42 KRELL, Joachim Andreas. *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003. p. 47.

43 “Registram-se como primeiras instituições regulares na evolução político-social as vilas, reguladas pelas Ordenações. Com elas, instala-se o poder das Câmaras, distribuído entre os chamados “homens bons” da Colônia, o que carregava para aqueles órgãos superlativa importância no quadro político-administrativo interno. Sabe-se que, confirmando as tendências contraditórias da Coroa, que criava capitânias e estimulava vilas, a descentralização foi tomada pelos portugueses como estratégia de ocupação territorial, modo mais seguro de garantir a dependência da Colônia, mediante a dispersão de seu poder em diversos polos [sic]. O resgate histórico da organização política brasileira mostra, todavia, que não há linearidade no processo de descentralização. Ao contrário, registra-se alternância centralização-descentralização-recentralização”. PIRES, Maria Coeli Simões. Descentralização e subsidiariedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 166-167, jul./set. 2000.

44 “[...] o conceito de autonomia municipal vigente até hoje no Brasil tende a restringir a um mínimo as possibilidades de controle e orientação dos governos locais. [...] Esse preceito arcaico de autonomia opõe-se a um federalismo cooperativo que tem por objetivo a atuação coordenada dos entes federados e visa à diminuição e à compensação das dificuldades causadas pela distribuição vertical das competências”. KRELL, Joachim Andreas. *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003. p. 83.

45 KRELL, Joachim Andreas. *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003. p. 88.

por Krell: “a democratização do exercício do poder, o aumento da eficácia e da eficiência da ação governamental e o incentivo a inovações administrativas”⁴⁶. Dessa forma, descentralizando os processos decisórios sobre questões públicas que envolvem a todos os cidadãos, trazendo-os para espaços mais próximos do cidadão, fomentando o exercício do poder local, efetiva-se a “compatibilização com os limites impostos no campo das garantias constitucionais e das inter-relações com interesses e demais órgãos de Estado”⁴⁷, observando-se também o princípio da subsidiariedade.

Ressalva-se que na celeuma sobre subsidiariedade e descentralização, orbita um terceiro elemento, que é o da desconcentração. Distinta da descentralização, a desconcentração não diz respeito à organização política e administrativa estatal, mas refere-se tanto à repartição interior do Estado e a outras instituições de Direito Público quanto aos “os encargos de sua alçada entre diferentes unidades internas, constituindo, cada qual, um núcleo com parcela de atribuições para decidir os assuntos que lhe são afetos. Estas unidades são o que denominamos órgãos e se constituem por um conjunto de competência”⁴⁸. Nesse sentido, enquanto a descentralização tem conexão com a distribuição de competências, a desconcentração relaciona-se com a hierarquia.

Dessa forma, a partir da hierarquia que conforma os vários e distintos órgãos administrativos, constitui-se uma relação de subordinação e hierarquia entre eles, isto porque é necessário “desconcentrar”, retirar do centro, um significativo volume de atribuições, justamente para que sejam cumpridas de modo adequado e eficiente⁴⁹. Na desconcentração, os processos decisórios são distribuídos a partir de competências internas, de acordo com os seguintes critérios: “em razão da matéria (assunto), por exemplo, ministério da saúde, ministério da educação etc.; — em razão do grau de hierarquia (do nível de responsabilidade decisória conferido aos altos, por exemplo, Diretor de Departamento, Diretor de Divisão, até chegar àquele que somente executa ordens)”⁵⁰. Em apertada síntese, Taveira conceitua a desconcentração “como o fenômeno de distribuição interna de competência do Estado ou de outra pessoa de direito público, que ele crie, vinculado diretamente à sua estrutura hierárquica.”⁵¹

No Brasil a descentralização administrativa realiza-se com os entes da Administração indireta, ou seja, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas são produtos da descentralização administrativa. Por outro lado, a desconcentração administrativa existe quando atividades são distribuídas de um centro para setores periféricos ou de escalões superiores para escalões inferiores dentro de uma mesma pessoa jurídica, no caso, dentre os órgãos da Administração direta. Descentralização e desconcentração administrativa são conceito claramente distintos, muito embora, não raras vezes, confusões são feitas acerca da dos referidos conceitos. Enquanto a descentralização pressupõe pessoas jurídica distintas, sem vínculo de subordinação de uma perante a outra, a desconcentração refere-se sempre a mesma pessoa jurídica, unida pelo vínculo da hierarquia.⁵²

Realizada essa ressalva sobre a desconcentração, observa-se que esta não é objeto direito deste estudo, logo, não será investigada, profundamente, na análise subsequente sobre as políticas públicas de gênero no Brasil. Todavia, não olvida-se a sua relevância, já que, nos casos em que não puder ser realizada a descentralização e logo, não for aplicável a subsidiariedade, a desconcentração demonstra-se apta a suprir essa impossibilidade, talvez não de modo igualmente satisfatório, mas, ao menos, atenuando as implicações decorrentes.

46 *Idem*, p. 87.

47 MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 79-80.

48 TAVEIRA, Adriana do Val. Descentralização e desconcentração na atividade estatal. *Revista Paradigma*, n. 18, p. 236-247, 2009. p. 237.

49 TAVEIRA, Adriana do Val. Descentralização e desconcentração na atividade estatal. *Revista Paradigma*, n. 18, p. 236-247, 2009. p. 237.

50 *Idem*, p. 237.

51 *Idem*, p. 238.

52 PASSOS, Caroline Camargo Rocha. *A descentralização e a desconcentração administrativo do Estado de Santa Catarina: a motivação Governamental*. 2005. 62 f. Monografia (Grauação) Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, São José, 2005. p. 24.

Evidencia-se, portanto, que os institutos da subsidiariedade, da descentralização e, também, da desconcentração, são possibilidades para uma atuação estatal mais eficiente, mais próxima dos cidadãos e mais compatível com as demandas e dinâmicas sociais. Até mesmo porque o êxito das políticas públicas depende de uma efetiva “articulação dos ministérios setoriais com os governos dos Estados federados e as prefeituras municipais”⁵³, tornando-se imprescindível a observações dos institutos ora mencionados.

As relações entre Estado, governo, políticas públicas e sociedade carece de uma atuação sinérgica e responsável dos atores políticos e sociais, especialmente os detentores de poder decisório. É neste sentido que consolidam-se a subsidiariedade, a descentralização e a desconcentração, como verdadeiros instrumentos garantidores de uma cidadania ativa, (re)criando-se formas de participação e atuação social, oxigenando-se suas compreensões para além do âmbito das competências municipais⁵⁴, potencializando-se a (re)construção e articulação das políticas públicas a partir da sua proximidade em relação às demandas que visa atender. Perante essa conjuntura e da significância desses elementos analisados nos itens iniciais, o estudo segue na investigação da articulação das políticas públicas de gênero, averiguando se tais elementos são (des)considerados.

4. A (RE)ARTICUAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO NO BRASIL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E DA DESCENTRALIZAÇÃO

As políticas públicas de gênero no Brasil começaram a ser reivindicadas, inicialmente, pelo movimento feminista na década de setenta. Como resultado, na década de oitenta, originam-se as primeiras políticas públicas atentas à perspectiva de gênero com a criação do primeiro Conselho Estadual da Condição Feminina, em 1983, e da primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher, em 1985, no Estado de São Paulo, instituindo-se no mesmo ano o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher⁵⁵, órgão do Ministério da Justiça⁵⁶⁻⁵⁷. Observa-se que, nessa mesma década, tem-se a constituinte de 1988, que, diante da participação ativa do movimento feminista, ao carregar o lema “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher tem que ter palavra de mulher”, entregou ao Congresso Constituinte a *Carta da Mulheres Brasileira*⁵⁸ com “várias

53 KRELL, Joachim Andreas. *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003. p. 173.

54 HERMANY, Ricardo. *Município na Constituição: poder local no constitucionalismo Luso-Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 128.

55 “[...] o papel do CNDM foi de suma importância no agenciamento de mulheres e no diálogo com os diversos movimentos sociais pelo país. Já na sua primeira gestão, de 1985 a 1989, atuou na Campanha pela Constituinte juntamente com os movimentos de mulheres e feministas, reivindicando a inclusão de mais direitos das mulheres na nova Constituição. É possível inferir que este órgão fomentou a luta por direitos da mulher durante o processo de redemocratização política, atuando como mediador entre os movimentos de mulheres e os parlamentares constituintes”. AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. *Revista Trilhas da História*, Três Lagoas, v. 3, n. 5, p.72-85, jul./dez. 2013. p. 76.

56 “A partir do governo Fernando Henrique Cardoso, o Conselho passa ser vinculado junto ao Ministério da Justiça. No final do segundo governo FHC (1999 a 2002), foi criada a Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher (2002), também vinculada ao Ministério da Justiça. As prioridades estabelecidas pela Secretaria foram: combate à violência contra a mulher, participação da mulher no cenário político do país e sua inserção no mercado de trabalho”. PINTO, Giselle. *Mulheres no Brasil: esboço analítico de um plano de políticas públicas para mulheres*. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais – ABEP, 14., 2006, Caxambú. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docs/pdf/ABEP2006_301.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016. p. 5.

57 FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 1, n. 12, p. 47-71, jan./abr. 2004. p. 51.

58 “Em novembro de 1985 o CNDM lançou a Campanha “Mulher e Constituinte”, cujo slogan “Constituinte Pra Valer Tem Que Ter Palavra De Mulher” acenava rumo à igualdade perante a Lei entre homens e mulheres. A meta da Campanha era percorrer o país promovendo espaços de debates com os movimentos de mulheres, a fim de constatar quais eram os problemas enfrentados por elas, para só então elaborar propostas que iriam ser levadas ao debate constitucional. Conjuntamente com essas frentes de luta, movimentos de mulheres e feministas, e movimentos populares o CNDM organizou uma intensa mobilização, com o intuito de que as mulheres das mais variadas classes, idades, etc fossem ouvidas. A Campanha também atuou paralelamente junto aos parlamentares constituintes, onde o movimento ficou conhecido/ e foi alcunhado de “Lobby do Batom”. AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. *Revista Trilhas da História*, Três Lagoas, v. 3, n. 5, p.72-85, jul./

propostas dos movimentos — incluindo temas relativos à saúde, família, trabalho, violência, discriminação, cultura e propriedade da terra — foram incorporadas à Constituição⁵⁹⁻⁶⁰.

As conquistas do movimento feminista, desde a constituinte, lograram êxito e conseguiram inserir vários de seus pleitos⁶¹ nas discussões e no próprio texto constitucional. Dentre estes pode-se mencionar a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), garantia de igualdade a todos perante a lei, sem qualquer tipo de distinção, ampliação da licença-maternidade, ensino público e gratuito em todos os níveis, décimo terceiro salário e férias às empregadas domésticas, aposentadoria às trabalhadoras rurais, entre outras.⁶²

Denota-se, portanto, que, desde a sua organização inicial, o movimento feminista busca inserir na agenda política temas relevantes ao contexto social, por exemplo: educação, trabalho, participação política, violência doméstica, discriminação, direitos sexuais e reprodutivos. Todavia, esses temas, dificilmente, recebem igual reconhecimento e aceitação política e social, o que acarreta potencialidades distintas para transformarem-se em objetos de políticas públicas. Verifica-se isso nos “debates travados em torno da questão dos direitos reprodutivos, por exemplo, sempre tiveram menor aceitação do que os voltados à luta contra a violência doméstica”⁶³, o que acaba revelando, também, “a permanência no imaginário social brasileiro [de] elementos sexistas e discriminatórios com relação às mulheres que as impedem de exercer, com plena autonomia e dignidade, seus direitos mais fundamentais”.⁶⁴

A despeito de algumas conquistas do movimento feminista e da permanência de obstáculos às políticas públicas de gênero, a partir da consolidação da democracia originada com a Constituição Federal de 1988, um novo contexto em torno da garantia e efetivação dos direitos fundamentais foi estabelecido⁶⁵. Aliando-se a essas circunstâncias, as políticas públicas de gênero, inseridas dentro das políticas para as mulheres começaram a articular-se a partir de conferências nacionais. Assim, no ano de 2002, os movimentos feministas organizaram a Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras. Nesse sentido, no ano de 2004, a Secretaria de

dez. 2013. p. 77-78.

59 “A agenda feminista era diversa da de outras formas de participação feminina em movimentos pela paz, pela anistia, em clubes de mães e em associações de bairro, em lutas contra a carestia. Tal agenda, apesar do caráter oscilante entre períodos de maior e menor expressão, constitui importante vitória para o movimento. Sendo assim, independentemente de suas oscilações, foi capaz de incorporar ao debate político temas ligados à violência de gênero, à discriminação da mulher na família, no trabalho, na educação, na política e transformá-las em questões de governabilidade pública”. PRÀ, Jussara Reis; SCHINDLER, Eduardo. Políticas públicas de gênero e novas institucionalidades. In: Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas: aproximando agendas e agentes. Araraquara, 2013. Disponível em: <<http://www.fclar.unesp.br/Home/Pesquisa/GruposdePesquisa/participacaodemocraciapoliticaspUBLICAS/encontrosinternacionais/pdf-st08-trab-aceito0595-14.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016. p. 17-18.

60 FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 1, n. 12, p. 47-71, jan./abr. 2004. p. 51.

61 “Suas maiores bandeiras foram: licença maternidade de 120 dias, licença paternidade de 08 dias, direito à creche para crianças de zero a 06 anos, direito à posse da terra ao homem e a mulher, igualdade de direitos e de salários entre homem e mulher, igualdade na sociedade conjugal, reconhecimento da união estável como entidade familiar, direitos sexuais e reprodutivos, garantia de mecanismos que coibam a violência doméstica, garantia de mecanismos que coibam a discriminação étnica/racial” SCHUMAHER, Schuma. *O Lobby do Batom, para Dar o Nosso Tom*. Constituição 20 anos: Estado, democracia e participação popular: caderno de textos. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 224.

62 MIRANDA, Cynthia Mara. *Os movimentos feministas e a construção de espaços institucionais para a garantia dos direitos das mulheres no Brasil*. 2009. NIEM - Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre a Mulher e Gênero. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/os%20movimentos%20feministas_cyntia.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016. p. 11.

63 PRÀ, Jussara Reis; SCHINDLER, Eduardo. Políticas públicas de gênero e novas institucionalidades. In: Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas: aproximando agendas e agentes. Araraquara, 2013. Disponível em: <<http://www.fclar.unesp.br/Home/Pesquisa/GruposdePesquisa/participacaodemocraciapoliticaspUBLICAS/encontrosinternacionais/pdf-st08-trab-aceito0595-14.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016. p. 22.

64 *Idem*, p. 22.

65 “A Constituição Federal de 1988, marco no processo de redemocratização do País instituiu e consolidou importantes avanços na ampliação dos direitos das mulheres e no estabelecimento de relações de gênero mais igualitárias”. PINTO, Giselle. Mulheres no Brasil: esboço analítico de um plano de políticas públicas para mulheres. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais – ABEP, 14., 2006, Caxambú. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_301.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016. p. 7.

Especial Políticas Para as Mulheres⁶⁶ juntamente à Presidência da República, convocaram a 1ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres⁶⁷, na qual foi elaborado o Plano Nacional de Políticas para as mulheres.

O processo de elaboração desse plano contou com a participação de representantes públicos de todas as esferas federativas, juntamente a ministérios, secretarias especiais e com o(s) movimento(s) feminista(s), discutindo-se propostas para a formulação de diretrizes para uma política nacional para as mulheres. A organização desse processo deu-se por meio da constituição de vinte grupos de trabalhos. Todos pautaram-se pela observação da perspectiva de gênero, diversidade, raça e etnia. Pontua-se que essa Conferência Nacional considerou as discussões dos plenários municipais e regionais, bem como das Conferências Estaduais, oportunizando a participação de todo o país, ao todo, foram 26 conferências estaduais, 1787 delegadas e quase 700 convidadas e observadoras que aprovaram as diretrizes da Política Nacional para as Mulheres⁶⁸.

Dessa forma, desde 2004, as políticas públicas de gênero são organizadas e estruturadas a partir da Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, que ocorre periodicamente, a cada três anos, estabelecendo a diretrizes, metas e objetivos a serem observados pelo Plano Nacional de Políticas para as Mulheres⁶⁹⁻⁷⁰ durante o período determinado⁷¹. Assim, o fortalecimento das políticas públicas de gênero, desde a Constituição de 1988, geraram, também, a descentralização político-administrativa destas políticas para as esferas

66 “A Medida Provisória nº 726, publicada no Diário Oficial da União no dia 12 de maio de 2016, estabeleceu a nova estrutura organizacional da Presidência da República e dos Ministérios que compõem o governo federal. O documento oficializou a extinção do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos, que foi criado em 13 de outubro de 2015, pela MP 696, com a junção da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir); Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM); Secretaria de Direitos Humanos (SDH) e Secretaria Nacional de Juventude (SNJ). Com a nova reforma administrativa, que extinguiu o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos, a SEPM permanece na condição de Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, passando a ser vinculada ao Ministério da Justiça e Cidadania. A Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SEPM) tem como principal objetivo promover a igualdade entre homens e mulheres e combater todas as formas de preconceito e discriminação herdadas de uma sociedade patriarcal e excludente. Desde a sua criação em 2003, pelo então Presidente Lula, a SEPM vem lutando para a construção de um Brasil mais justo, igualitário e democrático, por meio da valorização da mulher e de sua inclusão no processo de desenvolvimento social, econômico, político e cultural do País”. SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. *Vinculação ao Ministério da Justiça e Cidadania*. Publicado 13/04/2012, última modificação 13/06/2016. 2016. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/sobre/a-secretaria>>. Acesso em: 31 out. 2016.

67 “[...] I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres que envolveu, em todo o seu processo, mais de 120 mil mulheres de todo o país. As deliberações dessa conferência subsidiaram o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, que foi elaborado por um grupo de trabalho interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, da Presidência da República” PINTO, Giselle. *Mulheres no Brasil: esboço analítico de um plano de políticas públicas para mulheres*. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais – ABEP, 14., 2006, Caxambú. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_301.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016. p. 2.

68 PINTO, Giselle. *Mulheres no Brasil: esboço analítico de um plano de políticas públicas para mulheres*. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais – ABEP, 14., 2006, Caxambú. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_301.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016. p. 7.

69 “O Plano está estruturado em torno de quatro áreas estratégicas de atuação: autonomia, igualdade no mundo do trabalho e cidadania; educação inclusiva e não sexista; saúde das mulheres, direitos sexuais e direitos reprodutivos; e, enfrentamento à violência contra as mulheres. Em relação a estas áreas estão contempladas as políticas e ações que devem ser desenvolvidas ou aprofundadas para que mudanças qualitativas e quantitativas se efetivem na vida das mulheres brasileiras”. PINTO, Giselle. *Mulheres no Brasil: esboço analítico de um plano de políticas públicas para mulheres*. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais – ABEP, 14., 2006, Caxambú. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_301.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016. p. 8.

70 BRASIL. Presidência da República. *Contribuição da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres para as Conferências Estaduais. Documento Base*. I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004. p. 7.

71 “Nesta organização do Plano, o Governo Federal se responsabiliza em auxiliar na divulgação deste junto aos Estados e Municípios. Cabe a este, também, efetivar e revisar, aperfeiçoando e atualizando as diretrizes da Política Nacional para as Mulheres, por meio de debate político na Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, a ser realizada a cada três anos, precedida de conferências municipais, estaduais e do Distrito Federal”. PINTO, Giselle. *Mulheres no Brasil: esboço analítico de um plano de políticas públicas para mulheres*. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais – ABEP, 14., 2006, Caxambú. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_301.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016. p. 8.

estaduais e municipais⁷², aproximando o agente público da realidade que precisa ser analisada⁷³, articulando-se de acordo com o próprio pacto federativo e a distribuição de competências entre a União, Estados e Municípios para sua formatação e implementação⁷⁴.

Nessa relação das políticas públicas e os entes federativos, para além da perspectiva da descentralização, há que se observar a perspectiva da transversalização das políticas públicas de gênero. Essa perspectiva passa por todas as etapas mencionadas anteriormente que constituem uma política pública, ou seja, a perspectiva de gênero, de acordo com a lógica da transversalidade, deve ser considerada desde a identificação do problema público e a formação da agenda⁷⁵, até o momento da sua avaliação. Dessa forma, a transversalidade de gênero nas políticas públicas representa um dever a todos os atores políticos e sociais envolvidos nesse processo⁷⁶, a partir do qual devem inseri-la em todas as fases das políticas públicas⁷⁷, logo, de modo transversal, ao atravessar todo o seu desenvolvimento.

A transversalidade de gênero, como elucida Bandeira, pode ser compreendida na elaboração de diretrizes que orientam uma concepção renovada sobre as competências — políticas, institucionais e administrativas — e responsabilidades dos agentes públicas no que se refere às superações das desigualdades de gênero nos diferentes âmbitos e níveis governamentais. Possibilitando-se, assim, uma “ação integrada e sustentável entre as diversas instâncias governamentais e, conseqüentemente [sic], o aumento da eficácia das políticas públicas, assegurando uma governabilidade mais democrática e inclusiva [...]”⁷⁸.

A nível global, a promoção de políticas públicas por meio da transversalidade de gênero representou aos governos mais do que a incorporação desta perspectiva em setores públicos governamentais, mas sim um significativo impacto ao influenciar todas as políticas públicas do Estado⁷⁹, que, a partir de então, devem considerar a transversalidade de gênero e todas as implicações advindas com esse complexo conceito

72 “Nesse novo contexto do Estado Democrático Brasileiro foi que se iniciou o processo de conferências nacionais de políticas para as mulheres. Em 2002, organizações do movimento feminista brasileiro realizaram a sua Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras. Em 2004 a Presidência da República e a Secretaria de Políticas para as Mulheres (à época Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres) convocam a 1ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres. Desta forma, o fortalecimento de políticas voltadas às mulheres vem ocorrendo concomitantemente com o que foi preceituado pela Constituição de 1988, que gerou a descentralização político-administrativa das políticas públicas para as esferas estaduais e municipais”. BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. 4ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres. Texto Base. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2015. p. 8.

73 BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. 4ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres. Texto Base. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2015. p. 8.

74 “Em relação às políticas públicas, as pressões dos movimentos se dirigiram a diferentes níveis de governo, dependendo da distribuição de competências em cada campo de política pública. Assim, por exemplo, as reivindicações na área de combate à violência contra a mulher se dirigiram prioritariamente aos níveis estadual e municipal. As questões relativas à saúde, por sua vez, foram dirigidas, em um primeiro momento, ao Governo Federal. À medida que a descentralização se iniciou, as pressões também sofreram um redirecionamento, deslocando-se parcialmente para os governos estaduais e para os municípios”. FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 1, n. 12, p. 47-71, jan./abr. 2004. p. 52.

75 COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane T. Carvalho. A incorporação da transversalidade nas políticas públicas voltadas a questão de gênero: (re)vindicando o espaço pelo empoderamento e a emancipação social. *Revista Brasileira de Direito*, IMED, v. 8, n. 2, p. 69-88, jul./dez. 2012. p. 81.

76 “Portanto, é responsabilidade do poder público identificar situações reais de discriminação e desigualdade que atingem as mulheres e criar condições de exercício de cidadania em todos os espaços públicos. Trata-se de uma prática que exige uma reflexão e uma debates entre gestores e gestoras públicos, pesquisadores e pesquisadoras e movimentos sociais sobre a necessidade da formulação de políticas públicas que levem em conta a transversalidade de gênero, como uma nova matriz de competências, parcerias e atuações intersetoriais”. FREIRE, Nilcéia. Apresentação (Ministra da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres). In: CURADO, Jacy; AUAD, Daniela. Gênero e políticas públicas: a construção de uma experiência de formação. In: CURADO, Jacy; AUAD, Daniela (Org.). *Gênero e políticas públicas: a construção de uma experiência de formação*. Campo Grande: UCDB, 2008. p. 12.

77 COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane T. Carvalho. A incorporação da transversalidade nas políticas públicas voltadas a questão de gênero: (re)vindicando o espaço pelo empoderamento e a emancipação social. *Revista Brasileira de Direito*, IMED, v. 8, n. 2, p. 69-88, jul./dez. 2012. p. 81.

78 BANDEIRA, Maria Lourdes. Violência de gênero: a construção de um campo teórico de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, v. 29, n. 2, p. 449-469, maio/ago. 2014. p. 6.

79 BANDEIRA, Maria Lourdes. Violência de gênero: a construção de um campo teórico de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, v. 29, n. 2, p. 449-469, maio/ago. 2014. p. 10.

sociocultural. Diante desse novo cenário, desde a década de noventa com a IV Conferência Mundial das Mulheres em Beijing que originou tal estratégia⁸⁰, as ações políticas voltadas às questões de gênero precisam “vincular-se e relacionar-se com todas as áreas das ações governamentais e devem questionar a ideia [sic] de que existem áreas nas políticas públicas as quais estariam desvinculadas — ou se consideram neutras — em relação à condição de gênero”⁸¹.

No contexto brasileiro, a transversalidade de gênero tem sido observada nas políticas públicas, exemplo disso evidencia-se no processo complexo de laboração do Plano Nacional de Políticas para Mulheres, do ano de 2004, conforme elucidou-se anteriormente. Tal lógica vem repetindo-se, periodicamente, na formulação dos demais Planos, sempre precedidos pelas Conferências em diversos níveis regionais até nacionais, propondo-se “o desencadeamento de uma processo amplo e complexo de participação social, parecerias e atuações intersetoriais que otimize os recursos disponíveis e garanta sua aplicação em políticas que respondam mais efetivamente às necessidades”⁸² e demandas sociais. A articulação das políticas públicas direcionadas às questões de gênero no Brasil, enfrentando problemas como desigualdade, violência, discriminação e promoção da diversidade, tem-se estruturado a partir da elaboração dos Planos Nacionais, periodicamente, a cada três anos. Em cada período, durante as Conferências que a precedem, são estabelecidos os objetivos e a diretrizes que deverão ser observadas pelo novo período que se coloca.

Observou-se da análise dos planos e das conferências que a questão da subsidiariedade, descentralização e, até mesmo da desconcentração, são observados na articulação das políticas públicas de gênero. Ademais, representam elementos significativos ao aproximar a população de todos os níveis federativos do processo de elaboração destas políticas, tornando-as mais democráticas e plurais, bem como possibilita maior conexão às realidades locais a serem atendidas por tais políticas. Portanto, verifica-se a importância de uma conexão entre a articulação das políticas públicas de gênero, subsidiariedade e descentralização, para a construção de um ambiente mais democrática e incentivados da cidadania.

5. CONCLUSÃO

Considerados os aspectos seminais e conceituais do princípio jurídico da subsidiariedade, verificou-se a sua íntima relação com a cidadania e empoderamento local, ao aproximar a tomada das decisões públicos ao contexto que diretamente terão ingerência, bem como da população que será atingida. Ademais, tal circunstância coaduna-se com os preceitos democráticos do atual texto constitucional, fomentando a cidadania em perspectiva ativa e emancipatória. No mesmo sentido, a inter-relação da subsidiariedade com a descentralização, em termos políticos e administrativos, fortalece a premissa acima mencionada ao reorganizar a estrutura administrativa do Estado de modo pulverizado.

Assim, a partir da descentralização, ocorre o partilhamento das decisões com diversos núcleos e setores estatais, ensejando uma participação mais plural e democrática nas deliberações estatais. No âmbito brasileiro, esta inter-relação dos dois elementos acima referidos, são observados pela introdução da figura dos

80 “Na IV Conferência Mundial das Mulheres em Beijing (1995), finalmente, essa estratégia foi designada como *gender mainstreaming*, reconhecida como transversalidade de gênero. Foi adotada, dessa forma, na documentação produzida desde então e garantia, basicamente, a incorporação da melhoria do status das mulheres em todas as dimensões da sociedade — econômica, política, cultural e social, com repercussões nas esferas jurídicas e administrativas, incidindo em aspectos como a remuneração, a segurança social, a educação, a partilha de responsabilidades profissionais e familiares e a paridade nos processos de decisão” BANDEIRA, Maria Lourdes. Violência de gênero: a construção de um campo teórico de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, v. 29, n. 2, p. 449-469, maio/ago. 2014. p. 9 – 10.

81 BANDEIRA, Maria Lourdes. Violência de gênero: a construção de um campo teórico de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, v. 29, n. 2, p. 449-469, maio/ago. 2014. p. 10.

82 CURADO, Jacy; AUAD, Daniela. Gênero e políticas públicas: a construção de uma experiência de formação. In: CURADO, Jacy; AUAD, Daniela (Org.). *Gênero e políticas públicas: a construção de uma experiência de formação*. Campo Grande: UCDB, 2008. p. 21.

municípios, que recebem status de ente federativos com a Constituição Federal de 1988. Assim, não há hierarquia entre os entes federados, cabendo a cada um deles espaço determinado para o exercício de suas competências constitucionais.

Evidenciou-se, portanto, que os institutos da subsidiariedade, da descentralização e, também, da desconcentração, são possibilidades para uma atuação estatal mais eficiente, mais próxima dos cidadãos e mais compatível com as demandas e dinâmicas sociais. As relações entre Estado, governo, políticas públicas e sociedade carece de uma atuação sinérgica e responsável dos atores políticos e sociais, especialmente os detentores de poder decisório. É nesse sentido que a subsidiariedade, a descentralização e a desconcentração, representam verdadeiros instrumentos garantidores de uma cidadania ativa, (re)criando-se formas de participação e atuação social, potencializando-se (re)articulação das políticas públicas a partir da sua proximidade em relação às demandas que visa atender.

Observou-se da análise dos planos e das conferências que a questão da subsidiariedade, descentralização e, até mesmo da desconcentração, são observados na articulação das políticas públicas de gênero. Ademais, representem elementos significativos ao aproximar a população de todos os níveis federativos do processo de elaboração destas políticas, tornando-as mais democráticas e plurais, bem como possibilita maior conexão às realidades locais a serem atendidas por tais políticas. Portanto, verifica-se a importância de uma conexão entre a articulação das políticas públicas de gênero, subsidiariedade e descentralização, para a construção de um ambiente mais democrática e incentivados da cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do Batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. *Revista Trilhas da História*, Três Lagoas, v. 3, n. 5, p.72-85, jul./dez. 2013.

BANDEIRA, Maria Lourdes. Violência de gênero: a construção de um campo teórico de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, v. 29, n. 2, p. 449-469, maio/ago. 2014.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Presidência da República. *Contribuição da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres para as Conferências Estaduais. Documento Base*. I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. *4ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres. Texto Base*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2015.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane T. Carvalho. A incorporação da transversalidade nas políticas públicas voltadas a questão de gênero: (re)vindicando o espaço pelo empoderamento e a emancipação social. *Revista Brasileira de Direito*, IMED, v. 8, n. 2, p. 69-88, jul./dez. 2012.

CURADO, Jacy; AUAD, Daniela. Gênero e políticas públicas: a construção de uma experiência de formação. In: CURADO, Jacy; AUAD, Daniela (Org.). *Gênero e políticas públicas: a construção de uma experiência de formação*. Campo Grande: UCDB, 2008. p. 15-38.

DIAS, Felipe da Veiga; HERMANY, Ricardo. Hermenêutica e a (não) observância constitucional da subsidiariedade nas demandas judiciais da saúde pública no Brasil: descompasso da interpretação da Constituição e empecilhos às políticas públicas locais. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 20, n. 2, 683-710, maio/ago. 2015.

- FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 1, n. 12, p. 47-71, jan./abr. 2004.
- FREIRE, Nilcéia. Apresentação (Ministra da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres). In: CURADO, Jacy; AUAD, Daniela (Org.). *Gênero e políticas públicas: a construção de uma experiência de formação*. Campo Grande: UCDB, 2008. p. 11-15.
- HERMANY, Ricardo. *Município na Constituição: poder local no constitucionalismo Luso-Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.
- HERMANY, Ricardo; GIACOBBO, Guilherme Estima. Participação democrática e poder local: as contribuições da subsidiariedade europeia na democracia brasileira. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, v. 1, p. 1-12, 2014.
- KRELL, Joachim Andreas. *O Município no Brasil e na Alemanha: Direito e Administração Pública comparados*. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.
- MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MIRANDA, Cynthia Mara. *Os movimentos feministas e a construção de espaços institucionais para a garantia dos direitos das mulheres no Brasil*. 2009. NIEM - Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre a Mulher e Gênero. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/os%20movimentos%20feministas_cynthia.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016.
- OLIVEIRA, Antonio Cândido de. *O direito das autarquias locais*. Parte II: A Autonomia local na Constituição de 1976 e a Carta Europeia de Autonomia Local de 1985. Coimbra: Coimbra, 2013.
- PARLAMENTO EUROPEU. *O princípio da subsidiariedade*. Fichas técnicas sobre a União Europeia. 2016. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.2.2.html>. Acesso em: 16 nov. 2016.
- PASSOS, Caroline Camargo Rocha. *A descentralização e a desconcentração administrativo do Estado de Santa Catarina: a motivação Governamental*. 2005. 62 f. Monografia (Grauação) Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, São José, 2005.
- PINTO, Giselle. Mulheres no Brasil: esboço analítico de um plano de políticas públicas para mulheres. In: Encontro Nacional de Estudos Populacionais – ABEP, 14, 2006, Caxambú. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_301.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016.
- PIRES, Maria Coeli Simões. Descentralização e subsidiariedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 161-177, jul./set. 2000.
- PRÀ, Jussara Reis; SCHINDLER, Eduardo. Políticas públicas de gênero e novas institucionalidades. In: Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas: aproximando agendas e agentes. Araraquara, 2013. Disponível em: <<http://www.fclar.unesp.br/Home/Pesquisa/GruposdePesquisa/participacaodemocraciaepoliticaspUBLICAS/encontrosinternacionais/pdf-st08-trab-aceito0595-14.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.
- SANTIN, Janaína Rigo; MARCANTE, Sheron. Microfísica do poder e poder local. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 6, n. 11, p. 161-184, jul. 2014.
- SCHUMAHER, Schuma. *O Lobby do Batom, para Dar o Nosso Tom*. Constituição 20 anos: Estado, democracia e participação popular: caderno de textos. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. p. 223-226.
- SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. *Vinculação ao Ministério da Justiça e Cidadania*. Publicado 13/04/2012, última modificação 13/06/2016. 2016. Disponível em: <<http://www.>

spm.gov.br/sobre/a-secretaria>. Acesso em: 31 out. 2016.

TAVEIRA, Adriana do Val. Descentralização e desconcentração na atividade estatal. *Revista Paradigma*, n. 18, p. 236-247, 2009.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Desenvolvimento sustentável,
educação e democracia: o caso
"Escola Sem Partido"**

**Sustainable development,
education and democracy: the
case "School Without Party"**

Veyzon Campos Muniz

Desenvolvimento sustentável, educação e democracia: o caso “Escola Sem Partido”*

Sustainable development, education and democracy: the case “School Without Party”

Veyzon Campos Muniz**

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo refletir sobre o direito ao desenvolvimento, partindo da premissa de que o aludido direito humano sofre um déficit de efetividade quando se depara com contextos de crise, voltando olhar para um componente bastante sensível de sua constituição: a educação. Na primeira parte, expõe-se a necessidade de uma afirmação não retórica do direito ao desenvolvimento. Segue-se explorando a educação inclusiva, equitativa e de qualidade como objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) e asseverando-se a importância da adoção de políticas para a sua implementação. Passa-se, oportunamente, a se realizar estudo de caso acerca da proposição legislativa “Escola Sem Partido”, com base em seu conteúdo e justificativa. Por conseguinte, ponderam-se perspectivas sobre a temática e posiciona-se no sentido de que o esvaziamento do direito ao desenvolvimento, a partir da violação à garantia de um ensino democrático e pluralista, assevera um estado de crise.

Palavras-chave: Direito ao desenvolvimento. Educação. Objetivo de desenvolvimento sustentável. Democracia. Estado de crise.

ABSTRACT

This article aim is to reflect on the right to development, starting from the premise that this human right suffers a deficit of effectiveness when faced with contexts of crisis, returning to look at a very sensitive component of its constitution: the education. In the first part, it's exposed the need for a non-rhetorical affirmation of the right to development. It's follows to exploring the inclusive, equitable and quality education as a sustainable development objective and it's asserted the importance of adopting policies for its implementation. We pass on, in due course, to make a study case on legislative proposal “School Without Party”, from the analysis of its content and justification. Therefore, perspectives on the subject are considered and it is takes the view that the emptying of the right to development encourages a state of crisis, by the violation of the guarantee of a pluralistic and democratic teaching.

Keywords: Right to development. Education. Objective of sustainable development. Democracy. State of crisis.

* Recebido em 29/01/2017

Aprovado em 22/03/2017

Artigo desenvolvido como requisito parcial à conclusão da disciplina de Políticas Públicas em Educação: liberdade de cátedra e direito da anti-discriminação, ministrada pelos Professores Dr. Fernando Seffner e Dr. Roger Raupp Rios, no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Educação da UFRGS e em Direito da UniRitter.

** Doutorando em Direito Público – Estado Social, Constituição e Pobreza do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre e Bacharel em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Tributário pela UNIP e em Direito Público pela UCS/ESMAFE-RS. Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Taquara. Advogado licenciado para o exercício de cargo público na Defensoria Pública do Rio Grande do Sul.

“[...] exercer a liberdade pode depender diretamente, em grande medida, da educação recebida, e assim sendo o desenvolvimento do setor da educação pode ter uma conexão fundacional com o enfoque das capacidades”¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo refletir a respeito do direito ao desenvolvimento, investigando a sua amplitude e dimensão no contexto de crise que se observa nas democracias contemporâneas. Para tanto, toma-se a análise da implementação de uma educação inclusiva, equitativa e de qualidade como exemplificativa do conflito entre a efetividade dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) e iniciativas legislativas controversas. Assim, restam explícitas críticas e perspectivas, com base em estudo de caso, sobre posicionamentos políticos que asseguram (ou não) a afirmação do desenvolvimento sustentável e a construção de uma sociedade não discriminatória e, de fato, democrática.²

2. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E SUA AFIRMAÇÃO NÃO RETÓRICA

Há mais de trinta anos, o direito ao desenvolvimento faz parte do debate internacional, tendo as Nações Unidas o declarado, em 1986, como direito humano.³ Entretanto, em que pese a sua enunciação, percebe-se que ele ora não se apresenta no domínio prático do planejamento estatal, ora não é implementado à realidade social. De fato, os Estados tendem a demonstrar um apoio retórico ao direito ao desenvolvimento, como tática discursiva, porém negligenciam seus conteúdos básicos na prática política⁴ o que em um estado de crise, comumente, se agrava.

Outrossim, é relevante ter em conta que direito ao desenvolvimento se configura por três elementos fundamentais: um sujeito ativo, seu titular, que pode ser qualquer ser humano, considerado individual ou coletivamente, a quem se atribui uma garantia fundamental; um sujeito passivo, frente a quem se exige o gozo e o exercício desse direito, o qual tem uma obrigação positiva (dar ou fazer algo) ou negativa (de não fazer) para a satisfação da pretensão do ativo; e um objeto determinado, consistente no desenvolvimento integral do objeto postulado. Tal estruturação, que remete à estruturação jurídico-processual clássica apresenta peculiaridades, uma vez que o direito ao desenvolvimento é entendido como um direito de solidariedade, composto por um conjunto de direitos civis e políticos, e também econômicos, sociais e culturais, necessitando do atendimento integral e concorrente de seus componentes para viger faticamente em uma sociedade.⁵

Nesse sentido, o sujeito que: litiga contra uma parte que incorre em ato discriminatório no ambiente

1 Sen, Amartya. O desenvolvimento como expansão de capacidades. *Lua Nova*, n. 28-9, 1993.

2 Sobre uma perspectiva do tensionamento político democrático, Noberto Bobbio apresenta como “regra do jogo” a concepção de que “nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em modo particular o direito de tornar-se, em condições de igualdade, maioria”. Cf. Bobbio, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. Interessante destacar, desde logo, que a proposição legislativa tendente a se esquivar da construção democrática de conhecimento pode ser, materialmente, considerada atentatória ao princípio democrático.

3 Destaca-se que a *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento* (1986) é o principal instrumento internacional que reflete, de forma condensada, a abordagem mais amplamente aceita do conteúdo normativo do desenvolvimento humano como direito. Identificam-se as concepções de paz, desenvolvimento, democracia e direitos humanos como interdependentes. E também, afirmar-se o desenvolvimento como uma questão-problema que diz respeito a toda comunidade internacional, nacional, regional e local. Sendo assim, é crucial que movimentos sociais e sociedade civil organizada lutem por sua aplicação efetiva e contra a tentativa de esvaziamento de sua relevância por parte de certas gestões públicas e de segmentos do setor privado. A mobilização social para que o direito ao desenvolvimento não caia no esquecimento é que pode conduzir à sua efetiva implementação. Cf. Özden, Melik. *Le droit au développement*. Genebra: CETIM, 2006. p. 26.

4 Marks, Stephen. The human right to development: between rhetoric and reality. In: *Harvard Human Rights Journal*, v. 17, 2004. p. 137.

5 Nieto, Miguel Ángel Contreras. *El derecho al desarrollo como derecho humano*. Cidade do México: CODHEM, 2001. p. 59.

escolar, em seu país de origem; ou postula em uma corte internacional contra um Estado visando eliminar formas estruturais de negligências em seu sistema de ensino; ou pleiteia, por meio de redes e articulações massivas, a erradicação de ações institucionais nocivas aos direitos humanos, está incorrendo em prática que retira do direito ao desenvolvimento o “véu” da mera retórica.

Pode-se pensar, nesses termos, o direito ao desenvolvimento como uma possibilidade para o alcance de uma socialidade prática. Para além de eventuais parcialidades ou egoísmos individuais, esse *direito-síntese* pugna pela vontade política e pelo compromisso coletivo com a sua efetividade. Afinal, “quem tem em suas mãos o poder político ou econômico, tem um compromisso frete a humanidade que não deve ignorar”.⁶

Destarte, a responsabilidade pela consecução do direito ao desenvolvimento pressupõe o compartilhamento de encargos por todos os atores sociais (organizações não governamentais, organismos internacionais, iniciativa privada, e, logicamente, governos). Não havendo uma participação comprometida com o bem-estar comum, dificilmente, podem se reverter as condições estruturais que impõem entraves ao desenvolvimento. Tanto no aspecto individual quanto no coletivo, o direito ao desenvolvimento supõe uma sujeição passiva dos Estados, da comunidade internacional e, também, do setor privado, para favorecer um melhor desenvolvimento humano, mediante solidariedade e cooperação econômica,⁷ assim como participação comprometida de indivíduos e povos em todo esse processo.⁸

Afirma-se, assim, que, para “dar sentido, curso e direção à materialidade do direito ao desenvolvimento”,⁹ é necessário satisfazer exigências mínimas que representam os direitos humanos em seu conjunto. Afinal, o “desenvolvimento há de ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir”, enfatizando-se ser a correlata garantia a ele “um direito universal e inalienável, parte integral dos direitos humanos fundamentais”, pelo qual se “reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o [próprio] desenvolvimento e os direitos humanos”.¹⁰

Nesse sentir, é, justamente, a condição interdependente da democracia, do desenvolvimento e dos direitos humanos, que permite a afirmação da necessidade de uma educação inclusiva, equitativa e de qualidade como um dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS). Sucedendo e atualizando os objetivos de desenvolvimento do Milênio (ODM) nos quais já se inseria *alcançar o ensino primário universal*, quando da *Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável*, em setembro de 2015, adotaram-se os ODS como forma de planejamento estratégico na orientação das políticas internas e das atividades de cooperação internacional na agenda 2015-2030, de modo, a afastar o caráter, meramente, programático do direito ao desenvolvimento.¹¹

6 *Idem*, p. 60.

7 Nieto, Miguel Ángel Contreras. *El derecho al desarrollo como derecho humano*. Cidade do México: CODHEM, 2001. p. 61-2.

8 Inclusive, o parágrafo 2º do artigo 2º da *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento* (1986), dispõe que: “todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano, e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento”.

9 Madrazo, Jorge. *Temas y tópicos de derechos humanos*. Cidade do México: CNDH, 1995. p. 84-5.

10 Piovesan, Flávia Cristina. Direito ao desenvolvimento. In: II COLÓQUIO Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: PUC/SP, 2002. p. 6.

11 O ODS nº 4 amplia, qualitativamente, a proposição do aludido ODM, especificando: 4.1. *Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes.* 4.2. *Até 2030, garantir que todas as meninas e meninos tenham acesso a um desenvolvimento de qualidade na primeira infância, cuidados e educação pré-escolar, de modo que eles estejam prontos para o ensino primário.* 4.3. *Até 2030, assegurar a igualdade de acesso para todos os homens e mulheres à educação técnica, profissional e superior de qualidade, a preços acessíveis, incluindo universidade.* 4.4. *Até 2030, aumentar substancialmente o número de jovens e adultos que tenham habilidades relevantes, inclusive competências técnicas e profissionais, para emprego, trabalho decente e empreendedorismo.* 4.5. *Até 2030, eliminar as disparidades de gênero na educação e garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação e formação profissional para os mais vulneráveis, incluindo as pessoas com deficiência, povos indígenas e as crianças em situação de vulnerabilidade.* 4.6. *Até 2030, garantir que todos os jovens e uma substancial proporção dos adultos, homens e mulheres estejam alfabetizados e tenham adquirido o conhecimento básico de matemática.* 4.7. *Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, promoção de uma cultura de*

3. EDUCAÇÃO INCLUSIVA, EQUITATIVA E DE QUALIDADE COMO COMPONENTE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O desenvolvimento sustentável é um *paradigma axiológico*, pelo qual se introduz, na integralidade da sociedade (do direito e da cultura), um modelo de valoração interpretativa.¹² No plano ideal, se estabelece, internamente, o princípio estruturante de sustentabilidade multidimensional, reconhecido, externamente, e isto se traduz na satisfação de todos os direitos humanos dos indivíduos, que constituem, essencialmente, a *razão de Estado*¹³. Entretanto, no plano dos fatos, isso não ocorre dessa forma. O aludido paradigma, que, em verdade, se confunde com a afirmação (não falaciosa) do direito ao desenvolvimento, se depara com a realidade das múltiplas carências e mazelas socioeconômicas nos Estados pobres e com a condição das classes oprimidas nos Estados ricos.¹⁴

A dicotomia constatada entre expectativa e realidade, contudo, apenas reforça a ideia de que os direitos humanos correspondem a um processo construtivo e constitutivo. No corolário, o item 3 do artigo 2º da *Declaração Mundial sobre Educação para Todos* (1990) estabelece que: “a concretização do enorme potencial para o progresso humano depende do acesso das pessoas à educação e da articulação entre o crescente conjunto de conhecimentos relevantes com os novos meios de difusão desses conhecimentos”.¹⁵

Nota-se que a educação é um componente indispensável para que, em um ambiente, se possa afirmar o direito ao desenvolvimento. Trata-se, contudo, da educação como *direito fundamental*, que assegura o desenvolvimento sustentável e a existência de pessoas capazes de manter o processo democrático e garantir as suas condições funcionais e instrumentos institucionais.¹⁶

Na dicção das Nações Unidas, a partir da *Declaração de Incheon* (2015), tal direito compreende: a inclusão e equidade na e por meio da educação, o reconhecimento da igualdade de gênero, a melhoria dos resultados de aprendizagem, a promoção intertemporal de oportunidades educacionais e o desenvolvimento de sistemas educacionais sensíveis às vulnerabilidades.¹⁷

Assevera-se que a educação, nessa concepção, está, intrinsecamente, ligada à *condição humana*¹⁸, surge por ela e, portanto, é garantia que se deve ser assegurada a todo ser humano em seu processo de desenvolvimento. A agenda 2015-2030 busca, justamente, garantir que todos os estudantes adquiram conhecimentos e habilidades necessários à promoção de estilos de vida sustentáveis, de direitos humanos, de uma cultura de paz e não violência, de cidadania global e de valorização da diversidade sexual, cultural e de gênero.

paz e não violência, cidadania global e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável. 4.a. Construir e melhorar instalações físicas para educação, apropriadas para crianças e sensíveis às deficiências e ao gênero, e que proporcionem ambientes de aprendizagem seguros e não violentos, inclusivos e eficazes para todos. 4.b. Até 2020, substancialmente ampliar globalmente o número de bolsas de estudo para os países em desenvolvimento, em particular os países menos desenvolvidos, pequenos Estados insulares em desenvolvimento e os países africanos, para o ensino superior, incluindo programas de formação profissional, de tecnologia da informação e da comunicação, técnicos, de engenharia e programas científicos em países desenvolvidos e outros países em desenvolvimento. 4.c. Até 2030, substancialmente aumentar o contingente de professores qualificados, inclusive por meio da cooperação internacional para a formação de professores, nos países em desenvolvimento, especialmente os países menos desenvolvidos e pequenos Estados insulares em desenvolvimento. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/pos2015/ods4/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

12 Freitas, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31.

13 O termo se refere ao “instrumento de todas e quaisquer causas e ideologias, podendo estar a serviço de valores, princípios ou comunidades de natureza distinta”. Pinto, Jaime Nogueira. *Ideologia e razão de Estado*. Porto: Civilização, 2012. p. 961.

14 Nieto, Miguel Ángel Contreras. *El derecho al desarrollo como derecho humano*. Cidade do México: CODHEM, 2001. p. 59-60.

15 DECLARAÇÃO Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem Jomtien, 1990. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

16 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: CONSTITUCIONALISMO discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53.

17 Subtitulada “Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade, inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos”. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002331/233137POR.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

18 Formulação que “compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência”. Arendt, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 17.

No mesmo espoco, o artigo 205 da Constituição Federal, desde 1988, dispõe que a educação 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”. Percebe-se que parâmetros de inclusão, equidade e qualidade podem, inequivocamente, ser extraídos do texto constitucional pátrio (indo ao encontro do projeto educacional internacionalmente assentido).

Desse modo, sustenta-se que: “o direito à educação é fundamental para garantir a universalidade dos direitos humanos. A educação é também essencial para o desenvolvimento de cada ser humano e da sociedade como um todo”.¹⁹

4. “ESCOLA SEM PARTIDO”: UMA INICIATIVA NORMATIVA ANTIDEMOCRÁTICA

A Constituição Federal, em seu artigo 206, III, dispõe que o ensino será ministrado com base no pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e, em seu artigo 3º, IV, que é um objetivo fundamental do Estado a promoção do bem de todos, sem preconceitos e discriminações. Infere-se que:

O princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas está compreendido no princípio da liberdade de ensinar e divulgar o pensamento, visto que a ideia mesma de liberdade implica o respeito à diversidade de pensamento. São diversos os aspectos que envolvem o princípio do pluralismo, desde o reconhecimento das diferenças regionais e sociais, dispostos no artigo 3º da Constituição [...] ²⁰

Cumprir referir, contudo, que, com a atual conjuntura de crise econômica e instabilidade política que o Estado brasileiro enfrenta, o governo federal vem tomando medidas de contingenciamento, como: a proposição e aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016, que limita gastos públicos pelos próximos 20 anos.²¹

Nesse contexto, o Senador Magno Malta (PR-ES)²², da base governista, apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 193/2016²³ pela qual propõe a inclusão entre as diretrizes e bases da educação nacional o “Programa Escola sem Partido”.²⁴ Em justificativa da iniciativa legislativa, alega-se:

É fato notório que professores e autores de materiais didáticos vêm se utilizando de suas aulas e de suas obras para tentar obter a adesão dos estudantes à determinadas correntes políticas e ideológicas para

19 Segue o autor: “O direito à educação é parte de várias convenções, incluindo o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Artigo 13º) e a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança (Artigos 28º e 29º). Além disso, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Artigos 4º e 7º) e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Artigo 10º), ambas têm disposições relativas à educação. Diga-se a proteção do direito à educação nos instrumentos mencionados a retro resulta da extensão dada à proteção deste direito ao nível da disposição do Artigo 26º da Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Hostmaeligen, Njal. *Human rights at a glance*. Lisboa: Sílabo, 2016. p. 91-2.

20 Maliska, Marcus Augusto. Comentários ao artigo 206. In: Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar; Sarlet, Ingo; Streck, Lênio. *Comentários à Constituição do Brasil*. Coimbra: Almedina; São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1967.

21 Ainda, a extinção de estruturas administrativas é exemplificativa dessa realidade. Em maio de 2016, por exemplo, foi extinto o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, responsável por formular políticas públicas de promoção aos direitos da cidadania e coordenar a política nacional de direitos humanos. Após críticas da opinião pública, em fevereiro de 2017, recriou-se a pasta como Ministério dos Direitos Humanos.

22 O proponente afirma: “O que nós não queremos é a escola com professores pregando ideologias, pregando posições partidárias, e pregando religião. Nós não precisamos de ideologia na escola, porque os pais precisam ter o direito de que seus filhos tenham sua educação a partir de casa e não tenham essa educação violada na escola. Qual o papel da escola? A escola não é nada mais, nada menos do que um lugar que abre janelas para o conhecimento [...]”. Manifestação disponível em: <<http://youtu.be/jPlisetjT-s>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

23 Inteiro teor disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125666>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

24 Em consulta pública, em andamento no sítio virtual do Senado Federal, em janeiro de 2017, 187.056 pessoas se mostram favoráveis à aprovação do Projeto e 202.584 contrárias. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/ecidania/visualizacaomateria?id=125666>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2017.

fazer com que eles adotem padrões de julgamento e de conduta moral – especialmente moral sexual – incompatíveis com os que lhes são ensinados por seus pais ou responsáveis. Diante dessa realidade – conhecida por experiência direta de todos os que passaram pelo sistema de ensino nos últimos 20 ou 30 anos –, entendemos que é necessário e urgente adotar medidas eficazes para prevenir a prática da doutrinação política e ideológica nas escolas, e a usurpação do direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. [...] Ante o exposto, entendemos que a melhor forma de combater o abuso da liberdade de ensinar é informar os estudantes sobre o direito que eles têm de não ser doutrinados por seus professores, a fim de que eles mesmos possam exercer a defesa desse direito, já que, dentro das salas de aula, ninguém mais poderá fazer isso por eles. Nesse sentido, o projeto que ora se apresenta está em perfeita sintonia com o art. 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que prescreve, entre as finalidades da educação, o preparo do educando para o exercício da cidadania. Afinal, o direito de ser informado sobre os próprios direitos é uma questão de estrita cidadania.

Assim, pautado em argumentos falaciosos, o aludido Projeto que, em tese, busca assegurar o direito do aluno a uma educação politicamente “neutra”, constitui-se, de fato, em ato atentatório à educação inclusiva, equitativa e de qualidade, garantidora de um ambiente de *ensinagem*²⁵ pluralista e democrático, concernente à afirmação do direito ao desenvolvimento. Nota-se que a proposição viola materialmente disposições legais, como: a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher que estabelece o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da discriminação sexual (artigo 8º, IX, da Lei 11.340/2006) e os princípios básicos de ensino atinentes à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber, ao pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e, sobremaneira, ao respeito à liberdade e apreço à tolerância (artigo 3º, II, III e IV, da Lei 9.394/1996).

A referida iniciativa normativa vale-se de falácias, isto é, de estratégia argumentativa caudada em premissas que não são relevantes à sua conclusão e, portanto, carente de nexo de logicidade e distante do estabelecimento de verdades.²⁶ Observa-se com nitidez a utilização das seguintes: *falácia da falsa causa*²⁷ para atribuir a professores e autores de materiais didáticos a culpa das dificuldades de apreensão de valores morais familiares pelos alunos; *falácia da desqualificação pessoal*²⁸ para conferir à performance de educadores o estigma de um ativismo político e uma conduta, partidariamente, ideológica, ignorando a necessária postura crítica presente na constituição de componentes de ensino; e *falácia do falso consenso*²⁹ para afirmar que o que chama de “doutrinação” é uma realidade presente na integralidade dos estabelecimentos de ensino do país. Fundamentação lamentável e que se constitui em verdadeira deturpação dos dispositivos normativos que alega se embasar.³⁰ No Brasil, em verdade, existe um déficit de qualidade e criticidade no processo educacional, do qual decorre, inclusive, a uma taxa nacional de analfabetismo funcional de 20,3% da população.³¹

Com efeito, é importante que o direito à educação, componente estrutural de desenvolvimento sustentável, seja interpretado de forma ampla e que se tenha ciência que:

25 Prática social complexa efetivada entre os sujeitos, professor e aluno, englobando tanto ação de ensinar quanto a de apreender, em processo contratual, de parceria deliberada e consciente para o enfrentamento na construção do conhecimento escolar, resultante de ações efetivadas na, e fora da, sala de aula. Cf. Anastasiou, Léa da Graças Camargos. *Metodologia do Ensino Superior: da prática docente a uma possível teoria pedagógica*. Curitiba: IBPEX, 1998.

26 Copi, Irving M.; Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*. Cidade do México: Limusa-Noriega Editores, 1997. p. 127-143.

27 Freitas, Juares. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 141-2.

28 *Idem*, p. 144.

29 *Idem*, p. 143-4.

30 Expõe-se a “técnica” legislativa utilizada: “A lógica da inversão depende da capacidade para distorcer. A retórica como campo da linguagem definiu as estratégias da distorção por meio de uma classificação das falácias. Ela pode parecer bem racional, mas, em geral, apela, como qualquer falácia, a uma espécie de drible argumentativo”. Tiburi, Marcia. *Como conversar com um facista*. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 59.

31 Dado público apurado em 2009, referente à mensuração da (in)capacidade que uma pessoa demonstra sobre a compreensão textual simples. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?t=taxa-analfabetismo&vcodigo=PD384>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2017.

[...] o currículo escolar é um aspecto que é relevante para as escolas públicas e privadas, bem como para aqueles em escolarização doméstica. A convenção [Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Artigo 13º] exige que ‘a educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua dignidade e reforçar o respeito pelos direitos do homem e das liberdades fundamentais’. Além disso, a educação ‘deve habilitar toda a pessoa a desempenhar um papel útil numa sociedade livre, promover compreensão, tolerância e amizade entre as nações e grupos raciais, étnicos e religiosos, e favorecer atividades das Nações Unidas para a conservação da paz’. Essas são palavras fortes, mas elas continuam importantes; os currículos escolares de muitos países ainda promovem a intolerância e o nacionalismo em vez da tolerância e da paz.³²

Posto isto, uma proposta com esse mote, ao impor limitações didáticas aos educadores e intervir diretamente nos conteúdos de currículos, faz a concepção de que o “domínio da educação deve ser radicalmente separado dos outros domínios, em especial da vida política pública”, ganhar especial significância.³³ Afinal, nota-se que, com eventual aprovação da aludida iniciativa legislativa, o Estado passa a imprimir diretrizes filosóficas, políticas e ideológicas, sob o discurso (paradoxal) de evitar que (outras) dogmáticas político-ideológicas sejam transmitidas aos alunos em ambiente escolar. Viola-se, por conseguinte, de modo explícito, o direito de liberdade na escola: tanto na perspectiva da liberdade docente de ensino, de acordo com os seus saberes e suas orientações científicas e pedagógicas, quanto no prisma do direito do estudante à compreensão crítica dos mais diversos conteúdos acadêmicos.³⁴

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando a assertiva em epígrafe, o desenvolvimento educacional tem uma conexão fundacional com o enfoque das capacidades humanas, uma vez que a educação “auxilia na escolha inteligente entre diferentes tipos de vida que uma pessoa pode levar”.³⁵ E, justamente, é essa liberdade individual que deve ser resguardada e fomentada pelo processo de *ensinagem*.

O desenvolvimento humano, almejado pela efetividade dos ODS, por sua vez, corresponde a um processo de expansão da cidadania em todos os seus aspectos e em todos os níveis, por meio de uma distribuição mais equitativa de oportunidades³⁶, sendo a escola um ambiente propício e adequado para tanto. “Consolidar, fortalecer e ampliar o processo de afirmação do direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável”³⁷ é indispensável, nesse sentido, para se atender a essa finalidade. Porém, na atualidade, percebe-se um cenário político cada vez mais hostil. O crescimento de posicionamentos públicos contrários à afirmação de direitos humanos e à existência da concepção de desenvolvimento sustentável é uma realidade.

De fato, desde os anos 1990, versa-se sobre o esvaziamento da democracia, porém, nos últimos anos, experiencia-se a ascensão de lideranças autoritárias e populistas, que ignoram, fática e discursivamente, a premência das pautas e agendas sustentáveis. Observa-se, igualmente, a dominância de um conservadorismo que afasta das pessoas a capacidade de refletir sobre problemáticas, dialogar sem melindres e construir cooperativamente soluções.³⁸

32 Hostmaelingen, Njal. *Human rights at a glance*. Lisboa: Sílabo, 2016. p. 92-3.

33 Arendt, Hannah. A crise na educação. In: ENTRE o passado e o futuro. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 246.

34 Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 177.

35 Sen, Amartya. O desenvolvimento como expansão de capacidades. *Lua Nova*, n. 28-9, 1993.

36 Giliberti, Giuseppe. La governance dello sviluppo umano. *Studi Urbinati, B – Scienze umane e sociali*, v. 80, p. 238, 2010.

37 Piovesan, Flávia Cristina. Direito ao desenvolvimento. In: II COLÓQUIO Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: PUC/SP, 2002. p. 6.

38 Jürgen Habermas, em entrevista de novembro de 2016, alerta ao avanço de doutrinas políticas moldadas pela interpretação de princípios constitucionais de modo equivocado, identificadas, no contexto europeu, como *populismo de direita* e *conservadorismo nacionalista*. Habermas, Jürgen. *For a Democratic Polarisation: How To Pull The Ground From Under Right-wing Populism*. Disponível em: <<http://www.socialeurope.eu/2016/11/democratic-polarisation-pull-ground-right-wing-populism/>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

Assim, a necessária análise do impacto das decisões políticas não tende a ser fácil ou pacífica. A educação, na realidade brasileira, é uma temática marcante dessa conjuntura. O *status quo* político se posiciona contrário à implementação do atendimento a uma educação inclusiva, equitativa e de qualidade, a temática é tratada de maneira equivocada, se reforçam os valores sociais contrários aos objetivos constitucionais pactuados e, consequentemente, o país conversa uma realidade incompatível com a realização dos ODS.

O estado de crise, que poderia oferecer “a oportunidade de repensar as missões econômicas e sociais do Estado e mesmo de melhorar a qualidade da democracia por força da maior exigência de fundamentação, transparência e participação na esfera das políticas públicas”³⁹, passa a reforçar interesses não democráticos e pluralistas. Assim, nota-se que dificuldades econômico-financeiras “evoluem” para convulsões sociopolíticas, quando o referido *status quo* busca interferir na realidade social (escolar, *in casu*), furtando-se do atendimento ao desenvolvimento sustentável, sobremaneira, em suas dimensões ética e social.

O direito ao desenvolvimento, diante disto, segue vivo, paralelamente, aos demais direitos humanos, porém reprimido internamente. Todavia, mesmo enfrentando reações pouco amistosas e constantes questionamentos, continua a ser pauta-fundamental das Nações Unidas, sendo pouco provável que deixe de ser fomentado, dado o seu enraizamento normativo e pela própria agenda dos ODS.⁴⁰

Por conseguinte, a dimensão internacional do desenvolvimento sustentável, mesmo que não vinculativa, pode e deve ser utilizada, no contexto político interno, como *soft power*⁴¹. Logo, no que se refere à iniciativas legislativas antidemocráticas de modo específico (como a analisada), tem-se que tal perspectiva auxilia a articulação em redes e a implementação de cooperação (internacional e paraestatal) em sentido contrário, ou seja, em atenção máxima à efetividade do direito à educação (democrática e pluralista).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXYS, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: CONSTITUCIONALISMO discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Anastasiou, Léa da Graças Camargos. *Metodologia do Ensino Superior: da prática docente a uma possível teoria pedagógica*. Curitiba: IBPEX, 1998.

Arendt, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Arendt, Hannah. A crise na educação. In: ENTRE o passado e o futuro. São Paulo: Perspectiva, 2003.

Bobbio, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

Brasil. *Lei 11.340/2006*. Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

Brasil. *Lei 9.394/1996*. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Consulta pública sobre o Projeto de Lei do Senado nº 193/2016*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=125666>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

39 Gonçalves, Maria Eduarda; Pato, João; Santos, António Carlos. Debater o Estado: bens públicos, direitos fundamentais e qualidade da democracia. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 6, n. 4, p. 45-6, 2013.

40 Vandenbogaerde, Arne. The right to development in international human rights law: a call for its dissolution. In: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 31/2, p. 208-9, 2013.

41 Adota-se a concepção do campo das relações internacionais que explicita a habilidade ou capacidade de um organismo político, como, por exemplo, um Estado ou as Nações Unidas, influir, indireta ou extrajudicialmente, no comportamento ou interesse de outros atores sociais. O aludido conceito foi cunhado em: NYE, Joseph. *Soft Power: The Means to Success in World Politics*. Nova York: PublicAffairs, 2005.

- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 193/2016*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125666>>. Acesso em: 12 dez. 2016.
- BRASIL. Senado Federal. *Senador Magno Malta explica o Projeto Escola sem Partido*. Disponível em: <<http://youtu.be/jPlisetjT-s>>. Acesso em: 13 dez. 2016.
- Copi, Irwing M.; Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*. Cidade do México: Limusa-Noriega Editores, 1997.
- Freitas, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- Giliberti, Giuseppe. La governance dello sviluppo umano. *Studi Urbinati, B – Scienze umane e sociali*, v. 80, 2010.
- Gonçalves, Maria Eduarda; Pato, João; Santos, António Carlos. Debater o Estado: bens públicos, direitos fundamentais e qualidade da democracia. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 6, n. 4, 2013.
- Habermas, Jürgen. *For a Democratic Polarisation: How To Pull The Ground From Under Right-wing Populism*. Disponível em: <<http://www.socialeurope.eu/2016/11/democratic-polarisation-pull-ground-right-wing-populism/>>. Acesso em: 26 nov. 2016.
- Hostmaelingen, Njal. *Human rights at a glance*. Lisboa: Sílabo, 2016.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Taxa de analfabetismo funcional – Brasil*. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?t=taxa-analfabetismo&vcodigo=PD384>>. Acesso em: 03 jan. 2017.
- Madrazo, Jorge. *Temas y tópicos de derechos humanos*. Cidade do México: CNDH, 1995.
- Maliska, Marcus Augusto. Comentários ao artigo 206. In: Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar; Sarlet, Ingo; Streck, Lênio. *Comentários à Constituição do Brasil*. Coimbra: Almedina; São Paulo: Saraiva, 2013.
- Marks, Stephen. The human right to development: between rhetoric and reality. In: *Harvard Human Rights Journal*, v. 17, 2004.
- Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1993.
- Nieto, Miguel Ángel Contreras. *El derecho al desarrollo como derecho humano*. Cidade do México: CODHEM, 2001.
- NYE, Joseph. *Soft Power: The Means to Success in World Politics*. Nova York: PublicAffairs, 2005.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 4*. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/pos2015/ods4/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.
- Özden, Melik. *Le droit au développement*. Genebra: CETIM, 2006.
- Pinto, Jaime Nogueira. *Ideologia e razão de Estado*. Porto: Civilização, 2012.
- Piovesan, Flávia Cristina. Direito ao desenvolvimento. In: II COLÓQUIO Internacional de Direitos Humanos. São Paulo: PUC/SP, 2002.
- Sen, Amartya. O desenvolvimento como expansão de capacidades. *Lua Nova*, n. 28-9, 1993.
- Tiburi, Marcia. *Como conversar com um facista*. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- UNESCO. *Declaração de Incheon* (2015). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002331/233137POR.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- UNESCO. *Declaração Mundial sobre Educação para Todos* (1990). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2016.
- Vandenbogaerde, Arne. The right to development in international human rights law: a call for its dissolution. In: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 31/2, 2013.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Políticas de acesso aberto para trabalhos científicos: interesse público e direitos de autor
Open access policies to scientific papers: public interest and copyright

Eduardo Altomare Ariento

Políticas de acesso aberto para trabalhos científicos: interesse público e direitos de autor*

Open access policies to scientific papers: public interest and copyright

Eduardo Altomare Ariento**

RESUMO

O artigo pretende analisar algumas modalidades de políticas de Acesso Aberto praticadas em renomados centros de pesquisa e agências de fomento com vistas ao incremento da produção científica e à facilitação de consulta de material didático pela comunidade acadêmica e demais cidadãos. Sabemos que o regramento jurídico da propriedade intelectual não colabora com o acesso às publicações científicas. Algumas bases de dados e publicações acadêmicas têm preços proibitivos, mesmo que obtenham artigos de pesquisadores, trabalhos voluntários dos revisores e do corpo editorial quase sempre sem custos. Além disso, quantidade expressiva dos investimentos em pesquisa tem como origem o Estado e as instituições de ensino. Dessa forma, julgamos relevante consultar o modo pelo qual são regidas as políticas de divulgação do conhecimento, de acordo com informações contidas nas páginas oficiais de alguns centros de pesquisa, situados em países ocidentais de diferentes tradições jurídicas. Do ponto de vista doutrinário, em nome da proteção dos direitos autorais, algumas vozes defendem o direito dos estudantes e pesquisadores, mesmo de instituições públicas, de postergar, ou mesmo recusar a divulgação de suas pesquisas nos repositórios das Universidades. Outros defendem que qualquer forma de imposição fere a liberdade acadêmica. Concluímos, após refletir sobre a natureza desses argumentos e ponderar sobre os conflitos entre direitos privados e interesses coletivos, que sem violação de direitos de autor, pode sim haver políticas que incentivam, ou até obrigam, a depender do caso, o depósito de pesquisas em Acesso Aberto, em função dos direitos à cultura, educação, informação, publicidade, eficiência, promoção do desenvolvimento e inovação.

Palavras-chave: Direitos autorais. Direito à educação. Acesso Aberto.

ABSTRACT

The paper analyzes some forms of Open Access policies adopted in renowned research centers and funding agencies in order to increase the scientific production and facilitate access to teaching materials by the academic community and other citizens. We know that the legal establishment of rules of intellectual property are sometimes incompatible with access to scientific publications. Some databases and academic publications are prohibitively

* Recebido em 13/10/2016
Aprovado em 03/01/2017

** Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito do Consumidor, Direito Constitucional e Direito da Inovação na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado da disciplina Direito e Software do Departamento de Ciências da Computação do IME-USP. Foi professor convidado da Disciplina Deontologia e Legislação do Jornalismo perante o Departamento de Jornalismo e Editoração da ECA-USP (2006-2012). Lecionou cursos de pós-graduação em Direito na Escola Paulista de Direito (2010-2016), Mackenzie in Company (2014) e Fundação Armando Alvares Penteado (2015). Tem pesquisado os temas: Propriedade intelectual, Direitos Humanos e Desenvolvimento; Direito do Consumidor; Direitos Fundamentais e Dignidade Humana; Proteção de Dados Pessoais, Informação e Democracia.

expensive, even if obtain articles of researchers, volunteer reviewers and the editorial board almost always at no cost. In addition, a significant amount of research investment has its origin the State and educational institutions. Thus, we believe relevant to consult the way we are governed the knowledge disclosure policies, the official pages of some research centers, located in Western countries of different legal traditions. By the doctrinal point of view, on behalf of the copyright protection, some voices defend the right of students and researchers, even public institutions, postpone or even refuse to divulge their research in archives of universities. Others argue that any form of imposition hurts academic freedom. We concluded, after reflecting on the nature of these arguments and ponder the conflicts between private rights and collective interests, that without violating copyright rights, policies could encourage or even require, depending on the case, research deposit into Open Access repositories, supported by the rights to culture, education, information, efficiency, development and innovation.

Keywords: Copyright. Right to education. Open Access.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade expor e discutir as políticas de Acesso Aberto adotadas em alguns centros de pesquisa brasileiros e estrangeiros, públicos e privados, bem como agências de fomento à pesquisa. Levando em consideração que uma das missões mais nobres das Universidades e dos centros de pesquisa é produzir *conhecimento* - e não patentes ou direitos de autor-, resta indagar de que maneira a produção acadêmica é divulgada e acessada por alunos, pesquisadores e demais cidadãos.

Não há como ignorar a grande desigualdade social que, sempre, afligiu o Brasil. Obviamente, a carência econômica aumenta os contratempos pelos quais os alunos mais desfavorecidos têm de frequentar os cursos superiores, bem como de acessar o material didático indicado ao menos como bibliografia básica dos seus cursos.

Nesse sentido, os alunos carentes podem ter uma dificuldade extra no fator acesso ao conhecimento na medida em que o custo dos livros representa impeditivo de natureza objetiva. O acesso a bases de dados e a assinatura de publicações restritas a assinantes podem ter custos proibitivos, mesmo para Universidades de renome. Não se pode ignorar, ademais, que o trabalho dos autores, revisores e membros do conselho editorial, em sua maioria, são desprovidos de remuneração.

Outro elemento que precisa ser considerado é a porção dos investimentos públicos envolvidos nas publicações acadêmicas. Não raramente, os custos das publicações e pesquisas são, majoritariamente, custeados pelo Estado e centros de pesquisa. Nesse sentido, a depender do acerto das políticas de disseminação do conhecimento, é possível que o resultado das pesquisas seja interditado não apenas ao contribuinte, mas à grande maioria dos cidadãos.

Há pelo menos quatro modalidades distintas de recursos estatais na cadeia de produção científica: (i) o pagamento dos salários de professores contratados sob o regime de dedicação exclusiva de instituições públicas; (ii) imunidade tributária das editoras para facilitar o acesso ao conhecimento; (iii) editoras de universidades públicas, que, também, possuem estruturas financiadas pelos tributos; (iv) editoras privadas em parcerias com órgãos públicos ou financiadas por recursos públicos.¹

Sucedem que, na maioria dos casos, os direitos de propriedade intelectual costumam ser cedidos a editoras privadas, que mediante projetos comerciais, e sem participarem do financiamento dessas pesquisas, explo-

1 MACHADO, Jorge A. S.; CRAVEIRO, Gisele. Reprodução proibida: financiamento público e direitos de cópia privados. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 485–509, set. 2011. Disponível em: <<http://liinc.revista.ibict.br/index.php/liinc/article/viewFile/441/327>> Acesso em: 13 out. 2016.

ram o conhecimento produzido, tanto para edições físicas, digitais, quanto plataformas e bases de dados mediante assinaturas.

Além das formas mencionadas de incentivo público, convém refletir se a obrigação contratual dos órgãos de fomento de publicação em Acesso Aberto do resultado das pesquisas pode ferir os direitos autorais dos beneficiários. Com efeito, uma forma de contornar as questões dos custos dos materiais didáticos seria a adoção de políticas institucionais de Acesso Aberto (*Open Access*), já utilizadas por diversas universidades do mundo.

Contudo, a ideia de promover políticas de Acesso Aberto sofre diversas resistências. Seja pelo argumento de violação dos direitos autorais dos pesquisadores, seja pelo resguardo da liberdade acadêmica, o tema, ainda, desperta muitas polêmicas. Por vezes, estudantes e pesquisadores, mesmo que favoráveis aos princípios do Acesso Aberto, deixam de autoarquivar seus trabalhos em repositórios institucionais por falta de hábito ou incentivo.²

Nessa conformidade, estudaremos as modalidades de Acesso Aberto para divulgação acadêmica e diretrizes em algumas universidades e instituições de apoio situados nos Estados Unidos, Portugal, Espanha, Itália, Alemanha e Brasil sobre as formas pelas quais os estudantes, professores e demais frequentadores dos centros de pesquisa são estimulados a publicar seus escritos em licenças não restritivas de propriedade intelectual.

Os parâmetros de comparação serão baseados nas políticas divulgadas ao público pelas seguintes instituições: a) Universidade de Harvard, b) Universidade de Califórnia, c) Universidade de Coimbra, d) Universidade de Salamanca, e) Universidade de Bolonha; f) Max Planck Society, g) Universidade de Heidelberg, h) Universidade de São Paulo, i) Universidade Federal do Paraná.

Buscamos alguns renomados centros de pesquisa e órgãos de financiamento que, em alguma medida, utilizam de instrumentos legais e institucionais para facilitar o acesso e a publicação acadêmica aos alunos e ao público em geral. Ademais, demos preferência a instituições que permitam a leitura e compreensão de suas políticas por suas páginas na Internet, tanto pela viabilidade da pesquisa como, também, pela importância da transparência dessas políticas aos estudantes e demais cidadãos³.

Importante consignar que não está em questão formular *ranking*, disputa ou concurso, mas tão somente estudo sobre boas práticas de divulgação e acesso ao conhecimento relacionados com licenças não restritivas de direitos de autor e políticas institucionais de Acesso Aberto.

Assim, pretendemos analisar como algumas instituições de ensino vêm trabalhando a questão da publicação e acesso ao material didático e científico nos limites permitidos pela legislação autoral.

2. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO ACESSO ABERTO

Em 2002, conferência realizada em Budapeste, seguida de outras em Berlim e Bethesda, serviu para discutir o conceito de Acesso Aberto para a divulgação e acesso às publicações científicas. O propósito desses encontros foi reunir esforços e iniciativas que compilassem políticas já existentes, bem como criar uma agenda comum e estratégias de implantação do Acesso Aberto em instituições públicas e privadas⁴.

2 FREIRE, José Donizetti. *CNPq e o acesso aberto à informação científica*. 2011. 275 f., il. Tese (Doutorado em Ciência da Informação)-Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/9385>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

3 As Universidades de Sorbonne, de Paris e La Sapienza, de Roma, não permitem, em suas páginas oficiais, compreensão das políticas de open access, muito embora haja referências a elas: L'archive ouverte de Paris 1 Panthéon-Sorbonne <https://hal-paris1.archives-ouvertes.fr/> e Pubblicazioni Aperte Digitale Della Sapienza <http://padis.uniroma1.it/> acesso em 21/08/2016

4 BUDAPEST ONLINE INITIATIVE. *Dez anos da Iniciativa de Budapeste em Acesso Aberto: a abertura como caminho a seguir*.

Os objetivos dos participantes eram encontrar respostas sobre as maneiras pelas quais as publicações científicas podem ser institucionalizadas em licenciamentos não restritivos de propriedade intelectual. Essas medidas, certamente, colaboram com o acesso facilitado ao material didático aos estudantes, pesquisadores e demais cidadãos. Do ponto de vista jurídico, conforme os princípios estipulados nessas conferências, os autores dos artigos devem resguardar, apenas, os direitos morais e abrir mão de alguns dos direitos de cunho patrimonial.

Peter Suber, Diretor do projeto de Open Access da Universidade de Harvard, assim define Acesso Aberto: “é a literatura digital, online, gratuita e livre de muitas das restrições da legislação e licenças dos direitos autorais.”⁵

Jorge Machado, professor da EACH-USP, complementa:

Por “acesso aberto” à literatura, deve-se entender a disposição livre e pública na Internet, de forma a permitir a qualquer usuário a leitura, download, cópia, impressão, distribuição, busca ou o link com o conteúdo completo de artigos, bem como a indexação ou o uso para qualquer outro propósito legal.”⁶

Se, tempos atrás, a defesa da publicação em formato aberto era vista como demanda de alguns poucos professores e ativistas radicais, hoje é certo que algumas das melhores universidades do planeta já adotam princípios do Acesso Aberto, conforme veremos no adiante. Vale adicionar que as políticas de Acesso Aberto surgiram não como manifestos ideológicos contra os desvios das políticas de propriedade intelectual, mas das necessidades concretas de estudantes e pesquisadores.

Tanto o movimento do Acesso Aberto, como a chamada Ciência Aberta representam o antagonismo presente entre compartilhamento da produção coletiva, do conhecimento e cultura e a apropriação privada dessas formas de produção social. A Ciência aberta permite o aumento do estoque de conhecimento público, bem como o aumento dos retornos sociais de investimentos em ciência e tecnologia.⁷ Mais condizente com o intercâmbio de informações e a sociedade em rede do que o modelo de negócio baseado no cerceamento das publicações científicas seria outro que explorasse a prestação de serviços, customização e manutenção de programas ou banco de dados. Poderiam ser cobradas edições de projetos mais refinados. As versões mais simples ou seriam gratuitas, ou taxadas a preços acessíveis.⁸

Na medida em que os custos advindos dos direitos da propriedade intelectual deixam de ser, efetivamente, um problema para a pesquisa de novos produtos, processos e materiais de pesquisa para profissionais e estudantes, o Acesso Aberto colabora com a inovação tecnológica, artística e cultural.

Importante esclarecer que as premissas do Acesso Aberto não costumam *obrigar* autores a publicar, imediatamente, em quaisquer repositórios ou revistas acadêmicas. Trata-se, apenas, de políticas acadêmicas que objetivam *requerer aos pesquisadores uma licença não exclusiva para divulgação do trabalho nos portais institucionais*. Ademais, não são incompatíveis com requerimento de tempo adicional à divulgação do trabalho (*embargo*) e, geralmente, admitem a interdição da publicação a pedido do pesquisador (*wavier*)⁹. Exceções a essa última opção podem surgir quando se tratar de financiamento público em razão da necessária divulgação do re-

COMUNIDADE EUROPEIA. *Guidelines on Open Access to Scientific Publications and Research Data in Horizon 2020*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016

5 SUBER, Peter. *Open Access*. Cambridge: MIT Press, 2012 p. 04

6 MACHADO, Jorge. Difusão do conhecimento e inovação - o Acesso Aberto a publicações científicas. In: BAUMGARTEN, M. (Ed.) *Conhecimento e Redes - Sociedade Política e Inovação*. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Disponível em: <http://www.forum-global.de/jm/art04-05/jorge_machado-acesso_aberto.html>. Acesso em: 10 ago. 2016

7 ALBAGLI, Sarita. *Ciência Aberta em questão*. In: ALBAGLI, Sarita; MACIEL, Maria Lúcia; ABDO, Alexandre Hannud (Org.). *Ciência Aberta, questões abertas*. Rio de Janeiro: IBCIT, 2015. p. 13-14

8 BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks*. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 66ss; STALLMAN, Richard. M. *Free Software, Free Society*. Boston: GNU Press, 2002. p. 37-38

9 UNIVERSIDADE DE HARVARD. Berkman Center for Internet & Society. *Good practices for university open-access policies*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/hoap/Good_practices_for_university_open-access_policies>. Acesso em: 29 jul. 2016

sultado das pesquisas, bem como obediência aos princípios da publicidade, eficiência, moralidade, direito à informação, acesso à cultura, promoção do desenvolvimento e da inovação.

Ainda dentro da filosofia do Acesso Aberto, cada entidade de pesquisa pode escolher aquela modalidade que seja melhor aos seus interesses e peculiaridades. Estudos feitos em Harvard mapearam 6 formas diversas de políticas de Acesso Aberto, das quais umas são muito recomendáveis do que outras¹⁰.

O propósito das políticas deve ser estimular o *Green OA*: autodepósito de trabalhos acadêmicos em repositórios institucionais de Acesso Aberto, que não necessariamente foram revistos por pares. Isto não se confunde com a *Golden OA*, publicações em revistas acadêmicas de acesso aberto, que admite diferentes modelos de negócios¹¹. As duas modalidades não são antagônicas. Ao contrário, podem ser vistas como complementares e sinérgicas. O *Green* é melhor quanto à facilidade de registro, rapidez, ao passo que o *Gold* se sobressai quanto à certificação (*peer review*)¹².

Ademais, várias pesquisas demonstram que os artigos publicados em plataformas abertas, em diversos campos do conhecimento, são mais citados do que os demais mediante licenças restritivas de propriedade intelectual¹³. A depender da área do conhecimento, pode variar bastante a quantidade de citações de artigos em plataformas abertas em relação às “*fechadas*”. Na Biologia, a quantidade de citações de artigos em licenças não restritivas supera em 50% as demais. Na História, esse número chega a mais de 1000%, e na Letras, 1230%¹⁴.

Com efeito, mesmo que as normas internacionais sobre propriedade intelectual sejam mais rígidas do que o necessário, privatizando o conhecimento, políticas de Acesso Aberto são totalmente compatíveis com as legislações ocidentais, sejam nas tradições de *Droit D’Auteur* como também de *Copyright*.

3. DIREITOS DE AUTOR, DIREITO À EDUCAÇÃO E À CULTURA

Um equívoco interpretativo comum na área do Direito é acreditar numa absolutização dos Direitos de Autor. Ter como premissa que eles sejam hegemônicos em face dos direitos à educação, acesso à cultura e ao lazer implica manifesto equívoco nas premissas constitucionais.

Como se sabe, os direitos autorais se compõem de direitos patrimoniais e morais. Direitos morais englobam os direitos inalienáveis de atribuir paternidade à criação e o direito de oposição quanto a modificações não autorizadas das obras sujeitas à proteção legal¹⁵. Direitos patrimoniais, por outro lado, equivalem à faceta econômica dos autores. Os direitos econômicos normalmente são cedidos pelos autores à indústria que realiza a exploração empresarial das artes, cultura e saber¹⁶. A não ser os autores *best sellers*, os demais costumam ficar desprotegidos quanto à exploração econômica.

Educação serve, essencialmente, para ampliar o horizonte das pessoas, mostrar novos mundos e propor perguntas, mais do que respostas, para os fenômenos da ciência e do pensamento. Essa trajetória passa,

10 UNIVERSIDADE DE HARVARD. Berkman Center for Internet & Society. *Drafting a policy*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/hoap/Drafting_a_policy#Waiver_option>. Acesso em: 29 jul. 2016

11 SUBER, Peter. *Open Access*. Cambridge: MIT Press, 2012. p. 04

12 SUBER, Peter. *Open Access*. Cambridge: MIT Press, 2012. p.58-62

13 MACHADO, Jorge. Difusão do conhecimento e inovação - o Acesso Aberto a publicações científicas. In. BAUMGARTEN, M. (Ed.) *Conhecimento e Redes - Sociedade Política e Inovação*. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Disponível em: <http://www.forum-global.de/jm/art04-05/jorge_machado-acesso_aberto.html>. Acesso em: 10 ago. 2016

14 MACHADO, Jorge. Difusão do conhecimento e inovação - o Acesso Aberto a publicações científicas. In. BAUMGARTEN, M. (Ed.) *Conhecimento e Redes - Sociedade Política e Inovação*. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Disponível em: <http://www.forum-global.de/jm/art04-05/jorge_machado-acesso_aberto.html>. Acesso em: 10 ago. 2016

15 BRASIL. Art. 24 e seguintes da Lei n. 9.610/98, que trata dos direitos autorais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em 25 nov. 2016

16 PARANAGUA, Pedro; BRANCO, Sergio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Série FGV Jurídica, 2009. p. 43

forçosamente, pelo domínio do idioma, da história, do raciocínio lógico, bem como dos fenômenos da natureza.

Não obstante, o acesso ao conhecimento pode ser um dos elementos chave para disseminar a tolerância e o reconhecimento da diferença. Talvez mais importante do que *disseminar* seja *praticar* esses valores num ambiente multiétnico, multicultural de aprendizagem.

Na Constituição Federal de 1988, a educação segue o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, com o objetivo de, cumulativamente, desenvolver a pessoa, prepará-la para o exercício da cidadania e o trabalho¹⁷. A universalização da educação significa ajudar a combater a exclusão social, a erradicação da pobreza e garantir uma inclusão cidadã.¹⁸

Segundo levantamento do Instituto Paulo Montenegro e da ONG Ação Educativa sobre o analfabetismo funcional no Brasil 27% da população brasileira pode ser considerada analfabeta funcional. Essa amostra foi realizada levando em conta mais de 2000 pessoas entrevistadas em diferentes zonas urbanas e rurais do país, brasileiros de 15 a 64 anos que não conseguem realizar operações simples com palavras e números.¹⁹ Apenas 8% dos entrevistados foram considerados proficientes, ou seja, plenamente capazes de dominar essas mesmas habilidades. O número de pessoas que afirma estar cursando o ensino básico é de 44%, 40% o ensino médio, e 17% o superior.²⁰

Com diferente metodologia, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) entende analfabeto funcional as pessoas de uma determinada faixa etária que têm escolaridade de até 3 anos de estudo em relação ao total de pessoas na mesma faixa etária. Conforme indicadores obtidos pela Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílio (PNAD), de 2001 a 2009, o número variou de 27,3% para 20,3% da população brasileira.²¹ Vale dizer, apesar das variações positivas que ocorreram nos últimos tempos, o acesso à escolaridade, ainda, representa uma barreira para milhares de brasileiros, sobretudo, para o grupo acima dos 50 anos e classificados como do grupo étnico preto/pardo.²²

Cultura representa conhecimento dos povos, pessoas e comunidades, nos diversos aspectos dos seus modos de vida e criação das identidades. É a aptidão das pessoas de atuarem no mundo e sobre o mundo, sem quaisquer designação sobre hierarquia ou certo e errado.²³ Os direitos culturais não se afirmam somente numa dimensão negativa, de abstenção estatal à liberdade artística e de expressão, mas também por intermédio de políticas públicas e proteção do patrimônio cultural e a difusão das manifestações artísticas.²⁴

O processo pedagógico, dificilmente, consegue êxito sem aproximar o professor do contexto em que

17 BRASIL. *Constituição Federal de 1988. , artigos a 205 e 207*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 nov. 2016

18 CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 223-245, 2015

19 INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. *Indicador de alfabetismo funcional 2015*. p. 9-10. Disponível em: <<http://www.ipm.org.br/pt-br/programas/inaf/relatoriosinafbrasil/Paginas/Inaf-2015---Alfabetismo-no-Mundo-do-Trabalho.aspx>>. Acesso em: 23 nov. 2016

20 INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. *Indicador de alfabetismo funcional 2015*. p. 9-10. Disponível em: <<http://www.ipm.org.br/pt-br/programas/inaf/relatoriosinafbrasil/Paginas/Inaf-2015---Alfabetismo-no-Mundo-do-Trabalho.aspx>>. Acesso em: 23 nov. 2016

21 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Taxa de analfabetismo funcional de 2001 a 2009*. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=4&op=0&vcodigo=PD384&t=taxa-analfabetismo-funcional>>. Acesso em: 24 nov. 2016

22 INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. *Indicador de alfabetismo funcional 2015*. p. 9-10. Disponível em: <<http://www.ipm.org.br/pt-br/programas/inaf/relatoriosinafbrasil/Paginas/Inaf-2015---Alfabetismo-no-Mundo-do-Trabalho.aspx>>. Acesso em: 23 nov. 2016

23 LISOWSKI, Telma Rocha. As políticas públicas de acesso e difusão da cultura no Brasil e o caso do Programa Nacional de Apoio à Cultura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 156-169, 2015

24 LISOWSKI, Telma Rocha. As políticas públicas de acesso e difusão da cultura no Brasil e o caso do Programa Nacional de Apoio à Cultura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 156-169, 2015

vive o aluno. Cuida-se, talvez, de uma das mais importantes lições deixadas por Paulo Freire²⁵. Daí a relação próxima e talvez indissociável entre cultura e educação.

Os direitos à cultura, informação e saber, necessariamente, caminham juntos. Entre outras coisas, cultura deve colaborar para a construção de identidades²⁶ e narrativas de um povo. Os direitos autorais também possuem uma função social a cumprir. Devem, obrigatoriamente, proporcionar direitos à coletividade, ao mesmo tempo que possa estimular os autores e criadores a produzir mais. Caso não estejam cumprindo essa missão, precisamos pensar em outras formas de regular juridicamente o conhecimento²⁷.

Evidentemente, não há como falar em acesso à educação e aos bens culturais sem associá-los aos direitos de autor. Não se trata do único elemento, mas de um dos fatores que colabora com o processo de aprendizagem. Escola sem energia elétrica, acesso à Internet e bibliotecas tendem a formar alunos com menor repertório intelectual e informativo.

Tanto a produção, como, também, o acesso aos bens educacionais e culturais serão fortalecidos na medida em que a lei autoral for mais adequada aos interesses da sociedade. O paradigma da proteção da propriedade intelectual precisa ser reformulado para não ameaçar a liberdade de informação, a emancipação, a autonomia e a dignidade humana²⁸. Essa leitura restrita das liberdades sociais nos direitos de autor escapa de uma interpretação constitucional, tanto sobre acesso à cultura, educação, como também no campo da busca por nossa autonomia intelectual²⁹.

Ao favorecer demasiadamente a indústria cultural e editorial em tempos de exclusividade desnecessariamente extensos e proibições de acesso exageradas, a mercantilização do conhecimento se sobrepôs à criatividade e à inovação cultural e artística³⁰.

Assim, ao adotar políticas de Acesso Aberto, a academia e as agências de fomento podem colaborar para amenizar alguns defeitos das leis autorais e tornar o conhecimento mais acessível à coletividade.

4. DIREITOS MORAIS E PATRIMONIAIS DO AUTOR

Os direitos morais, também conhecidos em algumas legislações como direitos pessoais, devem representar proteção contra o parasitismo, o abalo à imagem, à honra e reputação do autor. São a forma pela qual criadores podem se proteger contra plágio, deturpação ou má-fé de terceiros. Possuem abrangência em todas as legislações do mundo ocidental desde a Convenção de Berna para proteção das obras literárias e artísticas de 1886³¹. Contudo, para aqueles que defendem ferrenhamente o resguardo dos direitos morais dos autores, convém refletir sobre a efetiva importância deles e razão que motivaram suas criações, bem como o contexto das atuais normas sobre propriedade intelectual. Propriedade Intelectual é uma conveniência da sociedade e não um direito natural³².

A soberania do autor não pode justificar abusos, como recusa arbitrária, discriminação sem justa causa e

25 FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 44

26 SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2012. p. 59

27 ARIENTE, Eduardo. *A Função Social da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 311

28 KRETSCHMANN, Angela. O Papel da Dignidade Humana em Meios aos Desafios do Acesso Aberto e do Acesso Universal Perante o Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 101

29 MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais da CF/88*. 2007. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007. p. 481

30 ARIENTE, Eduardo. *A Função Social da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 130

31 UNESCO. *Convenção de Berna para a proteção de obras literárias e artísticas*. Disponível em: <http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/brazil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_oro.pdf> Consulta em 01 ago. 2016.

32 BARBOSA, Dênis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 1. p. 228-230

exigência de pagamentos exorbitantes³³. A esse respeito, a dimensão econômica da propriedade intelectual não pode ser esquecida. Frequentemente, refere-se aos direitos morais para, na verdade, proteger valores eminentemente patrimoniais³⁴. Ao invocar o autor, procura-se muitas vezes, apenas, zelar pelos interesses econômicos dos seus cessionários, empresas editoriais e da indústria cultural³⁵. Segundo José de Oliveira Ascensão:

o autor só aparentemente tem o protagonismo, porque os direitos que lhe são concedidos se destinam a reverter para empresas chamadas de copyright – ou seja, as empresas que fazem exploração de obras intelectuais [...] O que está mal não é a proteção do investimento; é a hipocrisia do discurso autoralista contemporâneo. Invoca-se Beethoven, para tudo reverter afinal para Bill Gates.³⁶

Ademais, não se deve equiparar o direito autoral ao direito à cultura, pois este está ligado aos fundamentos da formação da pessoa, justificação do próprio Direito³⁷. Com efeito, uma via de conciliação entre direitos editoriais e coletivos seria estabelecer limitações autorais sem tamanhas barreiras.

Assim, devemos redefinir a substância dos direitos morais para que eles cumpram sua finalidade. Por exemplo, a pretensão de assegurar direitos morais indefinidamente não possui fundamento jurídico. Caso fosse assim, os descendentes de César poderiam invocar direitos morais sobre *De bellum galicum*³⁸.

Dito isso, convém meditar sobre o direito moral do autor de assegurar a obra inédita, bem como o direito patrimonial de recusar a divulgação e o armazenamento de trabalhos em bases de dados de repositório institucional³⁹, quando o pesquisador for agraciado por bolsa ou outra forma de financiamento⁴⁰.

Carlos Alberto Bittar, por exemplo, não se mostra inclinado a aceitar certas imposições contratuais para publicar em Acesso Aberto, por implicar violação de direito da personalidade, notadamente de direito de autor⁴¹. Argumentar pela preservação dos direitos morais para obstar a divulgação das teses e dissertações em Universidades Públicas nos parece um contrassenso. Não há, na presente situação, por motivos óbvios, direito moral a resguardar a obra inédita, tampouco direito patrimonial capaz de proibir a publicação em meios físicos, exigência corriqueira de muitas faculdades para compor o acervo de suas bibliotecas. Quanto à resistência em divulgação em meios digitais, trata-se de uma barreira cultural que deverá ser superada num futuro próximo. Há que se ponderar, que no contexto brasileiro, pesquisadores e estudantes tiveram pouco contato com as premissas do Acesso Aberto.

O estímulo à criatividade dos autores, da mesma forma, independe dos direitos morais ou patrimoniais. Ela provém, sobretudo, da titulação almejada ao final da etapa acadêmica. As exceções a essa regra devem ser interpretadas casuisticamente e respeitadas apenas questões éticas ou sigilos industriais.

Quanto à publicação dos docentes nos repositórios abertos, em termos jurídicos, pouco se tratou a respeito disso no Brasil. A Lei sobre Direitos Autorais não foi específica sobre a relação capital-trabalho, ao contrário do que sucedeu nas Leis de Propriedade Industrial e do Software.

33 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 13

34 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 157

35 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20

36 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 157-158

37 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18

38 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33-34

39 Brasil. Lei de Direitos Autorais Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. ; Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a **utilização** da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a **reprodução** parcial ou integral; [...] IX - a **inclusão em base de dados**, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; (grifos nossos)

40 Brasil. Lei de Direitos Autorais. Art. 24. São direitos morais do autor: [...] III - o de **conservar a obra inédita**; (grifos nossos)

41 BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito do Autor*. São Paulo: RT, 1992. p. 23-205).

Diferentemente dos Estados Unidos e da Europa, onde o regime de dedicação exclusiva é mais comum, no ensino superior do Brasil vigoram as contratações por tempo parcial ou por aulas ministradas, sobretudo no ensino privado. Seja qual for o regime de trabalho, é preciso verificar se existe previsão sobre obrigatoriedade de publicação e correspondente remuneração. Havendo omissão contratual ou estatutária a respeito, parece mais acertado falar apenas em *recomendação* ou *incentivo* aos docentes. Caso o professor tenha essa atribuição estatutária ou contratual, pensamos que pode haver *obrigação* de depósito em acesso aberto nos repositórios indicados na quantidade estipulada pela instituição de ensino.

Da mesma forma, em vários países do mundo, os bolsistas precisam depositar seus trabalhos em formato aberto, público e acessível. Também soa exagerado afirmar que tal obrigação seria uma violência contra os direitos autorais dos bolsistas. As normas para a concessão de financiamento estudantil costumam ser bastante claras ao impor ao aluno essa obrigação ao final do curso. Mais do que uma questão de contrapartida pública, temos um paradigma de boas práticas científicas. Não se faz ciência sem publicidade dos resultados, bem como abertura à crítica sobre premissas, metodologias e conclusões.

5. POLÍTICAS PARA ACESSO ABERTO

Nosso próximo passo será analisar as políticas de renomadas universidades nacionais e internacionais para constatar como são trabalhadas as políticas para Acesso Aberto nas academias e algumas agências de fomento. Abordaremos, também, de forma panorâmica, algumas políticas públicas adotadas no Brasil pelo Ministério da Educação, com destaque ao Portal de Periódicos CAPES.

Diante da impossibilidade de realização de pesquisa empírica, buscaremos outras fontes, artigos, bem como os sites das respectivas instituições que exibem essas políticas aos seus integrantes e ao público.

5.1 Universidade de Harvard

O objetivo da pesquisa universitária é a criação, disseminação e preservação do conhecimento. Em Harvard, onde muito da nossa pesquisa possui relevância global, nós temos uma grande responsabilidade em distribuir os frutos do nosso conhecimento da forma mais abrangente possível

(Steven E. Hyman, Reitor da Universidade de Harvard)⁴²

A Universidade de Harvard, fundada em 1636, de natureza privada, é a mais antiga em atividade nos Estados Unidos.⁴³ Desde 2008, a Faculdade de Artes e Ciências de Harvard propôs uma interessante e inovadora política de Acesso Aberto. Ainda que a instituição não tenha sido a primeira a abraçar esse tipo de política de divulgação científica, trata-se da Universidade pioneira no EUA de porte mundial a se comprometer com ela⁴⁴. Devido a esta nova diretriz, influenciou outras Universidades a seguir esse mesmo rumo, como o *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), Duke, Kansas, Princeton, e seis outras unidades em Harvard⁴⁵.

Harvard inovou ao inverter as opções de depósito dos trabalhos acadêmicos. Tornou como padrão o compartilhamento da produção de seu corpo docente (*opt-in*) mediante licença não exclusiva e irrevogável à

42 UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Open Access Policies*. Disponível em: Disponível em: <<https://osc.hul.harvard.edu/policies/>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

43 UNIVERSIDADE DE HARVARD. *About Harvard*. Disponível em: <<http://www.harvard.edu/about-harvard>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

44 PRIEST, Eric. *Copyright and the Harvard Open Access Mandate*. *Journal of Technology and Intellectual Property*, Chicago, v. 10, p. 381, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1890467>>. Acesso em 01 ago. 2016. UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Drafting a Policy*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/hoap/Drafting_a_policy>. Acesso em: 29 ago. 2016.

45 PRIEST, Eric. *Copyright and the Harvard Open Access Mandate*. *Journal of Technology and Intellectual Property*, Chicago, v. 10, p. 381, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1890467>>. Acesso em 01 ago. 2016.

Universidade, sem fins comerciais, para arquivar e distribuí-lo, a menos que o membro da faculdade decida expressamente em sentido diverso (*waiver, opt-out*), ou requeira o prolongamento do prazo para compartilhamento (*embargo period*)⁴⁶.

Esta seria a política mais acertada do que outras, que apenas sugerem ou incentivam a publicação em acesso aberto. Verdadeiramente, segundo consta no Harvard Open Access Project, *essa mera sugestão de depósito futuro equivale a não haver uma política de Acesso Aberto*⁴⁷. Sem essa medida, e considerando a cultura do *Open Access* ainda pouco disseminada, apenas 15 a 20 por cento dos professores teriam essa iniciativa voluntariamente⁴⁸.

Nesse formato adotado, considerando a aceitação da política pela comunidade acadêmica em Harvard, Universidade da Califórnia e *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), houve menos de 5% do total que recusaram conceder a licença dos trabalhos às Universidades⁴⁹.

Quanto à legalidade dessa imposição, a Universidade de Harvard acredita não haver qualquer empecilho, ao menos segundo a legislação norte-americana. As licenças não exclusivas, adotadas nessas medidas, estariam de acordo com a Seção 205, letra “e”, do *Copyright Act* de 1976⁵⁰. Até onde pudemos pesquisar, essas medidas continuam em vigor, de modo que não foram derrubadas por decisão judicial⁵¹. Ademais, deve-se ter em mente que essa política pode reduzir os custos de acesso ao conhecimento⁵².

A plataforma da instituição assegura que publicar artigos acadêmicos em formatos de acesso aberto aumentam o impacto e a audiência dos trabalhos⁵³. Ademais, ela permite ao pesquisador informações sobre os downloads e origem dos interessados com base no *Internet Protocol* (IP)⁵⁴.

Consequência direta dessa política é a redução de artigos publicados em plataformas fechadas ou com *copyright* tradicional. As editoras responsáveis pelas publicações tradicionais alegam que essa política acadêmica propicia falta de incentivo à compra de novas assinaturas⁵⁵.

Por outro lado, os defensores do Acesso Aberto e gestores acadêmicos reclamam dos preços exorbitantes cobrados por essas revistas e plataformas fechadas, bem como a progressiva inutilidade delas em razão

46 PRIEST, Eric. *Copyright and the Harvard Open Access Mandate*. *Journal of Technology and Intellectual Property*, Chicago, v. 10, p. 381, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1890467>>. Acesso em 01 ago. 2016, UNIVERSIDADE DE HARVARD. Berkman Center for Internet & Society. *Good practices for university open-access policies*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/hoap/Good_practices_for_university_open-access_policies>. Acesso em: 29 jul. 2016.

47 UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Talking About a policy*. Disponível em: Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/hoap/Talking_about_a_policy>. Acesso em: 29 ago. 2016

48 PRIEST, Eric. *Copyright and the Harvard Open Access Mandate*. *Journal of Technology and Intellectual Property*, Chicago, v. 10, p. 381, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1890467>>. Acesso em 01 ago. 2016

49 UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Talking About a policy*. Disponível em: Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/hoap/Talking_about_a_policy>. Acesso em: 29 ago. 2016

50 § 205 . Recordation of transfers and other documents [...] (e) **Priority between Conflicting Transfer of Ownership and Nonexclusive License**. — A nonexclusive license, whether recorded or not, prevails over a conflicting transfer of copyright ownership if the license is evidenced by a written instrument signed by the owner of the rights licensed or such owner’s duly authorized agent, and if (1) the license was taken before execution of the transfer; or (2) the license was taken in good faith before recordation of the transfer and without notice of it.. Disponível em: <http://www.copyright.gov/title17/92chap2.html#205>

51 O processo judicial que ganhou notoriedade foi movido por associação de pessoas com deficiência auditiva contra Harvard e MIT pelo fato dessas Universidades não inserirem o recurso “closed caption” em seus cursos online. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2015/02/13/education/harvard-and-mit-sued-over-failing-to-caption-online-courses.html?_r=0>. Acesso em: 01 jul. 2016

52 PRIEST, Eric. *Copyright and the Harvard Open Access Mandate*. *Journal of Technology and Intellectual Property*, Chicago, v. 10, p. 381, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1890467>>. Acesso em 01 ago. 2016

53 UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Digital Scholarship at Harvard*. Disponível em: <<https://dash.harvard.edu/>>. Acesso em: 01 ago. 2016

54 PRIEST, Eric. *Copyright and the Harvard Open Access Mandate*. *Journal of Technology and Intellectual Property*, Chicago, v. 10, p. 381, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1890467>>. Acesso em 01 ago. 2016

55 PRIEST, Eric. *Copyright and the Harvard Open Access Mandate*. *Journal of Technology and Intellectual Property*, Chicago, v. 10, p. 381, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1890467>>. Acesso em 01 ago. 2016

das formas colaborativas de intercâmbio de informações permitidas pela democratização do acesso à Internet⁵⁶. Mesmo assim, Harvard possui fundo para reembolso dos autores que publicam em revistas de Acesso Aberto (*Gold OA*) cujo modelo de negócios cobra taxa dos pesquisadores⁵⁷.

Reportagem do jornal *The Guardian* publicada em 2012 mostrou que mesmo Harvard, sabidamente possuidora de muitos recursos financeiros, manifestou não poder custear os cerca de 40 mil Libras por assinatura de uma única revista, bem como aumentos da ordem de 145% nos seis anos anteriores das duas maiores editoras⁵⁸. Esse embate motivou boicote à editora holandesa Elsevier por muitos autores e instituições. Robert Darnton, então diretor da biblioteca de Harvard, declarou ao citado jornal:

Eu espero que outras universidades adotem medidas semelhantes. Nós todos enfrentamos o mesmo paradoxo. Nós pesquisamos, escrevemos artigos, julgamos artigos de outros pesquisadores, participamos de conselhos editoriais, tudo de graça...e compramos os resultados do nosso trabalho a preços ultrajantes. [...] o sistema é absurdo e inflige danos terríveis às bibliotecas. Um ano de acesso ao *Journal of Comparative Neurology* custa o mesmo que 300 monografias. Nós simplesmente não podemos continuar a pagar crescentes preços de assinaturas. Em longo prazo, a resposta será a publicação em Open Access, mas nós precisamos de um esforço conjunto para atingir essa meta⁵⁹

Percebe-se que a política inovadora de Harvard para Open Access criou condições satisfatórias para o progresso e disseminação do Acesso Aberto, não só internamente nos EUA, mas em diversos países do mundo.

Isso ocorreu em função da posição elevada da Universidade, que influenciou outros centros de pesquisa sobre a importância e a correlação entre Acesso Aberto e as missões institucionais das entidades de ensino.

5.2. Universidade da Califórnia

A Universidade da Califórnia está comprometida com a pesquisa e a difusão do conhecimento o mais amplamente possível. Em particular, como parte de um sistema público de ensino, a Universidade é dedicada a tornar o seu conhecimento disponível ao povo da Califórnia e do mundo⁶⁰.

A Universidade da Califórnia (UC), fundada em 1869, é mantida com recursos do estado da Califórnia. Segundo informativo divulgado na página oficial da Universidade, cada dólar investido em pesquisa na UC resultou em outros sete em recursos federais e privados. Estimativa feita pela UC indica que são gastos anualmente USD 3,8 bilhões em pesquisa, o que a torna a maior Universidade pública em investimentos de pesquisa no mundo.

A Universidade da Califórnia adotou, em linhas gerais, políticas de propriedade intelectual e de Open Access semelhantes às de Harvard descritas acima. Desde 2013, incorporou os princípios do Acesso Aberto, válidos para suas 10 unidades, incluindo Berkeley e UCLA.

A política de Open Access inclui os trabalhos acadêmicos feitos por todos os empregados, professores e estudantes da Universidade. Os autores artigos acadêmicos acima descritos, por obrigação regimental, devem conceder licença não exclusiva à Universidade que permita a consulta gratuita da produção acadêmica

56 PRIEST, Eric. *Copyright and the Harvard Open Access Mandate*. *Journal of Technology and Intellectual Property*, Chicago, v. 10, p. 381, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1890467>>. Acesso em 01 ago. 2016

57 UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Harvard Open-Access Publishing Equity (HOPE)*. Disponível em: <<https://osc.hul.harvard.edu/programs/hope/>>. Acesso em: 01 ago. 2016

58 THE GUARDIAN. *Harvard University says it can't afford journal publishers' prices*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/science/2012/apr/24/harvard-university-journal-publishers-prices>>. Acesso em: 29 ago. 2016

59 THE GUARDIAN. *Harvard University says it can't afford journal publishers' prices*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/science/2012/apr/24/harvard-university-journal-publishers-prices>>. Acesso em: 29 ago. 2016

60 UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *UC Open Access Policies*. Disponível em: <<http://osc.universityofcalifornia.edu/open-access-policy/policy-text/systemwide-senate/>>. Acesso em: 04 ago. 2017

UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Policy Open Access*. Disponível em: <http://osc.universityofcalifornia.edu/wp-content/uploads/2015/11/UC-AP-15-0275_Open-Access.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016

pela Internet nos repositórios institucionais (*opt-in*)⁶¹.

Em princípio, essa política não atinge apenas as obras criadas anteriormente à publicação dela. Dessa forma, tantos pesquisadores da instituição, como de fora dela, podem se beneficiar do conhecimento produzido na Universidade. Tal licença não atribui a *titularidade* do *copyright* à Universidade. Apenas transfere *permissão não exclusiva* à instituição. O autor pode escolher qual modalidade da licença *Creative Commons* prefere utilizar, nas quais podem ser autorizadas modificações por terceiros, usos comerciais, *remix* e compartilhamentos futuros sob a mesma licença original⁶².

Em casos excepcionais, a requerimento do autor, essa permissão à Universidade pode não ser concedida. Tais situações podem ocorrer tanto de forma ampla, de não concessão, ou de forma restrita, por determinado período de tempo (*embargo*), conforme acordo entre editoras e autores, a ser autorizada pela Universidade⁶³.

Pesquisas financiadas pelo *National Institutes of Health* (NIH) devem, *obrigatoriamente*, ser enviadas à plataforma própria, em até doze meses da publicação original⁶⁴. Tal medida não prejudica a divulgação acadêmica da UC, que pode ser feita concomitantemente. Essa coordenação em nada prejudica os interesses envolvidos, na medida em que a UC recebeu cerca de USD 1,5 bilhão em 2007 para pesquisas na área da saúde⁶⁵. Obrigação semelhante decorre de verbas destinadas à pesquisa do *National Science Foundation* (NSF), sobre pesquisas advindas dessa esfera governamental de fomento, bem como à *White House Office of Science and Technology Policy* (OSTP).

A divulgação dos trabalhos científicos, mesmo que em mais de uma plataforma, antes de ser um problema, atinge o objetivo de ampliar o conhecimento científico da comunidade e dos contribuintes, que financiaram essas pesquisas. Eventualmente, caso autores desejem publicar seus artigos em Acesso Aberto e a plataforma original ser restrita a assinantes, ou cobrar dos autores para submissão, eles podem recorrer a um fundo destinado a essa finalidade, o *Open Access Publishing Fund*. Esses mesmos recursos já foram criados por Berkeley, Columbia, Cornell, Duke e Harvard⁶⁶.

Em Berkeley, o programa *Berkeley Research Impact Initiative* (BRII) reembolsa até 4 mil dólares aos autores que publicam em *Open Access* para custear os *Articles Processing Charges* (APC)⁶⁷. Segundo consta da página destinada a esse programa na Internet,

O propósito do programa BRII é fomentar e ampliar o acesso público ao trabalho dos acadêmicos de Berkeley, por encorajar a comunidade de Berkeley a tomar proveito dos benefícios das oportunidades de publicações. [...]. Sem as barreiras de acesso, pesquisadores de qualquer lugar no mundo podem ler os resultados acadêmicos dos autores de Berkeley; com maior número de leitores, Open Access tem o potencial de aumentar o impacto do conhecimento produzido em Berkeley⁶⁸.

Isso ocorre porque alguns *Journals* oferecem a modalidade Acesso Aberto aos artigos nas suas publica-

61 UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Policy Open Access*. Disponível em: <http://osc.universityofcalifornia.edu/wp-content/uploads/2015/11/UC-AP-15-0275_Open-Access.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

62 UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *UC Open Access Policies*. Disponível em: <<http://osc.universityofcalifornia.edu/open-access-policy/policy-text/systemwide-senate/>>. Acesso em: 04 ago. 2017

63 UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Get a Waiver, Embargo, or Addendum for your Publisher*. Disponível em: <<http://osc.universityofcalifornia.edu/open-access-policy/waiver-embargo-addendum/>>. Acesso em: 20 ago. 2016

64 UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *NIH Public Access Policy: Information for UC Authors*. Disponível em: <<http://osc.universityofcalifornia.edu/2008/09/nih-public-access-policy-information-for-uc-authors/>>. Acesso em: 28 ago. 2016

65 UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *NIH Public Access Policy: Information for UC Authors*. Disponível em: <<http://osc.universityofcalifornia.edu/2008/09/nih-public-access-policy-information-for-uc-authors/>>. Acesso em: 28 ago. 2016

66 UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Scholarly Communication: Berkeley Research Impact Initiative (BRII): Program Description*. Disponível em: <<http://guides.lib.berkeley.edu/brii>>. Acesso em: 28 ago. 2016

67 UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Scholarly Communication: Berkeley Research Impact Initiative (BRII): Program Description*. Disponível em: <<http://guides.lib.berkeley.edu/brii>>. Acesso em: 28 ago. 2016

68 UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Scholarly Communication: Berkeley Research Impact Initiative (BRII): Program Description*. Disponível em: <<http://guides.lib.berkeley.edu/brii>>. Acesso em: 28 ago. 2016

ções, mediante o pagamento de taxa pelo próprio pesquisador. Dessa forma, para oferecer o artigo imediatamente ao público, alguns fundos da UC são destinados a essa finalidade precípua⁶⁹.

Percebe-se, portanto, uma cultura consolidada de Acesso Aberto na UC, que não se resume ao incentivo à publicação mediante licenças não restritivas de propriedade intelectual. Mais do que isso, a instituição estuda o tema com profundidade, tem reconhecido comprometimento dos seus dirigentes e também criou fundos específicos destinados a permitir o acesso público e gratuito da comunidade aos artigos acadêmicos elaborados por seus integrantes.

5.3. Cenário Europeu e análise das políticas de Open Access das Universidades de Coimbra, Salamanca, Bolonha e Max Planck Society e agências de apoio financeiro à pesquisa

Acesso Aberto é uma realidade jurídica e técnica hoje. A questão não é mais “se” devemos ter Acesso Aberto. A questão é sobre “quando” devemos desenvolver e promovê-lo⁷⁰.

Os países continentais do ocidente europeu, na questão da propriedade intelectual, são regidos pelo sistema do *droit d'auteur*, em oposição ao *copyright*, de matriz britânica. A diferença mais significativa entre os dois modelos consiste na importância que os direitos morais recebem no primeiro modelo⁷¹. Um primeiro olhar poderia sugerir que as Universidades e centros de pesquisa regidos pelo sistema do *Droit D'Auteur* seriam mais reticentes a obrigar os alunos e professores a publicar seus trabalhos em plataformas institucionais. Todavia, ao que podemos pesquisar, essa premissa não possui base empírica.

Mesmo que, na sua maioria, as academias possuam alguma política de *Open Access*, muitas das obrigações de publicação dos resultados dos estudos decorrem das agências de fomento nacionais ou continentais.

Na Comunidade Europeia, sobretudo a partir do projeto *Horizons 2020*, que tem como finalidades o crescimento, a economia sustentável e a inovação, o Acesso Aberto possui importante destaque⁷². Segundo diretrizes desse projeto, os cidadãos não deveriam pagar pela informação financiada pelo poder público toda vez que ela for utilizada ou acessada. Dessa forma, cidadãos, pesquisadores e empresas inovadoras podem beneficiar a longo prazo⁷³.

Assim, todos os artigos ou projetos publicados com revisão (*peer review*) que receberam verbas, integrais ou parciais desse fundo, devem ter seus resultados publicados em *Open Access*, em prazo de até 12 meses. O *Horizons 2020* admite até reembolso, durante a validade da pesquisa beneficiada, para publicação em repositórios híbridos (parte restrita a assinantes e parte Acesso Aberto), que cobram os *Article Processing Charges* (APC)⁷⁴.

69 UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Open Access Initiative at Berkeley*. Disponível em: <<http://oa.berkeley.edu/>>. Acesso em: 28 ago. 2016

70 KROES, Neelie. *The Challenge of Open Access. p. 04-05*. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-716_en.htm>. Acesso em: 20 ago. 2016

71 ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1970. p. 622 ss.

72 COMUNIDADE EUROPÉIA. *Guidelines on Open Access to Scientific Publications and Research Data in Horizon 2020*. p. 02 Disponível em: <http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016

73 COMUNIDADE EUROPÉIA. *Guidelines on Open Access to Scientific Publications and Research Data in Horizon 2020*. p. 02 Disponível em: <http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016

74 COMUNIDADE EUROPÉIA. *Guidelines on Open Access to Scientific Publications and Research Data in Horizon 2020*. p. 02 Disponível em: <http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016. No original, “*Article 29.2 of the Model Grant Agreement sets out detailed legal requirements on open access to scientific publications: under Horizon 2020, each beneficiary must ensure open access to all peer-reviewed scientific publications relating to its results. To meet this requirement, beneficiaries must, at the very least, ensure that any scientific peer reviewed publications can be read online, downloaded and printed. Since any further rights - such as the right to copy, distribute, search, link, crawl and mine - make publications more useful, beneficiaries should make every effort to provide as many of these options as possible.*” Grifos presente do original.

5.3.1. Universidade de Coimbra

A Universidade de Coimbra, certamente, uma das instituições públicas mais importantes e antigas de Portugal, tem origens que remontam a 1290.⁷⁵ Coimbra subscreveu os princípios do Open Access em 2007 e, desde então, criou repositório institucional denominado “*Estudo Geral*” para depósito de trabalhos acadêmicos, que entrou em funcionamento um ano depois⁷⁶. Os integrantes da Universidade de Coimbra são *exortados* a publicar seus trabalhos acadêmicos, artigos revisados por pares, bem como dissertações e teses. Esse dever admite exceção parcial, mediante requerimento para o chamado “*embargo*”, devidamente justificado à instituição, cujo período não pode ser superior a seis anos⁷⁷.

Quando se trata de projetos vinculados à Fundação para a Ciência e Tecnologia, órgão do ministério da Educação e Ciência, os beneficiários precisam publicar os resultados das pesquisas na rede Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP), imediatamente, em regra, ou excepcionalmente em até 36 meses para teses de doutorado⁷⁸.

5.3.2. Universidade de Salamanca (USAL)

De natureza pública, a Universidade de Salamanca, fundada em 1218, é considerada juntamente com Coimbra, Oxford, Paris e Bolonha, uma das mais antigas universidades do mundo. A USAL mantém o repositório institucional GREDOS para depósito de trabalhos acadêmicos, bem como revistas em formato aberto para diferentes campos do saber. Conforme informativo da instituição, o GREDOS possui o maior número de trabalhos depositados da Espanha e o 68º maior do mundo. O repositório contém, além de trabalhos auto arquivados por seus pesquisadores, documentos históricos da Universidade, arquivo institucional, projetos desenvolvidos pela Universidade e material didático elaborado por seus integrantes⁷⁹.

As pessoas inscritas podem auto arquivar no repositório tanto teses, artigos, imagens, documentos, informativos, monografias, e outros recursos didáticos. A USAL *não obriga* os alunos a depositarem os trabalhos em formato aberto, a não ser nas situações em que órgãos financiadores, nacionais ou continentais impõem essa exigência aos bolsistas⁸⁰. O fundo do Principado de Astúrias, por exemplo, permite no máximo um período de tolerância de 6 meses para a divulgação das pesquisas em seu repositório aberto⁸¹.

5.3.3. Universidade de Bolonha

A Universidade de Bolonha (*Unibo*), de natureza pública, fundada ao final do século XI, é a instituição de ensino superior mais antiga em funcionamento do mundo ocidental.⁸² A Unibo possui uma biblioteca

75 UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *História da Universidade*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/sobrenos/historia>>. Acesso em: 21 jul. 2016

76 UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Repositório Digital da Universidade de Coimbra*. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2016

77 UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Política de Acesso Livre (open access) da Universidade de Coimbra*. Disponível em: <http://www.uc.pt/sibuc/Estudo_Geral/mandatoUC>. Acesso em: 21 jul. 2016

78 REPÚBLICA PORTUGUESA. *Política sobre Acesso Aberto a Publicações Científicas Resultantes de Projetos de I&D Financiados pela FCT*. Disponível em: http://www.fct.pt/documentos/PolíticaAcessoAberto_Publicacoes.pdf. Acesso em: 21 jul. 2016

79 UNIVERSIDADE DE SALAMANCA. *¿Qué es GREDOS?*. Disponível em: <www.bibliotecas.usal.es/?q=system/files/noticias/gredos_usal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2016

80 UNIVERSIDADE DE SALAMANCA. *Taller exprés Autoarchivo en el repositorio GREDOS (1ª edición)*. Disponível em: <http://eventum.usal.es/event_detalle/3154/detalle/taller-expres-autoarchivo-en-el-repositorio-gredos-1o-edicion.html>. Acesso em: 22 jul. 2016

81 ACESSO ABIERTO. *Política de acceso abierto del Principado de Asturias*. Disponível em: <<http://www.accesoabierto.net/node/17>>. Acesso em: 03 ago. 2016

82 UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *La nostra historia*. Disponível em: <<http://www.unibo.it/it/ateneo/chi-siamo/la-nostra-storia>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

digital, denominada *AlmaDL*, integrada aos princípios do Acesso Aberto⁸³. Os pesquisadores são *instigados* a depositar os trabalhos acadêmicos, especialmente trabalhos de láurea e teses de doutorado⁸⁴. Sobre essa últimas, os alunos podem depositar seus trabalhos em formato aberto ou em formato restrito, para consulta interna. Contudo, a interdição do acesso público (*embargo*), a pedido do autor, pode ocorrer pelo período de 12 prorrogáveis até 36 meses, no máximo, em casos justificados⁸⁵.

O programa, ainda, permite aos pesquisadores publicarem artigos acadêmicos em repositórios fechados ou híbridos na modalidade *Golden OA* e requerer financiamento da Comunidade Europeia. O fundo para essa destinação é de 4 milhões de Euros. Cada pesquisa pode obter de 2 a 6 mil Euros para que a revista permita a divulgação em formato Aberto⁸⁶.

5.3.4. Max Planck Society

Financiado pelo governo federal e estados membros, a Sociedade Max Planck se empenha em pesquisa básica voltada ao interesse público. Ela torna os resultados dos estudos disponíveis em prol da humanidade, sem custos, sempre que possível (Acesso Aberto), demanda fundamental da sociedade”⁸⁷.

Organização de direito privado sem fins lucrativos, a Max Planck Society (MPS), sediada e fundada em Berlim em 1948.⁸⁸ A instituição não oferece cursos de graduação ou pós graduação, mas possui termos de cooperação com outras Universidades, especialmente para doutorado.

O movimento e as iniciativas mundiais de Acesso Aberto não apenas foram abraçados no Max Planck, mas tiveram no seu âmago decisivo impulso, que se consolidou na elaboração da Declaração de Berlim em 2003. O MPS é cofundador do movimento internacional do Acesso Aberto⁸⁹. Percebe-se, portanto, que a instituição é um centro de reflexão, debates e conferências sobre modos de disseminar o conhecimento científico.

Internamente, pesquisadores do MPS são *instigados*, e não *obrigados* a publicar seus resultados em formatos abertos, mesmo que a instituição tenha como premissa de boas práticas científicas a disposição pública de pesquisa básica. O MPS considera as políticas de Acesso Aberto em suas decisões orçamentárias estratégicas e projetos para reconfigurar a publicação científica em modelos de negócio abertos⁹⁰. Publicações realizadas no MPS podem ser feitas ao mesmo tempo em formato de livros convencionais ou apenas de forma digital, esta sem custos, sem que uma modalidade prejudique a outra. A depender da situação, os pesquisadores podem optar pelo modelo “*Green Road*” e inserir os trabalhos no repositório institucional MPG *Publication Repository* (MPG PuRe). Em caso de opção pelo formato “*Golden Road*”, o MPS pode se comprometer a pagar por todas as taxas e custos correspondentes⁹¹.

83 UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *AlmaDL per l'Open Access*. Disponível em: <<http://www.sba.unibo.it/almadl/almadl-per-l-open-access>>. Acesso em: 22 jul. 2016

84 UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *AMS Tesi di Laurea e Tesi di Dottorato*. Disponível em: <<http://www.unibo.it/it/servizi-e-opportunita/servizi-online/servizi-online-per-studenti-1/guida-servizi-online-studenti/ams-tesi-di-laurea-e-tesi-di-dottorato>>. Acesso em: 22 nov. 2016

85 UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *Istruzioni per il deposito delle Tesi di Dottorato in formato digitale*. Disponível em: <http://amsdottorato.unibo.it/help/Istruzioni_dottorandi.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016.

86 UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *Ottenere finanziamenti per il Gold Open Access*. Disponível em: <<http://www.sba.unibo.it/it/almadl/almadl-per-l-open-access/ottenere-finanziamenti-per-il-gold-open-access>>. Acesso em: 22 nov. 2016

87 MAX PLANCK SOCIETY. *MPG Open Access Policy*. Disponível em: <https://openaccess.mpg.de/policy> Acesso em: 23 jul. 2016

88 MAX PLANCK SOCIETY. *Facts and Figures*. Disponível em: <<https://www.mpg.de/facts-and-figures>>. Acesso em: 12 dez. 2016

89 MAX PLANCK SOCIETY. *Copyright and Open Access Legal Expertise*. Disponível em: <<https://www.mpd.mpg.de/en/services/service-catalog/copyright>>. Acesso em: 23 jul. 2016

90 MAX PLANCK SOCIETY. *About Edition Open Access*. Disponível em: <<http://www.edition-open-access.de/introduction.html>>. Acesso em: 24 jul. 2016

91 MAX PLANCK SOCIETY. *About Edition Open Access*. Disponível em: <<http://www.edition-open-access.de/introduction>>.

A tendência mundial e do MPS, de modo particular, é paulatinamente se desvencilhar das publicações pagas pelos usuários e pesquisadores. Segundo estudo da instituição, o mercado de revistas acadêmicas circula 7,6 milhões de Euros a cada ano cujos financiamentos são preponderantemente públicos⁹².

O dinheiro gasto hoje com plataformas restritas aos pesquisadores, em termos de depósito e acesso, poderia perfeitamente financiar projetos de Acesso Aberto sem custos adicionais.⁹³ Com o amadurecimento das discussões desde a Declaração de Berlim de 2003 e apoio da Comunidade Europeia, surgiram propostas para iniciar uma transformação gradativa nesse mercado para o Acesso Aberto. Esta foi a razão do lançamento mundial do projeto *Open Access 2020*, (OA2020) custeado pela MPS. Acredita-se que em 4 a 5 anos, todo o financiamento público europeu em ciência migre inteiramente para publicações em abertas e não mais revistas científicas restritas a assinantes.

A iniciativa OA2020 tem como missão fortalecer a sustentabilidade dos modelos de *Open Access* e evitar a transferência de recursos a entidades que criam barreiras indevidas às publicações.⁹⁴ Procura reorganizar o fluxo de recursos em pesquisa no sistema de publicações acadêmicas. A proposta pode fortalecer os sistemas de administração de *peer-review*, edição e disseminação do Acesso Aberto.⁹⁵

Uma das premissas essenciais é o reconhecimento de que as revistas e plataformas convencionais de acesso condicionado a pagamento estão se tornando obsoletas. O modelo de cobrança de assinaturas era mais condizente com o tempo em que se fazia distribuição física. A democratização da internet e o incremento da digitalização permitiram que a distribuição não mais seja um problema, de modo que os centros de pesquisa podem alocar seus recursos para organizar suas próprias modalidades de publicação, com maior facilidade de acesso.⁹⁶ Não menos importante é a criação de um ambiente interinstitucional para diálogos, trocas de experiências e parcerias em âmbito global. Até hoje 70 instituições de ensino ao redor do mundo já assinaram a proposta⁹⁷.

5.3.5. Universidade de Heidelberg

A Universidade de Heidelberg, fundada em 1386, de natureza pública, é a mais antiga em funcionamento na Alemanha. A instituição *incentiva* seus estudantes e pesquisadores a publicar seus trabalhos acadêmicos na plataforma HeiDOK, segundo os princípios do Acesso Aberto, seja no formato *Gold OA*, seja no *Green OA*. A política institucional enfatiza que se trata apenas de *recomendação*, e não *obrigação*, pois declara valorizar a liberdade acadêmica⁹⁸.

Ademais, a Universidade oferece aos interessados recursos de fundo gerido pela instituição aos alunos que desejam publicar em Acesso Aberto nas revistas que trabalham, exclusivamente, nesse formato e que são financiadas mediante cobrança dos *Article Processing Charges* (APC). O valor por estudante pode chegar a 2 mil euros e cada um pode submeter até 3 por ano⁹⁹. A Fundação Alemã para Pesquisa, Deutsche Fors-

html>. Acesso em: 24 jul. 2016

92 MAX PLANCK SOCIETY. *Area-wide transition to open access is possible*. Disponível em: <https://openaccess.mpg.de/2121558/MPDL_Open_Access_White_Paper>. Acesso em: 23 jul. 2016.

93 SCHIMMER, R.; GESCHUHN, K. K.; VOGLER, A. *Disrupting the subscription journals' business model for the necessary large-scale transformation to open access*. Disponível em: <<http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/faces/viewItemOverviewPage.jspx?itemId=escidoc:2148961>> Acesso em: 24 nov. 2016

94 OPEN ACCESS 2020. *OA2020 Mission*. Disponível em: <<http://oa2020.org/mission/>>. Acesso em: 24 nov. 2016

95 OPEN ACCESS 2020. *About OA2020*. Disponível em: <<http://oa2020.org/about/>>. Acesso em: 24 nov. 2016

96 OPEN ACCESS 2020. *About OA2020*. Disponível em: <<http://oa2020.org/about/>>. Acesso em: 24 nov. 2016

97 OPEN ACCESS 2020. *Initiative for the large-scale transition to Open Access*. Disponível em: <http://oa2020.org/>>. Acesso em 24 nov. 2016

98 UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG. *Open Access Policy*. Disponível em: <https://www.uni-heidelberg.de/university/profile/openaccess/index.html>>. Acesso em: 31 jul. 2016

99 UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG. *Open Access Publishing Fund*. Disponível em: <<http://www.ub.uni-heidelberg.de/Englisch/service/openaccess/publikationsfonds.html>> Acesso em: 31 jul. 2016

chungsgemeinschaft (DFG), conveniada com Heidelberg, também segue os mesmos padrões de Acesso Aberto. As pesquisas financiadas com tais recursos têm prazo de até 12 meses (*embargo*) para depósito em repositórios conveniados¹⁰⁰.

5.4. Políticas de Acesso Aberto no Brasil

É importante recordarmos que a nossa lei de direitos autorais decorreu das pressões externas pela padronização e endurecimento das normas sobre propriedade intelectual. Apesar do discurso de proteção ao autor, a norma ensejou enfraquecimento dos interesses sociais frente aos privados. É marcada pelo arcaísmo de princípios, pouco familiarizada com os tempos de Internet, e acanhada nas limitações dos direitos que independem de autorização do titular¹⁰¹.

A ONG *Consumer's International* considerou a lei brasileira uma das piores leis do mundo tendo em vista os interesses da sociedade frente os direitos patrimoniais dos autores. Nos quesitos escopo, tempo de proteção e acesso à material didático pelos estudantes, a nossa lei de direitos autorais teve a pior classificação possível¹⁰².

O país adotou nos últimos anos importantes políticas públicas em Acesso Aberto. Como estratégia de divulgação científica, o Brasil criou em 1997, cinco anos antes das Declarações de Budapeste, a base SCIELO, que reúne mais de 200 revistas em formato aberto. Trata-se de política pública de rara felicidade, que nos tempos atuais, recebe mais de 1 milhão de acessos diariamente¹⁰³.

O Ministério da Educação (MEC) adotou medidas em Acesso Aberto que merecem referência: a Universidade Aberta do Brasil (UAB) e o WebEduc, portal de conteúdos educacionais do MEC.

A primeira delas, criada no ano de 2005, tem por objetivo ministrar conteúdos à distância, de forma gratuita, para a formação de pessoas com dificuldade de acesso ao ensino superior, prioritariamente profissionais de educação básica. O sistema articula conteúdo ministrado por Universidades Públicas federais e estaduais com centros de apoio, que fornecem estrutura física. Até o ano de 2010, o programa atendeu a mais de 127 mil pessoas.¹⁰⁴ Os materiais produzidos e ofertados na UAB são indexados no site da eduCAPES para consulta de toda sorte de interessados e pesquisadores.¹⁰⁵

O WebEduc, vinculado ao MEC, oferece ao público uma diversidade de materiais em Acesso Aberto. Desde softwares educacionais abertos, portais educacionais de diferentes estados da federação, cursos sobre educação e o portal brasileiro de domínio público.¹⁰⁶

O Portal de Periódicos da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), desde o ano 2000, talvez constitua a política pública de maior impacto para subsidiar o acesso à publicação científica brasileira. Esse programa permitiu a diminuição do custo médio por usuário, o acesso universal a periódicos internacionais e bases de dados e a normalização da oferta de obras de referências nas bibliotecas universitárias.¹⁰⁷

100 DEUTSCHE FORSCHUNGSGEMEINSCHAFT. *Guidelines Open Access Publishing*. Disponível em: <http://www.dfg.de/formulare/12_20/12_20_en.pdf> Acesso em: 12 dez. 2016

101 ARIENTE, Eduardo. *A Função Social da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 130

102 CONSUMER'S INTERNATIONAL. *Consumers International IP Watchlist Report 2012*. p. 01-02. Disponível em: <<http://a2knetwork.org/consumers-international-ip-watchlist-report-2012>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

103 PACKER, Abel et al. (Org.). *SciELO – 15 Anos de Acesso Aberto: um estudo analítico sobre Acesso Aberto e comunicação científica*. Paris: UNESCO, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.7476/9789237012376>>. Acesso em: 13 out. 2016

104 BRASIL. Ministério da Educação. *Universidade Aberta do Brasil*. Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/uab>>. Acesso em: 25 nov. 2016

105 BRASIL. Ministério da Educação. *Portal euCAPES*. Disponível em: <<https://educapes.capes.gov.br/>> Acesso em: 25 nov. 2016

106 BRASIL. Ministério da Educação. *Portal de Conteúdos Educacionais do MEC*. Disponível em: <<http://webeduc.mec.gov.br/>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

107 ALMEIDA, Elenara; GUIMARÃES, Jorge Almeida; ALVES, Teresa Gama. Dez anos do Portal de Periódicos da Capes:

As entidades de ensino e pesquisa beneficiárias desta política são tanto públicas quanto privadas. No caso das entidades privadas, o acesso está condicionado à avaliação da qualidade dos programas de pós-graduação. Contudo, pode-se afirmar que se trata de acesso majoritariamente gratuito, a não ser para instituições privadas sem programas de pós-graduação.¹⁰⁸ O controle do acesso é realizado pela identificação do *Internet Protocol* (IP) da máquina conectada à Internet pelas instituições credenciadas.¹⁰⁹

O custo do acesso por arquivo baixado no portal declinou de 4,53 Dólares em 2001 para 1,56 em 2009. Este poder de barganha que se obteve pela centralização dos recursos certamente colaborou para a redução dos custos de acesso ao conhecimento científico no país. Da mesma sorte, impactou no orçamento das revistas e portais, antes pagos por usuários e universidades. Caso adquiridos isoladamente pelas instituições de pesquisa, o acesso aos mesmos conteúdos seria 7 vezes maior.¹¹⁰

O orçamento da CAPES para esse portal evoluiu de 10 milhões de Dólares em 2001 para 105 milhões de Dólares em 2015. Em razão da elevação do Dólar frente ao Real, em 2016, a instituição teria negociado reduzir em 20% esse valor com os editores sem perda de conteúdo, o equivalente a 85 milhões de Dólares.¹¹¹

Efetivamente, o Portal de Periódicos abrange não somente periódicos eletrônicos, mas também bases de dados; livros eletrônicos, enciclopédias, dicionários, relatórios e dados estatísticos, e o banco de teses e dissertações da CAPES.¹¹² Nesse sentido, sobre estratégias de publicação científicas, vale registrar a Portaria n. 13/2006 da CAPES sobre divulgação online de teses e dissertações¹¹³.

O artigo 5º da citada norma assim descreve:

Art. 5º O financiamento de trabalho com verba pública, sob forma de bolsa de estudo ou auxílio de qualquer natureza concedido ao Programa, induz à obrigação do mestre ou doutor apresentá-lo à sociedade que custeou a realização, aplicando-se a ele as disposições desta Portaria (grifos nossos).

Dessa forma, a Portaria determina que os bolsistas da CAPES devem, por obrigação regimental, publicar seus trabalhos de final de curso em repositórios aberto. Ademais, busca inserir a publicação dos trabalhos como indicador da qualidade dos cursos superiores no país¹¹⁴. Assim, a divulgação dos trabalhos acadêmicos de final dos cursos superiores deveria ser obrigatória como regra, *salvo nas duas exceções que a norma especifica: sigilo industrial ou ético.*¹¹⁵

histórico, evolução e utilização. *Revista Brasileira de Pós-Graduação RBPG*, Brasília, v. 7, n. 13, p. 218 - 246, nov. 2010. Disponível em: <<http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/viewFile/194/188>>. Acesso em: 24 nov. 2016

108 ALMEIDA, Elenara; GUIMARÃES, Jorge Almeida; ALVES, Teresa Gama. Dez anos do Portal de Periódicos da Capes: histórico, evolução e utilização. *Revista Brasileira de Pós-Graduação RBPG*, Brasília, v. 7, n. 13, p. 218 - 246, nov. 2010. Disponível em: <<http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/viewFile/194/188>>. Acesso em: 24 nov. 2016

109 COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Portal Periódicos*. <<http://www.periodicos.capes.gov.br/>>. Acesso em: 24 nov. 2016

110 ALMEIDA, Elenara; GUIMARÃES, Jorge Almeida; ALVES, Teresa Gama. Dez anos do Portal de Periódicos da Capes: histórico, evolução e utilização. *Revista Brasileira de Pós-Graduação RBPG*, Brasília, v. 7, n. 13, p. 218 - 246, nov. 2010. Disponível em: <<http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/viewFile/194/188>>. Acesso em: 24 nov. 2016

111 TUFFANI, Mauricio. *Capes negocia redução de US\$ 20 milhões em contratos e mantém Portal de Periódicos*. Disponível em: <<http://www.diretodaciencia.com/2016/05/18/capes-negocia-reducao-de-us-20-milhoes-em-contratos-e-mantem-portal-de-periodicos/>>. Acesso em: 24 nov. 2016. A presente matéria, mesmo sendo fonte indireta, foi a única que elaborou gráficos e entrevistas com os representantes da instituição. Nem os portais da CAPES e do Ministério da Educação divulgaram as mesmas informações com tamanho detalhamento.

112 ALMEIDA, Elenara; GUIMARÃES, Jorge Almeida; ALVES, Teresa Gama. Dez anos do Portal de Periódicos da Capes: histórico, evolução e utilização. *Revista Brasileira de Pós-Graduação RBPG*, Brasília, v. 7, n. 13, p. 218 - 246, nov. 2010. Disponível em: <<http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/viewFile/194/188>>. Acesso em: 24 nov. 2016

113 COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Portaria nº 013 de 15 de fevereiro de 2006*. Disponível em <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/legislacao/Portaria_013_2006.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2016

114 COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Portaria nº 013 de 15 de fevereiro de 2006*. Disponível em <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/legislacao/Portaria_013_2006.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2016

115 COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Portaria nº 013 de 15 de fevereiro*

5.4.1. Universidade de São Paulo

A Universidade de São Paulo, considerada a maior Universidade pública do Brasil, foi criada em 1934¹¹⁶. Os repositórios institucionais da USP, segundo Sueli Mara Ferreira, objetivaram disponibilizar o acesso público à produção intelectual Universidade, preservação da memória institucional, bem como integração dos sistemas¹¹⁷. O projeto de criação de repositório institucional começou em 2009 e foi efetivado três anos depois¹¹⁸. Paralelamente à implantação das etapas técnicas, ocorreu um processo de *divulgação e convencimento* para que os autores na Universidade pudessem indexar e submeter os seus trabalhos nessas plataformas¹¹⁹.

Sobre a disponibilização de dissertações e teses, vigora, atualmente, na USP a Resolução 5401/07, do Conselho da Pós-Graduação. Tal norma permite que o aluno, ao concluir mestrado ou doutorado, *mediante requerimento devidamente justificado*, deixe de autorizar publicação na íntegra do seu trabalho por dois anos, prorrogável uma vez por mais dois (*embargo*). *Não se admite a recusa de publicação após esse período (waiver)*. O documento não especifica as balizas da aceitação ou não do pedido de retardamento da divulgação do trabalho¹²⁰. Parece-nos que as justificativas não poderiam ser outras, tal como cessão de direito patrimonial a editora, mas apenas aquelas descritas pela regulação da CAPES acima descrita.

Vale recordar que nenhuma modalidade de Acesso Aberto requer a transferência total dos direitos patrimoniais, mas direitos não exclusivos, e ainda segundo o formato que o pesquisador entender mais adequado, conforme as diversas licenças *Creative Commons*.

5.4.2. Universidade Federal do Paraná (UFPR)

A UFPR, de natureza pública, fundada em 1913, é a Universidade mais antiga do Brasil.¹²¹ O depósito dos trabalhos de pós-graduação *Stricto Senso* é obrigatório aos alunos, tanto em formato físico quanto digital. Caso o estudante não queira ou não possa divulgar o trabalho, deve preencher formulário em que declinará as razões desse impedimento, bem como o tempo necessário para liberar a divulgação¹²².

Os documentos indicados pela UFPR para entrega das teses e dissertações dos seus pesquisadores mencionam especificamente a Portaria CAPES n. 13/06. A grande novidade das políticas de Acesso Aberto na UFPR é a *Resolução N° 10/14 – CEPE*, a qual atribui, para fins de progressão de carreira, pontuação extra de 25% aos funcionários que publicaram no repositório institucional material de Recursos Educacionais

de 2006. Disponível em <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/legislacao/Portaria_013_2006.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2016. Art. 2º “Por ocasião do envio dos relatórios para acompanhamento e avaliação o programa deverá apresentar a justificativa para a eventual ausência de depósito de obra, na forma disciplinada por esta Portaria, motivada pela proteção ao sigilo industrial ou ético?”. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/legislacao/Portaria_013_2006.pdf> Acesso em 24 nov. 2016

116 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *A História da USP*. Disponível em: <<http://www5.usp.br/institucional/a-usp/historia/>>. Acesso em: 19 jul. 2016

117 FERREIRA, Sueli Mara. Repositório Institucional em uma Universidade Pública Brasileira: a experiência da Universidade de São Paulo. In: CONFERÊNCIA LUSO-BRASILEIRA SOBRE ACESSO ABERTO, I, Braga, 2010. Disponível em <<http://www.producao.usp.br/handle/B DPI/43880>>. Acesso em: 19 jul. 2016

118 DUDZIAK, E. A. *Registro da produção científica na USP: uma história que completa 30 anos*. Disponível em: <<http://www.sibi.usp.br/noticias/registro-producao-cientifica-usp-historia-30-anos>> Acesso em: 19 jul. 2016

119 FERREIRA, Sueli Mara. Repositório Institucional em uma Universidade Pública Brasileira: a experiência da Universidade de São Paulo. In: CONFERÊNCIA LUSO-BRASILEIRA SOBRE ACESSO ABERTO, I, Braga, 2010. Disponível em <<http://www.producao.usp.br/handle/B DPI/43880>> . Acesso em: 19 jul. 2016

120 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *RESOLUÇÃO CoPGr 5401, DE 17 DE ABRIL DE 2007*. Disponível em: <http://www.sibi.usp.br/Portaria-Resolucao/res_5401.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016

121 UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Histórico da UFPR*. Disponível em: <<http://www.ufpr.br/portalufpr/historico-2/>>. Acesso em: 28 jul. 2016

122 UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Entrega de Teses e Dissertações*. Disponível em: <http://www.portal.ufpr.br/teses_servicos.html>. Acesso em: 31 jul. 2016

Abertos – REA¹²³. Tais recursos, umbilicalmente ligados ao conceito de Acesso Aberto, precisam, necessariamente, ter fins educacionais, ser distribuídos em formato digital e ter licenças de propriedade intelectual não restritivas¹²⁴.

Assim, a UFPR inovou ao promover o conhecimento científico aberto em forma aberta, como em nenhum outro centro de pesquisa consultado, em termos de promoção dos funcionários que promovem essas práticas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observamos que todas as Universidades e centros de pesquisa consultados – Harvard, Universidade da Califórnia, Coimbra, Salamanca, Bolonha, Max Planck, Heidelberg, USP e UFPR – possuem políticas de Acesso Aberto.

Algumas, como Harvard e Universidade da Califórnia, mudaram o padrão do depósito dos trabalhos acadêmicos em licenças não restritivas. Em princípio, eles devem ser divulgados na plataforma institucional, a não ser que o pesquisador solicite um *embargo* por certo período de tempo. Tais instituições admitem até mesmo a recusa expressa do pesquisador mediante requerimento da publicação em formato eletrônico.

A nosso ver, essa forma de compartilhamento padrão é a mais adequada como política geral de um grande centro de pesquisa e não encontra qualquer óbice jurídico. A maioria dos demais centros de pesquisa *incentiva*, também, sem propriamente *exigir* ou *obrigar* a publicação digital dos trabalhos.

Aqui no Brasil, devemos louvar a Portaria CAPES n.13/06, que segue padrões científicos acertados e poderia ser mais divulgada e cumprida pelas academias. Também merece referência a plataforma SCIELO, que desde 1997, vem cumprindo inestimável função de divulgação científica de forma aberta. O Portal de Repositório da CAPES se mostrou de fundamental importância para facilitar o acesso de pesquisadores brasileiros às publicações científicas de mais alta referência. Nessa linha de práticas que merecem destaque, vale citar a Universidade Federal do Paraná, que de modo inovador, atribui adicional de pontuação para funcionários que publicam em Acesso Aberto, para fins de progressão de carreira.

Em regra, pudemos notar que a modalidade padrão é o não compartilhamento eletrônico, salvo se houver verba governamental envolvida, quando a publicação aberta se torna não somente *indicativa*, mas *cogente*, ainda que mediante algum prazo de tolerância.

Como regra, não há como sustentar direito autoral de não divulgação dos trabalhos acadêmicos, por sua incompatibilidade com os princípios que norteiam o funcionamento das próprias Universidades e das práticas científicas universalmente aceitas. Na pós-graduação, as Universidades de São Paulo, Federal do Paraná e Bolonha (apenas para teses de doutorado) em regra não permitem a restrição da publicação eletrônica depois do período de *embargo*.

Todos os órgãos pesquisados admitem algum tempo para que o autor autorize o oferecimento público da pesquisa (*embargo*), variável de 6 meses a até 4 anos. Algumas permitem reembolso aos pesquisadores para que os artigos tenham livre acesso (*Gold OA*), mesmo que outros artigos da revista sejam restritos a assinantes ou pagos pelos autores. Tal forma de publicação é incentivada, mesmo que dispendiosa, em razão do impacto trazido aos centros de pesquisa por revistas acadêmicas de renome internacional.

A partir do projeto *Open Access 2020*, as revistas acadêmicas, mesmo as de gabarito internacional, dei-

123 Para mais detalhes, ver página do REA Brasil: <http://www.rea.net.br/>

124 UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Programa Recursos e Práticas Educacionais Abertas (REA Paraná)*. Disponível em: <<http://www.portal.ufpr.br/rea.html>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

xarão, gradualmente, de receber recursos públicos e serão direcionadas às modalidades de Acesso Aberto. Essa, a nosso ver, representa tendência irreversível, ainda que o tempo de transição seja um pouco superior ao ano de 2020.

Considerando que grande parte dos financiamentos em pesquisa são públicos, ou de instituições privadas diretamente interessadas em reduzir esse tipo de despesa, os governos e corpo diretivo dos centros de pesquisa devem adotar políticas de Acesso Aberto para reduzir o custo de acesso às publicações científicas. Não devemos ignorar a pressão exercida por empresas que exercem a função de intermediárias do conhecimento. Em 2016, por exemplo, os contratos firmados pelo Portal de Periódicos da CAPES com plataformas e bases de dados fechadas estavam estimados em 85 milhões de Dólares.

As políticas mais elaboradas de Acesso Aberto mostraram ser fundamental apoio e envolvimento da estrutura administrativa, docentes e corpo diretivo das Universidades. Por vezes, faltam políticas institucionais de incentivo e conscientização aos alunos e pesquisadores sobre o significado e a importância do Acesso Aberto para as práticas científicas. No caso de Harvard, por estarem bem disseminadas as premissas e a importância do Acesso Aberto, menos do que 5% dos autores recusaram publicar nos portais da Universidade.

Ademais, são inspiradoras as formas pelas quais as comunidades de Harvard, Universidade da Califórnia e Max Planck Society dão relevo à disseminação do conhecimento aberto por integrantes dos seus quadros. Vale recordar a inestimável contribuição teórica que o movimento internacional da publicação científica em formato aberto obteve desses centros de pesquisa. O Max Planck Society, por exemplo, foi importante impulsionador do movimento internacional de Acesso Aberto a partir da Declaração de Berlim de 2003 e do projeto *Open Access 2020*.

As modalidades convencionais de Acesso Aberto não atentam contra os direitos autorais dos pesquisadores, tampouco contra a liberdade acadêmica. Pelo contrário, costumam deixar nas mãos deles a forma pela qual desejam publicar seus trabalhos: i) autoarquivamento na plataforma da instituição a que estão vinculados (Green OA), ii) em publicações abertas mediante revisão por pares (peer review) (Gold OA), estas posteriormente são fornecidas mediante licenças não exclusivas à academia, ou iii) mediante algum atraso da publicação original (*embargo period*), iv) em alguns casos, até mesmo decidir por não publicar em formatos abertos (*waiver*).

Quando se trata de pesquisas financiadas por instituições públicas ou privadas, a situação sofre importantes modificações. Não se costuma permitir a modalidade de evitar publicação em Acesso Aberto. Tal exigência, universalmente adotada, já costuma ser sabida pelo pesquisador ao requerer a verba ou bolsa ao assinar o contrato de auxílio financeiro.

Entendemos que tal obrigação poderia estar presente nas normas regimentais decorrentes da *missão pública* das Universidades, *ainda que não sejam públicas no seu regime jurídico, e mesmo que os pesquisadores não sejam bolsistas*. Sabemos, contudo, que essa visão ainda demandará tempo a ser aceita de forma mais ampla. As exceções a essa determinação devem sempre existir, mas ser analisadas caso a caso.

Assim, mesmo que haja embate entre direitos autorais e políticas de Acesso Aberto e regras contratuais de organismos de fomento de pesquisas que demandam publicação em formato não restritivo, devemos privilegiar o interesse coletivo de acesso à informação científica. Isto porque tais políticas institucionais, há tempo adotadas internacionalmente pela comunidade científica tendem a se disseminar ainda mais.

Da amostra que pudemos analisar, acreditamos que as políticas de acesso aberto são práticas científicas aceitas em diversas universidades e agências de fomento de renome do mundo ocidental, tal como a CAPES do Brasil, o *National Institutes of Health* (NIH), o *National Science Foundation* (NSF), o *Office of Science and Technology Policy* (OSTP) do EUA, o Projeto *Horizons 2020* da Comunidade Européia, o Fundo do Principado de Astúrias da Espanha, a Fundação para a Ciência e Tecnologia de Portugal, a Fundação Alemã para Pesquisa (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*). Com efeito, é lícito concluirmos que a divulgação científica de forma aberta

prestigia valores do ordenamento jurídico internacional, como o direito à educação, a democratização do acesso à cultura e à informação, eficiência, publicidade, promoção do desenvolvimento e da inovação, sem macular direitos morais ou patrimoniais dos autores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACESSO ABIERTO. *Política de acceso abierto del Principado de Asturias*. Disponível em: <<http://www.accesoabierto.net/node/17>>. Acesso em: 03 ago. 2016

ALBAGLI, Sarita. *Ciência Aberta em questão*. In ALBAGLI, Sarita; MACIEL, Maria Lúcia; ABDO, Alexandre Hannud (Org.). *Ciência Aberta, questões abertas*. Rio de Janeiro: IBCIT, 2015.

ALMEIDA, Elenara; GUIMARÃES, Jorge Almeida; ALVES, Teresa Gama. Dez anos do Portal de Periódicos da Capes: histórico, evolução e utilização. *Revista Brasileira de Pós-Graduação RBPG*, Brasília, v. 7, n. 13, p. 218 - 246, nov. 2010. Disponível em: <<http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/viewFile/194/188>>. Acesso em: 24 nov. 2016

ARIENTE, Eduardo. *A Função Social da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1970

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001

BARBOSA, Dênis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks*. New Haven: Yale University Press, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito do Autor*. São Paulo: RT, 1992.

BRASIL. Ministério da Educação. *Portal de Conteúdos Educacionais do MEC*. Disponível em: <<http://webeduc.mec.gov.br/>>. Acesso em: 25 nov. 2016

BRASIL. Ministério da Educação. *Universidade Aberta do Brasil*. Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/uab>>. Acesso em: 25 nov. 2016

BUDAPEST ONLINE INITIATIVE. *Dez anos da Iniciativa de Budapeste em Acesso Aberto: a abertura como caminho a seguir*.

COMUNIDADE EUROPÉIA. *Guidelines on Open Access to Scientific Publications and Research Data in Horizon 2020*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016

CONSUMER'S INTERNATIONAL. *Consumers International IP Watchlist Report 2012*. Disponível em <<http://a2knetwork.org/consumers-international-ip-watchlist-report-2012>> Acesso em: 01 ago. 2016.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Portaria nº 013 de 15 de fevereiro de 2006*. Disponível em <https://www.capes.gov.br/images/stories/download/legislacao/Portaria_013_2006.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2016

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Portal Periódicos*. <<http://www.periodicos.capes.gov.br/>>. Acesso em: 24 nov. 2016

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 223-245, 2015.

DEUTSCHE FORSCHUNGSGEMEINSCHAFT. *Guidelines Open Access Publishing*. Disponível em: <http://www.dfg.de/formulare/12_20/12_20_en.pdf> Acesso em: 12 dez. 2016

DUDZIAK, E. A. *Registro da produção científica na USP: uma história que completa 30 anos*. Disponível em: <<http://www.sibi.usp.br/noticias/registro-producao-cientifica-usp-historia-30-anos>> Acesso em: 19 jul. 2016

FERREIRA, Sueli Mara. Repositório Institucional em uma Universidade Pública Brasileira: a experiência da Universidade de São Paulo. In: CONFERÊNCIA LUSO-BRASILEIRA SOBRE ACESSO ABERTO, I, Braga, 2010. Disponível em <<http://www.producao.usp.br/handle/BDPI/43880>> . Acesso em: 19 jul. 2016

FREIRE, José Donizetti. *CNPq e o acesso aberto à informação científica*. 2011. 275 f., il. Tese (Doutorado em Ciência da Informação)-Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/9385>>. Acesso em: 25 nov. 2016

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Taxa de analfabetismo funcional de 2001 a 2009*. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=4&op=0&vcodigo=PD384&t=taxa-analfabetismo-funcional>>. Acesso em: 24 nov. 2016

INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. *Indicador de alfabetismo funcional 2015*. p. 9-10. Disponível em: <<http://www.ipm.org.br/pt-br/programas/inaf/relatoriosinafbrasil/Paginas/Inaf-2015---Alfabetismo-no-Mundo-do-Trabalho.aspx>>. Acesso em: 23 nov. 2016

KRETSCHMANN, Angela. O Papel da Dignidade Humana em Meios aos Desafios do Acesso Aberto e do Acesso Universal Perante o Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011

KROES, Neelie. *The Challenge of Open Access*. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-716_en.htm> Acesso em: 20 jul. 2016

LISOWSKI, Telma Rocha. As políticas públicas de acesso e difusão da cultura no Brasil e o caso do Programa Nacional de Apoio à Cultura. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 156-169, 2015.

MACHADO, Jorge A. S.; CRAVEIRO, Gisele. Reprodução proibida: financiamento público e direitos de cópia privados. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 485-509, set. 2011. Disponível em: <<http://liinc.revista.ibict.br/index.php/liinc/article/viewFile/441/327>> Acesso em: 13 out. 2016

MACHADO, Jorge. Difusão do conhecimento e inovação - o Acesso Aberto a publicações científicas. In: BAUMGARTEN, M. (Ed.) *Conhecimento e Redes - Sociedade Política e Inovação*. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Disponível em: <http://www.forum-global.de/jm/art04-05/jorge_machado-acesso_aberto.html> . Acesso em: 10 ago. 2016

MAX PLANCK SOCIETY. *A portrait of the Max Planck Society*. Disponível em: <<https://www.mpg.de/short-portrait>>. Acesso em: 23 jul. 2016

MAX PLANCK SOCIETY. *About Edition Open Access*. Disponível em: <<http://www.edition-open-access.de/introduction.html>>. Acesso em: 24 jul. 2016

MAX PLANCK SOCIETY. *Area-wide transition to open access is possible*. Disponível em: <https://openaccess.mpg.de/2121558/MPDL_Open_Access_White_Paper>. Acesso em: 23 jul. 2016

- MAX PLANCK SOCIETY. *Copyright and Open Access Legal Expertise*. Disponível em: <<https://www.mpdl.mpg.de/en/services/service-catalog/copyright>>. Acesso em: 23 jul. 2016
- MAX PLANCK SOCIETY. *Disrupting the subscription journals' business model for the necessary large-scale transformation to open access: A Max Planck Digital Library Open Access Policy White Paper*. Disponível em: <http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:2148961:7/component/escidoc:2149096/MPDL_OA-Transition_White_Paper.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2016
- MAX PLANCK SOCIETY. *Facts and Figures*. Disponível em: <<https://www.mpg.de/facts-and-figures>>. Acesso em: 12 dez. 2016
- MAX PLANCK SOCIETY. *MPG Open Access Policy*. Disponível em: <https://openaccess.mpg.de/policy>. Acesso em: 23 jul. 2016
- MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função Social da Propriedade Intelectual: Compartilhamento de Arquivos e Direitos Autorais da CF/88*. 2007. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007.
- NATIONAL INSTITUTE OF HEALTH (NIH). [Homepage]. Disponível em: <www.pubmedcentral.nih.gov>. Acesso em: 24 jul. 2016
- NATIONAL SCIENCE FOUNDATION (NSF). *Dissemination and Sharing of Research Results*. Disponível em: <http://www.nsf.gov/pubs/policydocs/pappguide/nsf11001/aag_6.jsp#VID4>. Acesso em: 24 jul. 2016
- OFFICE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY POLICY. *OSTP Public Access Policy Forum*. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/administration/eop/ostp/library/publicaccesspolicy>>. Acesso em: 24 jul. 2016
- OPEN ACCESS 2020. Disponível em: <<http://oa2020.org/>>. Acesso em: 25 jul. 2016
- PACKER, Abel et al. (Org.). *SciELO – 15 Anos de Acesso Aberto: um estudo analítico sobre Acesso Aberto e comunicação científica*. Paris: UNESCO, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.7476/9789237012376>>. Acesso em: 13 out. 2016
- PARANAGUA, Pedro; BRANCO, Sergio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Série FGV Jurídica, 2009.
- PRIEST, Eric. *Copyright and the Harvard Open Access Mandate*. Chicago: Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1890467>>. Acesso em: 01 ago. 2016.
- RECSOS EDUCACIONAIS ABERTOS BRASIL. [Homepage]. Disponível em: <<http://www.rea.net.br/><. Acesso em: 01 jul. 2016
- REPÚBLICA PORTUGUESA. *Política sobre Acesso Aberto a Publicações Científicas Resultantes de Projetos de I&D Financiados pela FCT*. Disponível em: <http://www.fct.pt/documentos/PoliticaAcessoAberto_Publicacoes.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016
- SCHIMMER, R.; GESCHUHN, K. K.; VOGLER, A. *Disrupting the subscription journals' business model for the necessary large-scale transformation to open access*. Disponível em: <<http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/faces/viewItemOverviewPage.jspx?itemId=escidoc:2148961>>. Acesso em: 24 nov. 2016
- SHIEBER, Stuart; SUBER, Peter. *Good Practices for Universities Open Access Policies*. Disponível em: <<http://cyber.lam.harvard.edu/hoap/sites/hoap/images/Goodpracticesguide-2015.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2016
- SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2012
- STALLMAN, Richard. M. *Free Software, Free Society*. Boston: GNU Press, 2002
- SUBER, Peter. *Open Access*. Cambridge: MIT Press, 2012.

THE GUARDIAN. *Harvard University says it can't afford journal publishers' prices*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/science/2012/apr/24/harvard-university-journal-publishers-prices>>. Acesso em: 29 ago. 2016

TUFFANI, Mauricio. *Capes negocia redução de US\$ 20 milhões em contratos e mantém Portal de Periódicos*. Disponível em: <<http://www.diretodaciencia.com/2016/05/18/capes-negocia-reducao-de-us-20-milhoes-em-contratos-e-mantem-portal-de-periodicos/>>. Acesso em: 24 nov. 2016

UNESCO. *Convenção de Berna para a proteção de obras literárias e artísticas*. Disponível em: <http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf> Consulta em 01 ago. 2016

UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Get a Waiver, Embargo, or Addendum for your Publisher*. Disponível em: <<http://osc.universityofcalifornia.edu/open-access-policy/waiver-embargo-addendum/>>. Acesso em: 20 ago. 2016

UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *NIH Public Access Policy: Information for UC Authors*. Disponível em: <<http://osc.universityofcalifornia.edu/2008/09/nih-public-access-policy-information-for-uc-authors/>>. Acesso em: 28 ago. 2016

UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Open Access Funds*. Disponível em: <<http://osc.universityofcalifornia.edu/scholarly-publishing/open-access/open-access-funds/>>. Acesso em: 28 ago. 2016

UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Open Access Initiative at Berkeley*. Disponível em: <<http://oa.berkeley.edu/>>. Acesso em: 28 ago. 2016

UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Policy Open Access*. Disponível em: <http://osc.universityofcalifornia.edu/wp-content/uploads/2015/11/UC-AP-15-0275_Open-Access.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016

UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Scholarly Communication: Berkeley Research Impact Initiative (BRII): Program Description*. Disponível em: <<http://guides.lib.berkeley.edu/brii>>. Acesso em: 28 ago. 2016

UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *Scholarly publishing, Funding & Support*. Disponível em: <<http://osc.universityofcalifornia.edu/scholarly-publishing/funding-support/>>. Acesso em: 28 ago. 2016

UNIVERSIDADE DA CALIFORNIA. *UC Open Access Policies*. Disponível em: <<http://osc.universityofcalifornia.edu/open-access-policy/policy-text/systemwide-senate/>>. Acesso em: 04 ago. 2017

UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *AMS Tesi di Laurea e Tesi di Dottorato*. Disponível em: <<http://www.unibo.it/it/servizi-e-opportunita/servizi-online/servizi-online-per-studenti-1/guida-servizi-online-studenti/ams-tesi-di-laurea-e-tesi-di-dottorato>>. Acesso em: 22 nov. 2016

UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *Istruzioni per il deposito delle Tesi di Dottorato in formato digitale*. Disponível em: <http://amsdottorato.unibo.it/help/Istruzioni_dottorandi.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016

UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *La nostra storia*. Disponível em: <<http://www.unibo.it/it/ateneo/chisiamo/la-nostra-storia>>. Acesso em: 22 nov. 2016

UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *L'Università oggi: tra numeri e innovazione*. Disponível em: <<http://www.unibo.it/it/ateneo/chisiamo/luniversita-oggi-tra-numeri-e-innovazione>>. Acesso em: 12 dez. 2016

UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *Umberto Eco*. Disponível em: <<http://www.unibo.it/it/ateneo/chisiamo/la-nostra-storia/personaggi-celebr-ospiti-e-allievi-illustri/umberto-eco>>. Acesso em: 22 nov. 2016

UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *AlmaDL per l'Open Access*. Disponível em: <<http://www.sba.unibo.it/it/almadl/almadl-per-l-open-access>>. Acesso em: 22 nov. 2016

UNIVERSIDADE DE BOLONHA. *Ottenere finanziamenti per il Gold Open Access*. Disponível em: <<http://www.sba.unibo.it/it/almadl/almadl-per-l-open-access/ottenere-finanziamenti-per-il-gold-open-access>>.

Acesso em: 22 nov. 2016

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Repositório Digital da Universidade de Coimbra* Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/>>. Acesso em: 22 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *História da Universidade*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/sobrenos/historia>>. Acesso em: 21 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Números:: Facts & Figures*. Disponível em: <<http://www.uc.pt/dados>>. Acesso em: 21 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Política de Acesso Livre (open access) da Universidade de Coimbra*. Disponível em: <http://www.uc.pt/sibuc/Estudo_Geral/mandatoUC>. Acesso em: 21 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE HARVARD. *About Harvard*. Disponível em: <<http://www.harvard.edu/about-harvard>>. Acesso em: 29 ago. 2016

UNIVERSIDADE DE HARVARD. Berkman Center for Internet & Society. *Drafting a policy*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/hoap/Drafting_a_policy#Waiver_option>. Acesso em: 29 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE HARVARD. Berkman Center for Internet & Society. *Good practices for university open-access policies*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/hoap/Good_practices_for_university_open-access_policies>. Acesso em: 29 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Digital Scholarship at Harvard*. Disponível em: <<https://dash.harvard.edu/>>. Acesso em: 01 ago. 2016

UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Drafting a Policy*. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/hoap/Drafting_a_policy>. Acesso em: 29 ago. 2016

UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Harvard at a glance*. Disponível em: <<http://www.harvard.edu/about-harvard/harvard-glance>>. Acesso em: 29 ago. 2016

UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Harvard Open-Access Publishing Equity (HOPE)*. Disponível em: <<https://osc.hul.harvard.edu/programs/hope/>>. Acesso em: 01 ago. 2016

UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Open Access Policies*. Disponível em: Disponível em: <<https://osc.hul.harvard.edu/policies/>>. Acesso em: 01 ago. 2016

UNIVERSIDADE DE HARVARD. *Talking About a policy*. Disponível em: Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/hoap/Talking_about_a_policy>. Acesso em: 29 ago. 2016

UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG. *Heidelberg University Nobel Laureates*. <<http://www.uni-heidelberg.de/university/history/nobellaureates.html>>. Acesso em: 31 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG. *History of Heidelberg University*. Disponível em: <<http://www.uni-heidelberg.de/university/history/history.html>>. Acesso em: 31 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG. *Open Access Policy*. Disponível em: <<https://www.uni-heidelberg.de/university/profile/openaccess/index.html>>. Acesso em: 31 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG. *Open Access Publishing Fund*. Disponível em: <<http://www.uni-heidelberg.de/Englisch/service/openaccess/publikationsfonds.html>> Acesso em: 31 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE HEIDELBERG. *Students and Early-Career Researchers*. Disponível em: <<http://www.uni-heidelberg.de/university/statistics/students.html>>. Acesso em: 31 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE SALAMANCA. *¿Qué es GREDOS?*. Disponível em: <www.bibliotecas.usal.es/?q=system/files/noticias/gredos_usal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE SALAMANCA. *Historia de la USAL*. Disponível em: <<http://www.usal.es/node/941>>. Acesso em: 22 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE SALAMANCA. *Taller exprés Autoarchivo en el repositorio GREDOS (1ª edición)*. Disponível em: <http://eventum.usal.es/event_detail/3154/detail/taller-expres-autoarchivo-en-el-repositorio-gredos-1o-edicion.html>. Acesso em: 22 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *A Historia da USP*. Disponível em: <<http://www5.usp.br/institucional/a-usp/historia/>>. Acesso em: 19 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Anuário 2015*. Disponível em: <<https://uspdigital.usp.br/anuario/AnuarioControle#>>. Acesso em: 19 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *RESOLUÇÃO CoPGr 5401, DE 17 DE ABRIL DE 2007*. Disponível em: <http://www.sibi.usp.br/Portaria-Resolucao/res_5401.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Universidade de São Paulo. A USP*. Disponível em: <<http://www5.usp.br/institucional/a-usp/>>. Acesso em: 19 jul. 2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Entrega de Teses e Dissertações*. Disponível em: <http://www.portal.ufpr.br/teses_servicos.html>. Acesso em: 31 jul. 2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Histórico da UFPR*. Disponível em: <<http://www.ufpr.br/portafulpr/historico-2/>>. Acesso em: 28 jul. 2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Programa Recursos e Práticas Educacionais Abertas (REA Paraná)*. Disponível em: <<http://www.portal.ufpr.br/rea.html>>. Acesso em: 31 jul. 2016.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Financiamento cultural no Brasil contemporâneo

Cultural financing in contemporary Brazil

Frederico Augusto Barbosa da
Silva

Financiamento cultural no Brasil contemporâneo*

Cultural financing in contemporary Brazil

Frederico Augusto Barbosa da Silva**

RESUMO

Este texto discute a dinâmica do financiamento cultural no governo federal brasileiro de 1995 a 2013. Descreve o contexto histórico e enfrenta alguns dos argumentos presentes no debate público sobre os princípios que podem justificar reformas na administração da cultura e da reconfiguração do modelo de financiamento das ações públicas na área. Além disso, enfrenta o debate destas ideias gerais à luz da pluralidade de critérios e instrumentos utilizados pela administração pública. A dialética entre as ideias gerais, instrumentos e práticas permite a delimitação mais precisa entre os paradigmas de financiamento ou modelos.

Palavras-chave: Financiamento de políticas públicas. Políticas culturais. Gastos culturais.

ABSTRACT

This text discusses the dynamics of cultural funding in the Brazilian federal government from 1995 to 2013. It describes the historical context and faces some of the arguments present in the public debate on the principles that can justify reforms in the administration of culture and reconfiguration of the stock financing model public in the area. Moreover, it faces discussion of these general ideas in the light of the plurality of criteria and instruments used by the public administration. The dialectic between general ideas, tools and practices allows for more precise delimitation between the financing paradigms or models.

Keywords: Financing of public policies. Cultural policies. Cultural spending.

* Recebido em 28/10/2016
Aprovado em 18/04/2017

** Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB) é professor do doutorado em Direito e Políticas Públicas do UNICEUB. É pesquisador da área de políticas públicas sociais e culturais. Desenvolveu inúmeras pesquisas avaliativas no campo da sociologia da ação pública e da economia da cultura, tendo publicado inúmeros livros e artigos sobre financiamento público, mercado de trabalho, consumo, práticas culturais, participação social, desenvolvimento e análise de políticas públicas.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto discute os sentidos do financiamento à cultura no Governo Federal desde 1995 a 2013. A descrição da dinâmica dos dispêndios federais na área é quadro de fundo para explorar alguns dos significados atribuídos às políticas e ao financiamento cultural.

O trabalho faz uma breve contextualização e enfrenta alguns dos argumentos presentes na discussão pública no que se refere aos princípios que justificariam reformas na administração da cultura e a reconfiguração do

modelo de financiamento de ações públicas na área. Além disso, debate estas ideias gerais à luz da pluralidade de critérios e instrumentos utilizados pela administração pública.

A exploração interpretativa da dialética entre ideias gerais, instrumentos e práticas permite a delimitação mais precisa entre paradigmas ou modelos de financiamento e até mesmo a re colocação dos termos do debate. Não há mais dúvidas, aparentemente, ou em termos das ideias gerais, de que dois são os modelos de financiamento cultural no Brasil. No primeiro deles, o financiamento seria realizado central e preponderantemente pelo Estado e, no segundo, pelo mercado.

Também não restam dúvidas de que todos os brasileiros têm direitos à cultura e que a não realização desses direitos é injusta ou, pelo menos, imoral. As dúvidas surgem quando a prática política exige a seletividade, uso de critérios e de instrumentos de política pública ou quando é necessário estabilizar os sentidos dos direitos culturais a que se tem direito, sua eficácia e suas condições de efetivação.

2. O SISTEMA FEDERAL DE CULTURA (SFC) E AS IDEIAS

A reflexão aqui presente parte de uma distinção importante. As políticas culturais envolvem escolhas e demarcação de princípios, mas são as políticas públicas que as realizam na forma de instituições setoriais (Ministério, secretarias, fundações, associações, programas, projetos etc.) que acrescentam e mobilizam recursos materiais e cognitivos. As áreas de ação pública são também extensas: a) direitos autorais, b) livro e leitura, c) cinema e audiovisual, d) patrimônio material e imaterial, e) museus, f) artes e espetáculos, entre eles a dança, o teatro e a música, g) culturas populares, h) comunidades tradicionais, i) circo, entre outros. Entretanto, uma parte do fazer cultural está fortemente relacionada com os mercados e indústrias, fundamentalmente privados, embora incentivados e regulados politicamente. Ao lado da sociedade civil, que possui uma complexidade de atores atuantes na área cultural, os exemplos acima voltam rapidamente à memória, pois além de serem áreas de atuação do poder público são também fortemente ligadas aos dinamismos dos mercados.

Considera-se neste artigo que a institucionalização de políticas culturais envolve recursos de diferentes tipos e, apesar dos discursos agora comuns sobre a dimensão simbólica e o conceito antropológico de cultura, o financiamento ainda é um dos componentes centrais que articula princípios gerais com os direitos. Não é possível imaginar uma forma única de financiamento que contemple a multiplicidade de problemas de cada uma das áreas culturais. Da mesma forma, é impensável simplificar a questão do financiamento a modelos genéricos¹.

O gráfico 1 mostra o comportamento dos recursos do Sistema Federal de Cultura (SFC) em cada uma das suas unidades orçamentárias. Destaquem-se no momento três pontos:

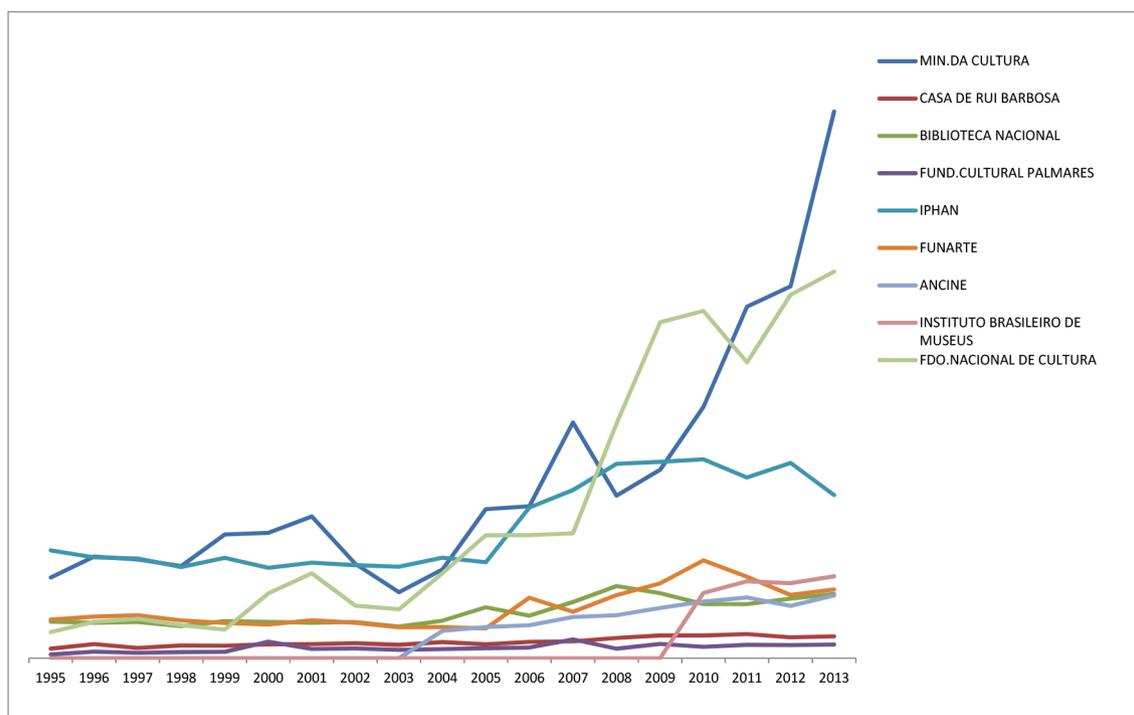
- a) o escopo do SFC abrange a pesquisa (Casa de Rui Barbosa), livro e leitura (bibliotecas, a ideia de sistema nacional de bibliotecas, inclusive a Biblioteca Nacional), ações de promoção da igualdade étnica (Fundação Palmares), patrimônio material e imaterial (IPHAN), as artes cênicas, teatro, dança, circo, plásticas, música (FUNARTE), as cadeias audiovisuais e cinema (ANCINE), os museus tradicionais e sociais (IBRAM). Ainda existiram ou existem diversos programas no MinC (Arte Cultura e Cidadania – Cultura Viva, MONUMENTA, Desenvolvimento da Economia da Cultura – PRODEC, Economia Criativa, Identidade e Diversidade, Articulação Institucional do Sistema Nacional de Cultura – SNC, etc.);
- b) o crescimento dos recursos da unidade central do MinC está relacionado com vários elementos

1 Ver SARAVIA, E. Que financiamento para que cultura? O apoio do setor público à atividade cultural. *RAP*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 89-119, jan./fev. 1999.

importantes, entre eles, a redefinição dos papéis do MinC nas articulações e no planejamento do Plano Nacional de Cultura (PNC) e do SNC, mas também na condução de programas internamente e não apenas nas instituições vinculadas;

- c) o fortalecimento do FNC responde a parte de premissas de fortalecimento de orçamentos públicos para a área, mas também à realização de dispêndios prioritários para o MINC, a exemplo do cinema e audiovisual – volta-se a esta questão –, do Mais Cultura e dos pontos de cultura. Um ponto salta à atenção e mostra a perda de posição relativa do IPHAN nos recursos federais. Entretanto, deve-se ressaltar que o IBRAM teve nascimento por cissiparidade em relação ao IPHAN e que uma parte das políticas patrimonialistas foi realizada com recursos externos do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), com contrapartidas do governo federal, de Estados e de municípios através do programa MONUMENTA 1997-2010².

Gráfico 1 - Comportamento dos recursos executados pelo sistema federal de cultura - 1995-2013.



Fonte: SISFI/SIDOR, elaboração IPEA/DISOC.

Dois são os conjuntos de ideias gerais associadas ao financiamento cultural. O primeiro relaciona problemas de sustentabilidade das atividades e ações culturais com o papel do Estado na indução, apoio e dinamização de processos de produção cultural. Os mercados dariam conta de uma parte, mesmo sendo a mais potente em termos econômicos, mas excluem e minimizam a diversidade, ao monopolizar e capturar parte do fundo público para financiar as indústrias culturais e de comunicação de massas. Nesse conjunto aparecem ideias de sustentabilidade relacionadas não apenas com parcerias, mas com a ideia de retorno

2 O MONUMENTA foi um programa do MINC que tinha como objetivo conjugar a recuperação e a preservação do patrimônio histórico com desenvolvimento econômico e social. Atuou em cidades históricas protegidas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e tinha como estratégia a atuação integrada no âmbito dos municípios, agindo através de obras de restauração e recuperação dos bens tombados e edificações localizadas nas áreas de projeto. Também desenvolveu atividades de capacitação de mão de obra especializada em restauro, formação de agentes locais de cultura e turismo, promoção de atividades econômicas e programas educativos. Tinha financiamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), apoio da UNESCO e era orientado pela ideia de sustentabilidade do patrimônio. Era implementado a partir da assinatura de convênios entre MINC, prefeituras e/ou estados, e para seu acompanhamento e condução de ações foram formadas equipes compostas por técnicos do município ou do estado em conjunto com o IPHAN, Unidades Executoras de Projeto (UEP), que eram, por sua vez, coordenadas pela Unidade Central de Gerenciamento (UCG). Ver GIANNECCHINI, A. C. *O IPHAN e o programa monumental: Lições para a gestão do patrimônio cultural*. 2014. Monografia (TCC em Gestão Pública), Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2014.

econômico, a exemplo do Fundo Setorial do Audiovisual, que funciona no âmbito do Fundo Nacional de Cultura (FNC), do MONUMENTA e mesmo dos pontos de cultura, quando a ideia de sustentabilidade associa-se com a ideia de redes, inclusive de economia solidária.

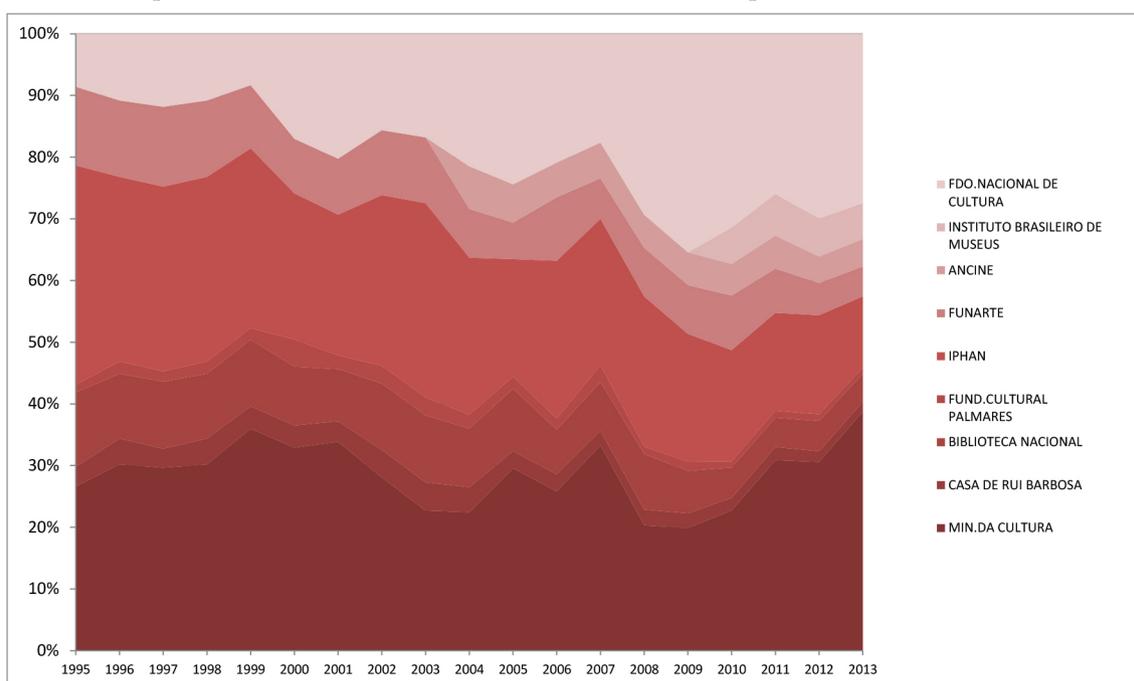
O segundo conjunto diz respeito à definição dos direitos culturais. Também aqui a descrição moral, política e ideológica a respeito da sociedade e da democracia que se deseja reaparecem. Além da democratização, ou seja, da intenção de oferecer oportunidades de acesso a bens e serviços culturais, alia-se a democracia cultural, isto é, a possibilidade de exercer as atividades e de participar de forma central das decisões de políticas culturais. As ideias mais extremas associam o direito cultural à desmercadorização do fazer cultural, isto é, sendo a cultura um direito, suas múltiplas formas de exercício deveriam ser apoiadas pelo poder público. Na verdade, as áreas da cultura se ligam a estas ideias de formas muito densas e variadas.

3. O SFC COMO ELE É

A descrição apresentada até aqui mostra como as ideias estão evidentemente emaranhadas a controvérsias carregadas de problemas conceituais, teóricos, políticos, morais, ideológicos e práticos. Mas elas devem ser encaradas, se não para diminuir o grau de tensão ideológica que as envolve, ao menos para abrir uma descrição sistemática do que efetivamente constitui o modelo de financiamento das políticas culturais brasileiras e a respeito dos direitos que temos ao se dizer que temos direitos culturais. Esse é o objetivo aqui, qual seja o de caracterizar e tentar apontar a dinâmica do financiamento público nos últimos anos.

No gráfico 2, podemos ver as mudanças nas participações relativas das unidades orçamentárias do SFC desde 1995 até 2013. Pode-se constatar o aumento da participação do FNC e da (UO) MinC, bem como a perda da posição relativa do IPHAN e a entrada em cena da ANCINE e do IBRAM.

Gráfico 2 - Participação das unidades orçamentárias nos recursos executados pelo sistema federal de cultura - 1995-2013³



Fonte: SISFI/SIDOR, elaboração IPEA/DISOC

3 O Ministério da Cultura é composto por 7 entidades vinculadas, sendo 4 Fundações (Cultural Palmares, Biblioteca Nacional, Nacional das Artes, Casa de Rui Barbosa), 2 Institutos (Brasileiro de Museus, do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) e 1 Agência (Nacional do Cinema).

O aumento da participação do FNC tem diferentes explicações. A primeira delas relaciona-se com o fato de que o fundo passou a ser mediador entre as prioridades ministeriais (assinaladas pelos seus programas considerados mais importantes) e a sociedade. Os editais tiveram um papel fundamental aqui.

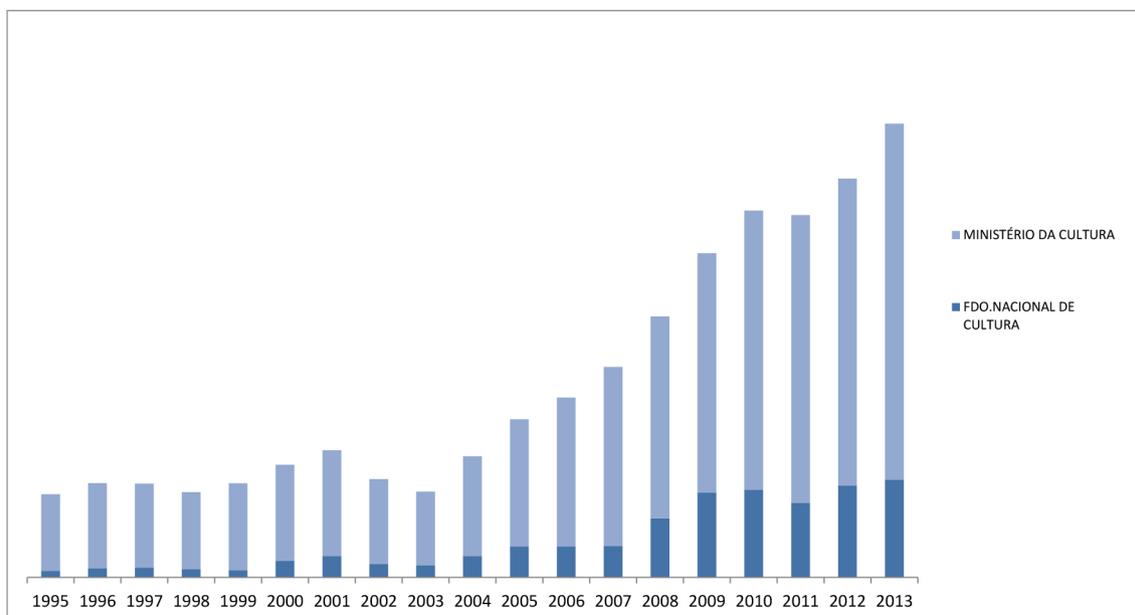
Anteriormente, o fundo se baseava na ideia de livre demanda, ou seja, os projetos chegavam ao MinC e então eram financiados por meio de recursos orçamentários, especialmente do FNC. Depois de 2004, as críticas aos incentivos fiscais (genericamente à Lei Rouanet, como se o FNC não fizesse parte dela) eram acompanhadas da vontade de fortalecimento do FNC e dos seus orçamentos. O próprio fundo e as diretrizes que o orientariam na alocação de recursos deveriam ser resultado de discussões com a sociedade através de órgãos de participação. Embora as dinâmicas participativas e decisórias não estivessem – e ainda não estão – consolidadas, o FNC se fortaleceu em termos de recursos, passou a ser a âncora de políticas ministeriais (não mais de projetos de livre demanda) a exemplo do “Programa Mais Cultura” e do “Programa Cultura Viva” e ganhou novos recursos vinculados para o cinema e o audiovisual.

Portanto, operacionalmente, o financiamento público envolve desde o fundo perdido, passando pelos incentivos liberais (que não se resumem a incentivos fiscais e nem aos gastos tributários indiretos), transferências com contrapartidas privadas, linhas de crédito com reembolso e diferentes formas de remuneração, fundos de investimento, compras governamentais, entre outras modalidades e composições.

O financiamento privado, por sua vez, envolve um complexo sistema de financiamento com recursos próprios das empresas ou de bancos, com incentivos fiscais públicos, com fontes públicas e execução privada. Também aqui há muitas composições e variantes⁴.

Enfim, a delimitação típico-ideal do modelo de financiamento cultural como público ou privado, tem uma função heurística, mas não descreve com precisão as fortes inter-relações entre Estado, mercados e os fenômenos culturais. Para simplificar a visualização dos dispêndios orçamentários do SFC, foi construído o gráfico 3.

Gráfico 3 - Recursos financeiros executados do SFC (MINC) e FNC -1995-2013



Fonte: SISFI/SIDOR, elaboração IPEA/DISOC

4 Ver SILVA, F. A. Barbosa da; LABREA, V. V. *Linhas gerais de um planejamento participativo para o programa Cultura Viva*. Brasília: IPEA, 2014. Ali são apontados os prêmios, concessão de bolsas, convênios, contratos, fomento de redes, fomento a projetos etc. como modalidades de financiamento.

O gráfico 3 apresenta a tendência de crescimento e as oscilações dos dispêndios do sistema federal no período. Enfatiza-se o crescimento dos recursos do FNC. Como já se afirmou, o fortalecimento do FNC envolve a discussão participativa, embora esta premissa ainda não esteja consolidada nas práticas operacionais – e institucionais –, das diretrizes do fundo. Estas devem ser discutidas no âmbito do Conselho Nacional de Políticas Culturais (CNPC).

A estratégia, também, significa o fortalecimento do FNC não apenas como meio de alocação do orçamento público, mas do estreitamento das relações do Estado (especialmente do SFC) com a sociedade civil a partir da discussão e definição de prioridades políticas. A Tabela 1 apresenta o comportamento dos componentes dos dispêndios do Governo Federal (especialmente do SFC com foco no FNC) com cultura por grupo de natureza de despesa (GND).

Tabela 3 - Dispêndios do SFC (MinC) e do FNC por GND em 2013

<i>MINC</i>	<i>Autorizado</i>	<i>Empenhado</i>	<i>% Execução</i>	<i>% Participação</i>
Pessoal e Encargos Sociais	505.650.472	481.179.799	95,2	21,1
Outras Despesas Correntes	1.157.578.310	742.937.918	64,2	32,6
Investimentos	1.078.491.055	654.779.628	60,7	28,7
Inversões Financeiras	615.482.525	400.058.650	65,0	17,6
Reserva de Contingência	30.568.253	-	-	-
Total MINC	3.387.770.615	2.278.955.995	67,3	100,0
FNC				-
Outras Despesas Correntes	340.585.585	190.101.415	55,8	8,3
Investimentos	135.302.918	35.072.226	25,9	1,5
Inversões Financeiras	615.392.525	400.000.000	65,0	17,6
Reserva de Contingência	30.568.253	-	-	-
Total FNC	1.121.849.281	625.173.641	55,7	27,4
Participação FNC	33,1	27,4	-	-

Fonte: SIAFI/SIDOR, elaboração IPEA/DISOC

Como se depreende da tabela 1, os gastos com pessoal e encargos são bastante reduzidos, aproximadamente 21% do total, sendo que as outras despesas correntes, onde se alocam inclusive gastos administrativos do dia a dia, mas também as transferências por convênios, bolsas, prêmios, fomento a projetos etc. é de 32,6%. Investimentos estão em 28,7% e as inversões financeiras são realizadas integralmente pelas contribuições vinculadas ao audiovisual, pelo Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), como se pode ver pelo percentual 17,6% na parte de cima – SFC/MinC - e na de baixo – FNC.

Pode-se dizer que o FNC foi bastante fortalecido na política do período (ver gráfico 3), chegando a constituir 27,4% dos recursos totais em 2013. Esta tendência se vê na participação dos seus recursos autorizados, que correspondiam a 33% do total. Entretanto, embora a capacidade global de execução do SFC tenha sido baixa, de 67,3%, a do FNC foi menor, 55,7%. Assinale-se que parte dos recursos do FNC são realizados através de editais conduzidos por secretarias finalísticas do MinC, a exemplo da Secretaria de Articulação Institucional (SAI), Secretaria da Cidadania e da Diversidade Cultural (SCDC) e Secretaria do Audiovisual (SAV).

Parte dos dispêndios do MinC estão fora do alcance da participação e das decisões alocativas da sociedade civil, pois são dispêndios com atividades meio e outras fazem parte das prioridades políticas e administrativas de cada uma das instituições do setor⁵. A composição do financiamento envolve uma estrutura de gastos variados, desde os dispêndios administrativos, gastos com pessoal e outros gastos de custeio, até transferências para Estados e DF, municípios, entidades privadas com ou sem fins lucrativos e transferências internacionais.

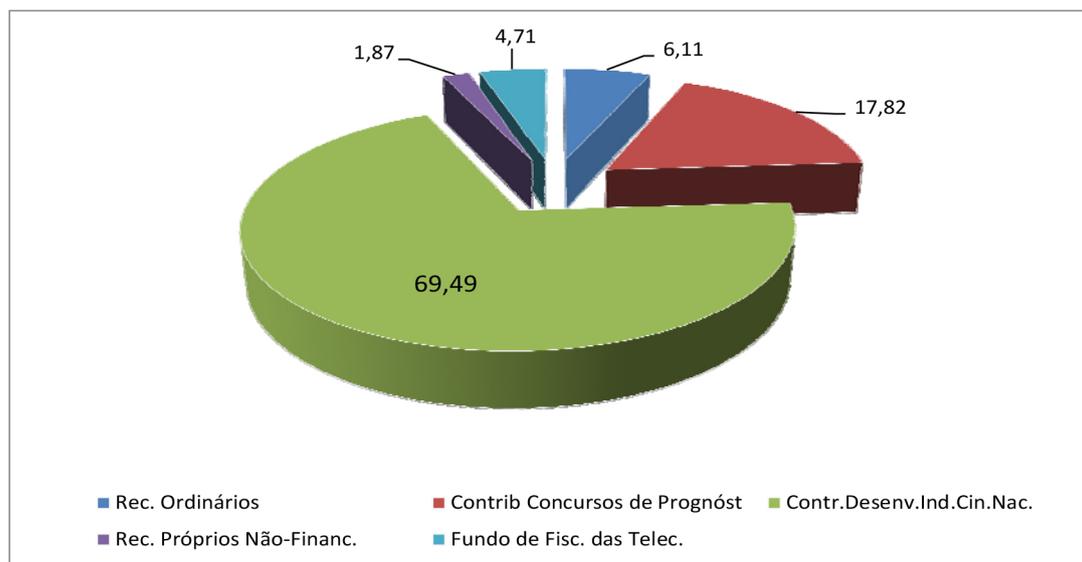
5 Previdência de Inativos e Pensionistas da União, Operações Especiais: Sentenças Judiciais, Operações Especiais: Dívida Externa, Gestão da Política de Cultura, Promoção da Pesquisa e do Desenvolvimento em C&T, Apoio Administrativo.

Basta lembrar, por exemplo, do papel das compras governamentais de livros, das regras do Fundo Setorial do Audiovisual (FSA)⁶ e das complexidades da execução da preservação do patrimônio histórico e arquitetônico urbano⁷ e mesmo da atuação dos editais da Fundação Nacional de Arte - FUNARTE, para desfazer a simplicidade dos modelos organizados em torno do Estado e do mercado. Exemplifiquemos com o FSA, que é parte do FNC.

O FSA é composto pelos seguintes recursos vinculados recolhidos da atividade audiovisual: recursos de concessão e permissão, Contribuição para o desenvolvimento da indústria do cinema nacional, recursos próprios não-financeiros e recursos próprios financeiros, taxas e multas pelo poder de polícia e Fundo de fiscalização das telecomunicações. Estes recursos se prestam ao fomento e à administração de recursos retornáveis e equalização de encargos financeiros incidentes nas operações de financiamento ao setor audiovisual - Fundo Setorial do Audiovisual (Lei nº 11.437, de 2006)⁸.

Portanto, é evidente que o retorno econômico e a ideia de sustentabilidade da indústria fazem às vezes de diretrizes estruturadoras das atividades do FSA. Entretanto, deve-se apontar para mais um elemento aqui, ou seja, o fato dos recursos vinculados destinarem-se ao setor audiovisual e, certamente, a sua estrutura legal indica a direção dos recursos para esta área e não para outras atividades culturais. Estes não serão objeto de discussão por parte do CNPC e do seu pleno.

Gráfico 4 - Composição do FNC por FONTE-2013



Fonte: SIAFI/SIDOR, elaboração IPEA/DISOC

Em outras áreas de políticas públicas, a definição dos modelos de financiamento indica não apenas as fontes, mas também a presença de executores públicos ou privados. Em geral, a delimitação do *mix público-privado* é muito complexa, pois este envolve agentes públicos e privados, com recursos e capitais de diversos tipos, com lógicas econômicas, institucionais e sociais variadas. Um exemplo deste emaranhado são os “pontos de cultura”, em que os recursos do MinC podem ser, apenas, uma fração dos recursos totais das associações culturais; estas podem receber recursos de empresas, doações internacionais, podem receber recursos de outros Ministérios, além de poderem contar com recursos das comunidades onde estão inseridas⁹.

6 Ver POLÍTICAS Sociais: acompanhamento e análise – Cultura no 22. Brasília: IPEA, 2014.

7 GIANNECCHINI, A. C. *O IPHAN e o programa monumento: Lições para a gestão do patrimônio cultural*. 2014. Monografia (TCC em Gestão Pública), Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2014.

8 SANTOS, R. dos; COUTINHO, A. *Políticas públicas e regulação do audiovisual*. Curitiba: CRV, 2012.

9 Ver SILVA, F. A. Barbosa da. *Cultura Viva: as práticas de pontos e pontões*. Brasília: IPEA, 2011.

Tabela 4 - Dispendios do SFC (MinC) e do FNC por Modalidade de Aplicação em 2013

<i>Modalidade de aplicação</i>	<i>FNC</i>	<i>SFC/MinC</i>	<i>% do</i>	<i>Composição</i>	<i>Composição</i>
			<i>FNC/ SFC</i>	<i>FNC</i>	<i>SFC/MinC</i>
Transf. a Est. e ao DF	29.003.000	61.281.680	47,3	4,6	2,7
Transf. a Municípios	44.613.444	632.931.291	7,0	7,1	27,8
Transf. a Inst. Privadas	21.034.195	32.499.940	64,7	3,4	1,4
Transf. Inst. Priv.c/F.Lucrat.	34.441.520	45.530.390	75,6	5,5	2,0
Transferências ao Exterior	2.600.000	12.313.725	21,1	0,4	0,5
Aplic. Diretas	493.481.482	1.434.735.768	34,4	78,9	63,0
Aplic. Diretas Org. F. Ent.	-	59.663.201	-	-	2,6
Total	625.173.641	2.278.955.995	27,4	100	100

Fonte: SIAFI/SIDOR, elaboração IPEA/DISOC

Não existe um padrão ou política de execução do fundo na direção de Estados e DF, municípios, instituições privadas etc.¹⁰ O que se pode dizer é que há uma regularidade no uso dos recursos na forma das aplicações diretas. Por parte do MinC, este padrão decorre dos gastos administrativos, de pessoal e aposentadorias e, no conjunto, isto é, referindo-nos também ao FNC, as aplicações diretas predominam na execução de políticas, em decorrência da sua realização através de editais federais e de algumas execuções referentes ao fomento direto de projetos e ações. Seja como for, pode-se verificar a importância do FNC nas relações com outros níveis de governo e diretamente com a sociedade, mesmo que através da mediação de editais que realizam diretrizes de ações prioritárias do MinC, de suas agências e órgãos. 47% das transferências para Estado e DF (R\$ 29 milhões) vieram do FNC, R\$ 44,6 milhões foram para os municípios, R\$ 55,4 milhões para a sociedade civil (somando aquelas entidades com e sem fins lucrativos), ou seja, o FNC é responsável pela quase totalidade de recursos transferidos para estes tipos de entidades culturais (64,7% das transferências globais para entidades privadas sem fins lucrativos e 75,6% daquelas com fins lucrativos).

Também é possível levantar a hipótese de que há um olhar direto do SFC para os municípios no processo de descentralização, visto o percentual de recursos transferidos para esta esfera de governo (27,8%), algo próximo de R\$ 633 milhões.

Como se vê, o uso do critério de compra de bens e serviços culturais¹¹ para delimitar uma lógica de mercado e, por outro lado, associar o fundo público com os recursos não reembolsáveis na tentativa de definir um modelo com presença do Estado é muito simplista para descrever a estrutura de financiamento para a cultura. Inclusive, é preciso dizer, a seletividade estrutural da atuação estatal e as capturas privadas de recursos públicos não são tão incomuns, nem sempre são ilegais ou mesmo ilegítimas, muito menos injustas ou desnecessárias do ponto de vista do fortalecimento da diversidade cultural.

4. O MECENATO PRIVADO

Esse conjunto de elementos justificaria o uso de modelos de análise que reconheçam as interdependências entre fontes públicas e privadas de recursos, quando não pela simples motivação de gerar informações próprias à responsabilização, distribuição de riscos e accountability. Não se trata apenas da necessidade de

10 Por exemplo, em 2004 as transferências para Estados e DF foram de 2%, em 2008 foi de 26% e em 2011 foi de 8,5%. O mesmo tipo de transferência oscilou menos no Ministério ou SFC como um todo: 1,2%, 10,3% e 7,2% para os mesmo anos. As transferências privadas eram de 38,6% em 2004 e vão para 3,9% em 2011, sendo que os comportamentos das transferências nos anos intermediários oscilaram muito. Aparente aleatoriedade segue o comportamento das transferências para os municípios.

11 Ver LIMA, L.; ORTELLADO, P. Da compra de produtos e serviços culturais ao Direito de produzir cultura: análise de paradigma emergente. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 2, p. 351-382, 2013.

defender certa forma ou modelo de financiamento à luz de princípios, mas de reconhecer-lhes a polimorfia.

Apesar disso, o uso daquele critério (compra de bens e serviços) – associados às ideias de mercadorização ou desmercadorização da cultura – não deixa de ser uma estratégia particularmente habilidosa, pois permite realizar uma operação ideológica extrema, quer dizer, opor Estado ao mercado, dividindo o campo entre defensores de certo uso republicano e democrático do fundo público (como se os conceitos tivessem um único sentido) quando os processos justificariam o uso do fundo público para desmercadorizar e os liberais, supostamente sempre defensores das trocas fundadas no desejo de lucro, tendo como consequência a manutenção das distorções na forma de falhas de mercado, acúmulo de recursos e eventuais monopólios (como se este fossem os objetivos únicos das correntes liberais) sobre a compra e venda de produtos.

Todavia, pode-se dizer que a cultura guarda complexidades não redutíveis às imagens genéricas de um Estado bom, justo e equitativo e um mercado equalizador, homogeneizador e excludente. Também não se reduz às imagens da cultura como processo, valioso em si, ou como produto, passível de compra e venda. A cultura é composta por cadeias de valor, circuitos, eventos, equipamentos, ações culturais, redes, modos de vida etc. e guarda com as instâncias reguladoras (Estado, mercado e comunidades) relações densas.

Outro uso para a dicotomia produto e processo tem sido defendido e descontextualizado. A contraposição entre produto e processo como eixo para a caracterização do financiamento é ainda mais confusa do que a dicotomização entre o fundo Estatal e do mercado. O argumento tem sido utilizado para justificar a simplificação do processo de concorrência para recursos e nas prestações de contas. Entretanto, no caso da separação entre produto e processo é bastante difícil afirmar uma contraposição absoluta entre um e outro na prática social, seja do agente público, das empresas ou de outros agentes culturais da sociedade civil. Aliás, as práticas de democratização e preservação da memória têm se mostrado bastante cuidadosas com o registro, classificação, preservação e patrimonialização mesmo de ações efêmeras. Afirmar a cultura como processo faz todo o sentido. Os modos de fazer e conhecer são dinâmicos e são carregados de historicidade. Outra coisa é misturar os usos dados aos conceitos de processo e produto para justificar a destinação de recursos sem critérios e métodos de accountability.

Seja como for, a ênfase em um ou outro conceito – produto ou processo – tem a finalidade na gestão pública de estabelecer parâmetros avaliativos e de controle no uso de recursos públicos ou privados. Evidentemente, todos os parâmetros têm alcances limitados e podem – e devem – ser questionados e criticados. Entretanto, o mais comum é que os gestores façam uso de elementos de ambos. Ademais, as atividades que, em geral, são vistas como processos podem ser perfeitamente consideradas como produtos. A resolução dos problemas relacionados com a prestação de contas e com a “desburocratização” dos instrumentos e métodos de políticas públicas não ganha muito com a confusão entre conceitos descritivos e normativos (ou simplesmente ideologizados).

Há, entretanto, um sentido interessante que se pode enfatizar. Ao acentuar os processos, toma-se o saber-fazer como foco de análise e de ação pública. Esta posição é inteira e plausivelmente defensável. Talvez esta seja a posição mais próxima que se pode chegar, dado o nível atual de reflexão, em relação à ideia de cultura como experiência social do cotidiano ou, como se queira, do sentido antropológico de cultura. O saber fazer pode ser, por exemplo, em caso extremo, o contar uma estória, dançar, cantar, tocar um instrumento, jogar etc. Estamos no âmbito do vivido, do processual e do dinâmico. No entanto, dada a complexidade do objeto das políticas de cultura, difícil imaginar ou tomar a parte, uma orientação particular, pelo todo.

Há, ainda, uma confusão entre modelos de financiamento e o uso de editais. Tanto órgãos públicos, quanto empresas usam de editais, aliás, esse recurso não é novo e nem inusitado, mas é prática recorrente administrativamente tanto no âmbito da cultura, quanto em outras políticas setoriais. Entretanto, estas distinções têm seus usos.

O primeiro dos argumentos, mais uma vez, concentra-se em afirmar a fonte pública orçamentária como única capaz de excluir a lógica do mercado. O segundo, afirma serem os processos o componente mais

importante nas atividades culturais; seria como se os bens, espetáculos, composições, textos, vídeos, filmes, DVD's, CD's ou mesmo roteiros não fizessem conjunto com os processos culturais. O terceiro argumento defende o uso de editais, como se estes fossem capazes, por si mesmos, de contornar capturas e realizar uma justa distribuição em nome do público. A presença ou não de editais não é diferencial lógico, mas ideológico. Acreditou-se nos últimos anos que a sua presença permitia conferir às políticas um sentido republicano, por contraposição às escolhas de preferidos ou a favor da lógica arbitrária do balcão. Vejamos de forma mais aproximada qual é a gramática dos incentivos fiscais e algumas de suas características em 2013¹². Também aqui são necessárias pequenas considerações introdutórias.

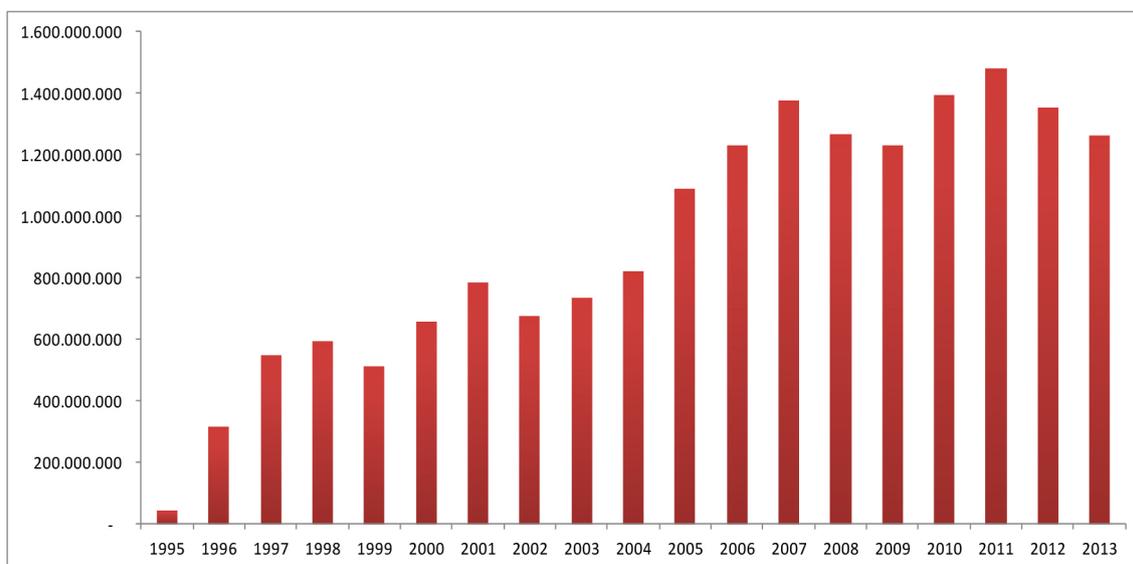
Os projetos apresentados para os incentivos fiscais não são objeto de restrições quanto ao mérito ou outras questões substantivas por parte do MinC ou da Comissão Nacional de Incentivos Culturais (CNIC). Mesmo assim, a estrutura administrativa mobiliza um grande esforço para a aprovação e análise formal dos projetos. Em alguns anos do período, a taxa de projetos que captam recursos depois da aprovação pelo MinC/CNIC é sempre muito pequena (menos de 30%). A crítica mais veemente aos incentivos é de que ele beneficiaria apenas o mercado. A outra é de que os recursos poderiam ser decididos a partir de discussões políticas. A terceira é a da concentração de recursos seja em nível territorial, de projetos ou financiadores beneficiados¹³. Ver-se-á, com base na análise do comportamento dos projetos em 2013, que é necessário uma abordagem mais específica a respeito das duas críticas. Provavelmente é necessário acompanhamento e avaliação que não leve em conta apenas ideias gerais. Enfrentar-se-á em primeiro a crítica das três concentrações, depois no acompanhamento de 2013, enfrentaremos de forma exploratória e ainda insuficientemente a de que os incentivos beneficiam os mercados e de que seria necessária uma discussão política a respeito de critérios alocativos. Deve-se dizer, a princípio, que concordamos com essas assertivas e com os princípios ali expressos, mas que temos que encontrar melhores formulações sobre elas.

Por mecenato, pode-se entender a prática de apoio de ações culturais através de recursos advindos de doação ou patrocínio; por meio destes recursos econômicos pessoas e empresas valorizam e enriquecem o patrimônio cultural coletivo. A característica do mecenato é o aporte de recursos próprios em função do valor do bem cultural e econômico a ser apoiado ou em decorrência da associação da imagem pessoal ou da empresa à cultura. Inclusive, é possível dizer que a cultura é bom negócio no sentido da construção de uma imagem para empresas que geram externalidades negativas, por exemplo, ao meio ambiente e à saúde. O Gráfico 5A mostra que, mesmo com as críticas veementes aos incentivos fiscais, estes proporcionaram recursos crescentes ao fazer cultural do período analisado. É verdade que há muitas oscilações com contração de recursos, o que acontece em momentos de menor dinamismo econômico ou de crises.

12 SILVA, F. A. Barbosa da; FREITAS, R. *Financiamento cultural: uma visão de princípios*. Brasília: IPEA, 2014.

13 FINAGEIV FILHO, V. *Lei Rouanet - 23 anos de incentivo à cultura*. 2014. Monografia (TCC em Gestão Pública), Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2014.

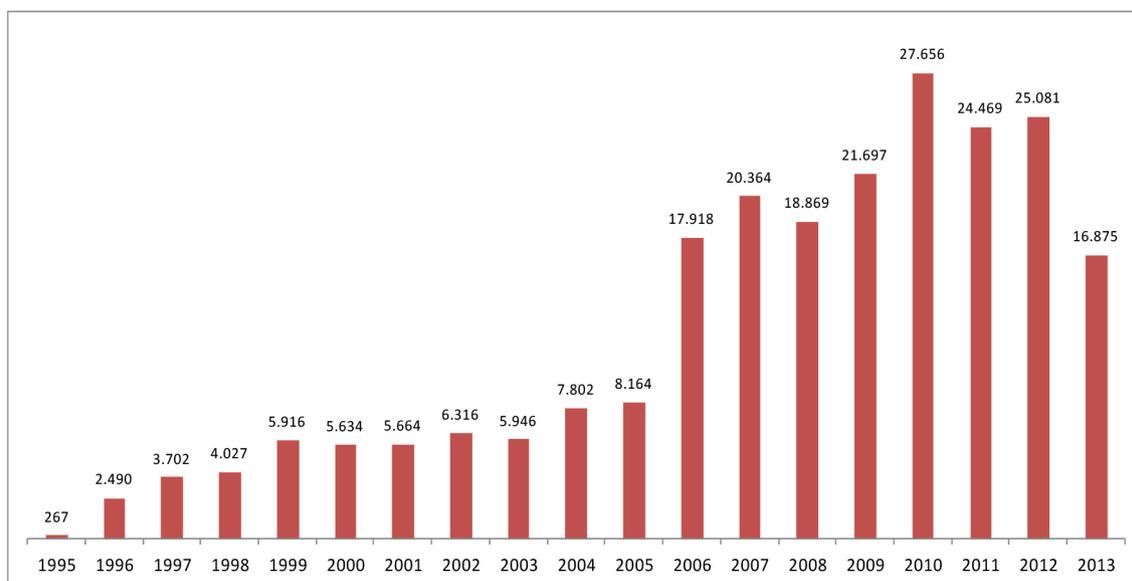
Gráfico 5A - Comportamento dos incentivos fiscais -1995-2013 (valores de dez. 2013)



Fonte: SALIC/MinC, elaboração IPEA/DISOC

Os gráficos 5B e 5C trazem aspectos pouco enfatizados em relação ao comportamento dos incentivos fiscais. Em primeiro lugar, observe-se o comportamento de aprovação de projetos pelo financiador. As empresas e pessoas foram se tornando sensíveis aos projetos na cultura. De 267 projetos financiados em 1995 salta-se para 2.490 projetos no ano seguinte e o número não para de crescer ano a ano, chegando ao pico em 2010, com mais de 27 mil projetos. O número cai para 16.875 em 2013, mas ainda é bastante significativo no quadro da dinamização do campo cultural.

Gráfico 5B - Comportamento dos projetos incentivados (Nº DE PROJETOS) - 1995-2013



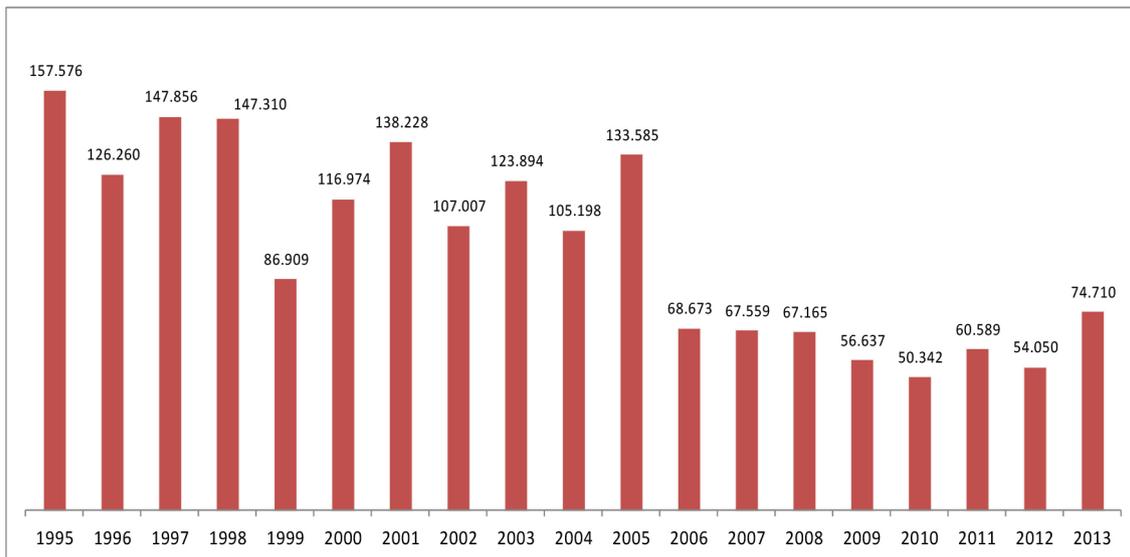
Fonte: SALIC/MinC, elaboração IPEA/DISOC

Dois fatores concorrem para o aumento do número de projetos apoiados. Em primeiro lugar, evidentemente, a política do governo federal de não limitar os gastos tributários indiretos. O campo cultural, apesar dos critérios para apresentação, uso de recursos e prestação de contas, aprendeu a utilizar os incentivos fiscais e a responder aos controles burocráticos. Isso facilita o apoio e descomprime a administração, por ser seletiva em relação ao público que apresenta tais projetos e pelos recursos de acompanhamento que os

próprios financiadores acabaram por desenvolver. Esses aspectos devem ser mais bem avaliados – tanto proponente, quanto financiador são muito variados em perfil como veremos daqui a pouco – mas a hipótese aqui levantada é plausível até melhores instrumentos de julgamento.

Outro aspecto refere-se ao que se apresenta no gráfico 5C quando se vê que, para além da generosidade do governo federal no que se refere aos tributos, é possível o maior atendimento dos projetos (maior número) em função de uma queda no seu tamanho médio. Eram de R\$ 147 mil em 1998 e chegaram a R\$ 50 mil em 2010, com variações para cima nos anos seguintes.

Gráfico 5C - Comportamento dos incentivos fiscais – 1995-2013 – média por projeto (valores de dez. 2013)



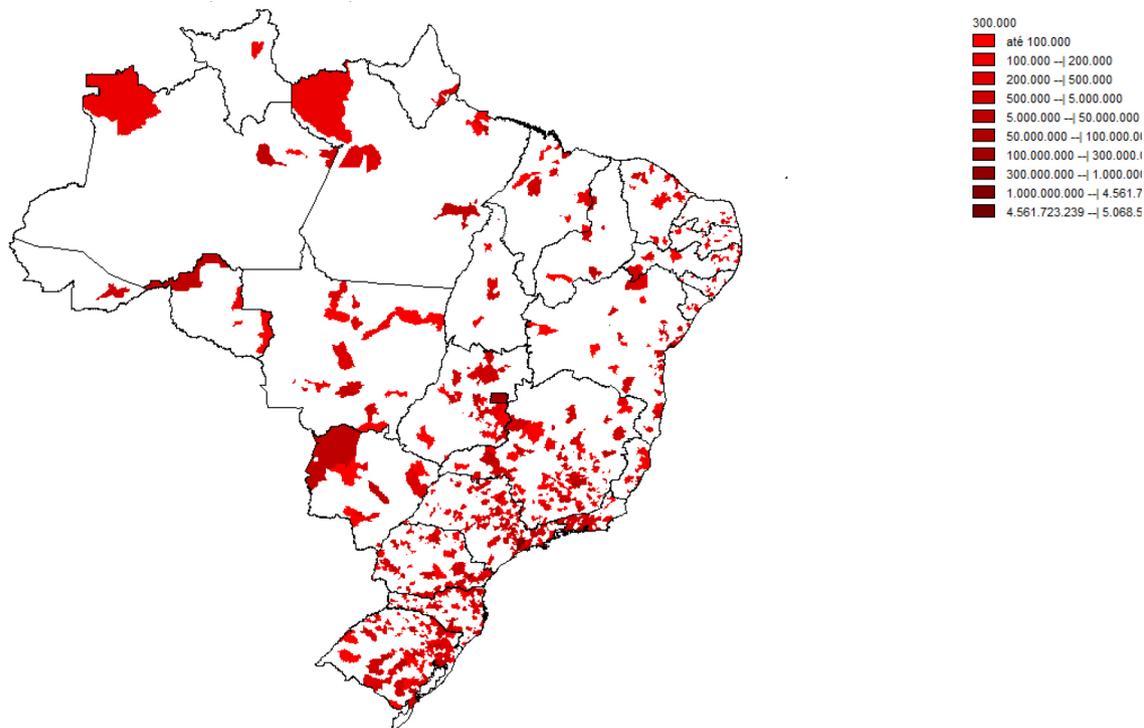
Fonte: SALIC/MinC, elaboração IPEA/DISOC

Essas hipóteses devem ser mais bem avaliadas, inclusive com levantamentos empíricos de normas e orientações (que fogem do escopo aqui proposto) para se saber se a CNIC estabeleceu alguma normatização, ou se o movimento de redução dos projetos foi alguma estratégia dos editais das empresas ou, simplesmente, um movimento espontâneo do campo cultural.

Seja como for, podemos considerar dois aspectos: a) os aumentos constantes dos recursos incentivados indica que as críticas genéricas a respeito dos conteúdos de mercado desta modalidade de financiamento não levaram aquelas críticas tão a sério a ponto de tomar medidas contrárias importantes; b) o número de projetos aumentou de forma significativa no período, o que provavelmente responde aos desejos de recursos de artistas e agentes culturais.

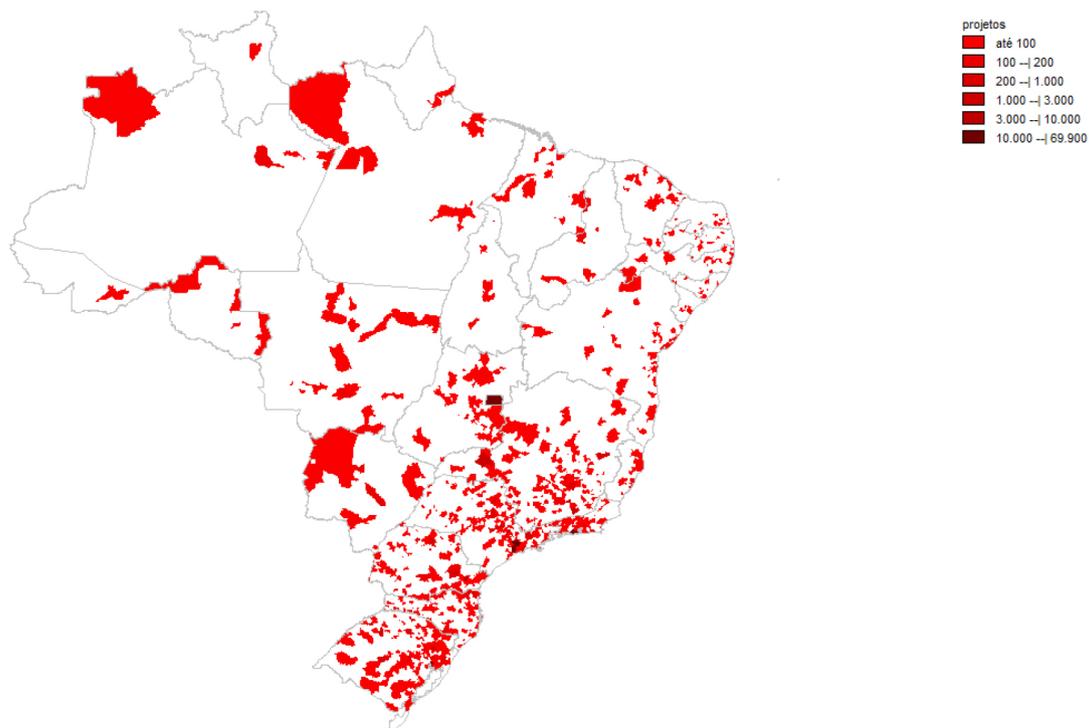
Mas podemos deduzir algo sobre desconcentração e democratização do acesso aos recursos incentivados? Vamos devagar. Observemos os Mapas 1A e 1B com a distribuição dos projetos pelos municípios em montantes e número. Dos 5565 municípios brasileiros, 823 receberam recursos para projetos culturais. A iniciativa não foi, evidentemente, dos municípios, mas, em geral, da sociedade civil. Há casos de projetos ajustados e negociados com o poder público, mesmo que depois apresentados por associações civis. São Paulo e Rio de Janeiro concentraram 65% dos recursos que, somados àqueles destinados a Belo Horizonte e Porto Alegre, chegam a 75%. Vale ressaltar que muitos dos municípios onde se desenvolveram projetos apresentam ou valores pequenos no período ou pequeno número de projetos.

Mapa 2A - Valores distribuídos pelos Municípios brasileiros – incentivos fiscais – 1995-2013



Fonte: SIAFI/SIDOR, SALIC/MinC, elaboração IPEA/DISOC

Mapa 2B - Número de projetos distribuídos pelos Municípios brasileiros – incentivos fiscais – 1995-2013

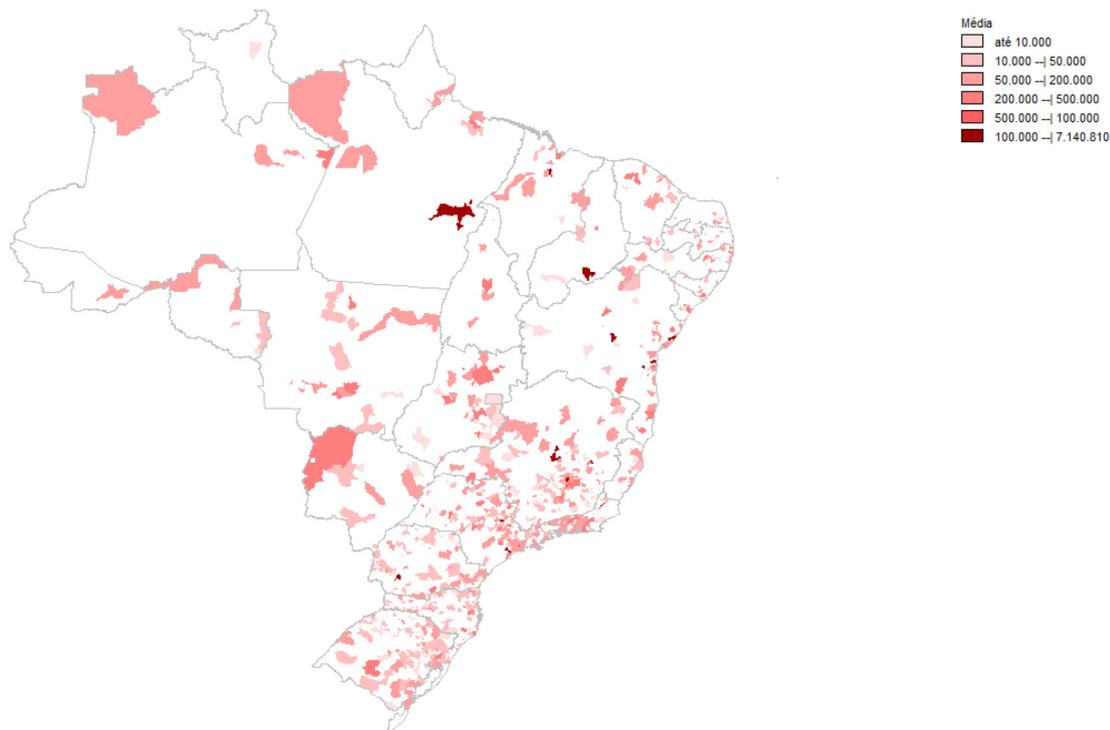


Fonte: SALIC/MinC, elaboração IPEA/DISOC

Entretanto, as médias por projetos são menores nestas cidades, ao menos relativamente aos projetos apresentados na maioria dos outros municípios. Mesmo mostrando a concentração de recursos em termos territoriais, estes dados indicam as possibilidades, ainda que não existam políticas deliberadas, mas em

decorrência da natureza dos projetos apresentados, da distributividade dos recursos entre os projetos do mesmo município. Voltaremos a este ponto.

Mapa 1C - Média de valor por projetos distribuídos pelos Municípios brasileiros – incentivos fiscais – 1995-2013



Fonte: SALIC/MinC, elaboração IPEA/DISOC

O Rio de Janeiro é precedido por 108 municípios que possuem médias maiores por projeto, São Paulo é centésimo nonagésimo quinto (195) e Belo Horizonte quinquagésimo vigésimo (520) o que mostra de certa forma um padrão de maior distribuição entre os projetos.

Enfim, a concentração de recursos é real, pelo menos em termos territoriais, e muitos municípios não foram beneficiados pelos recursos incentivados; entretanto, o número de projetos apresentados nos municípios concentradores de recursos mostra que há uma demanda estruturada por recursos. A presença de muitos municípios fora do palco dos mercados dinâmicos e que apresentaram projetos vultosos mostra que a lógica dos incentivos fiscais não é apenas uma lógica de mercado, do contrário, não teriam sido direcionados recursos médios significativos para projetos e municípios como Arari, Curionópolis, Ipiáú, Ituberá, Marabá, Quedas do Iguaçu, Rio Acima, Curvelo, Lençóis, Congonhas ou Paulínia, para citar os possuidores de projetos com maiores médias.

Podemos lançar mais algumas hipóteses parciais: os projetos aprovados e financiados não se referem apenas aos grandes projetos do mercado; a média dos projetos diminuiu e a distribuição dos recursos por um grande número de projetos de pequeno porte e de projetos de grande vulto em municípios de baixo dinamismo e visibilidade do financiamento em termos de retorno de imagem corporativa e econômica mostra que nos incentivos fiscais convivem lógicas políticas e culturais complementares.

Aproximemo-nos mais do perfil dos proponentes. A lista abaixo é dos 30 maiores proponentes do período, o que representa 21,47% do total. Aqui tem todo o tipo de ator, de formato e inserção no campo cultural e no mercado cultural. A lista é encabeçada pelo Itaú Cultural e composta pela Fundação Roberto Marinho, pela T4F. Ao mesmo tempo, verifica-se a presença da Orquestra Sinfônica Brasileira, do MAM, da TV Educativa, Fundação Bienal de São Paulo, Amigos da FUNARTE, Amigos do Teatro Municipal do Rio de Janeiro, Grupo Corpo.

Para extremar o argumento, pode-se dizer que se tem lado a lado a T4F, empresa líder do mercado de entretenimento em escala mundial, e a Associação de Amigos da FUNARTE, sendo esta uma fundação parte do SFC/MinC. Ao se olhar para a lista completa encontramos inúmeras surpresas do mesmo gênero, com fundações, universidades, museus, bibliotecas e institutos públicos ao lado de iniciativas culturais de todos os tipos. Dentre elas, enfatizamos a Orquestra Sinfônica Brasileira, o MAM, Bial de São Paulo, Orquestra Pró-música do Rio de Janeiro, Orquestra Sinfônica de São Paulo, FUNARTE, Teatro Municipal do Rio de Janeiro, Fundação Iberê Camargo, Tomie Ohtake, Pinacoteca Arte e Cultura.

Tabela 5 - 30 Maiores proponentes dos incentivos fiscais – 1995-2013

30 maiores Proponente	% participação
Instituto Itaú Cultural	2,91
Fundação Roberto Marinho	1,30
Fundação Orquestra Sinfônica Brasileira	1,22
T4F Entretenimento S.A.	1,01
Museu de Arte Moderna de São Paulo - MAM	0,88
Fundação Padre Anchieta Centro Paulista de Rádio e TV Educativas	0,84
Fundação Bial de São Paulo	0,83
Associação Orquestra Pró Música do Rio de Janeiro	0,80
Fundação Orquestra Sinfônica do Estado de São Paulo	0,71
Associação Cultural da Funarte	0,69
Divina Comédia Produções Artísticas Ltda.	0,67
Museu de Arte de São Paulo Assis Chateaubriand	0,66
Dançar Marketing Comunicações Ltda.	0,57
Associação de Amigos do Teatro Municipal do Rio de Janeiro	0,56
Fundação Iberê Camargo	0,56
Instituto Tomie Ohtake	0,56
Associação Sociedade de Cultura Artística	0,54
Corpo Ltda	0,53
Associação Pinacoteca Arte e Cultura - APAC	0,49
Instituto Alfa de Cultura	0,46
Mozarteum Brasileiro - Associação Cultural	0,44
Instituto Moreira Salles	0,43
Associação de Amigos do Centro Cultural Banco do Brasil	0,43
H Melillo Comunicação e Marketing Ltda.	0,40
Fundação Bial de Artes Visuais do Mercosul	0,40
Aventura Entretenimento Ltda.	0,40
Dell Arte Soluções Culturais Ltda	0,40
Opus Assessoria e Promoções Artísticas Ltda.	0,38
Backstage Rio Empreendimentos e Produções Artísticas e Culturais Ltda.	0,38
Sociedade dos Amigos do MON - Museu Oscar Niemeyer	0,34
Instituto Cultural Sérgio Magnani	0,34
Instituto Baccarelli	0,33
Participação no total	21,47

Fonte: SALIC/MinC, elaboração IPEA/DISOC

Vejamos agora os trinta maiores financiadores do período. Destacam-se os bancos privados, sendo que o somatório de recursos das várias empresas com o mesmo nome e que atuam em segmentos diferenciados de mercado, a exemplo de bancos, leasings, financiadoras, seguros previdenciários, seguradoras, corretoras, capitalização etc., colocaria a Petrobrás na ponta, significando 14,08% dos recursos totais, em contraposição a 2,92% do Itaú e 2,79% do Banco do Brasil.

Tabela 6 - 30 Maiores financiadores dos incentivos fiscais – 1995-2013

30 maiores Financiadores	% participação
Petróleo Brasileiro S. A - Petrobrás	12,73
Vale S/A	3,86
Banco do Brasil S.A	2,79
Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES	2,53
Centrais Elétricas Brasileiras S/A - ELETROBRÁS	2,07
Petrobrás Distribuidora S.A	1,35
Bradesco Vida e Previdência S/A	1,28
Cemig Distribuição S.A	1,10
Souza Cruz S.A	0,91
Telecomunicações de São Paulo S.A	0,86
Cielo S.A.	0,81
Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)	0,74
Banco Itaú S.A	0,70
Itaú Vida e Previdência S.A	0,67
Banco Bradesco Financiamentos S.A.	0,63
Banco Bradesco S/A	0,63
FIAT Automóveis S/A	0,61
BANCO ITAUCARD S.A	0,59
Banco Itaú BBA S.A	0,57
Redecard S/A	0,53
Cia Brasileira de Distribuição - CBD	0,51
VIVO S/A	0,51
Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração	0,51
CSN - Companhia Siderúrgica Nacional	0,50
Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP	0,50
UNIBANCO - União de Bancos Brasileiros S.A	0,49
TNL PCS S/A	0,43
Gerdau Açominas S.A	0,42
Tractebel Energia S.A	0,40
Volkswagen do Brasil indústria de Veículos Automotores Ltda.	0,40
AES Tietê S.A.	0,39
Cia. Itauleasing de Arrecadamento Mercantil	0,39
Participação no total	41,40

Fonte: SALIC/MinC, elaboração IPEA/DISOC

Aqui a análise gera menor surpresa. Em primeiro lugar aparecem as grandes empresas do petróleo, telefonia, bancos públicos e privados, cigarros etc. A melhoria da imagem corporativa dá a cor e o tom. O que se gostaria de enfatizar é o grande número de pequenos financiadores, a grande maioria, composta de pessoas físicas e de pequenas doações que compõem os recursos dos projetos apresentados. Na verdade, o número de financiadores é muito vasto e pulverizado, como se verá em seguida.

Ao se reorganizar os dados para apontar os alcances e extensão das ações apoiadas pelos instrumentos dos incentivos fiscais, temos as seguintes assertivas: a) mais de 10 mil proponentes apoiados (muitos se repetem todos os anos, especialmente os financiamentos de programações anuais de instituições culturais); b) absorção de montantes significativos em poucos projetos de maior valor, sendo que 2% dos proponentes absorveram 46% dos recursos incentivados; c) muitos são os projetos pequenos, sendo que 20% deles são de até R\$ 10 mil reais e 62% de até R\$ 60 mil.

Podemos acompanhar o perfil dos projetos em 2013 para estabelecer uma fotografia e colorir a reflexão a respeito dos incentivos fiscais. Em 2013 foram apoiados 16.875 projetos por 11.296 financiadores. Na média, cada financiador apoia 1,5 projetos, sendo que os recursos médios são da ordem de R\$ 74,7 mil por projeto, como se pode perceber pela tabela 4, a seguir, que apresenta as características mais gerais da modalidade incentivos fiscais da Lei Rouanet.

Do total, 41 financiadores (0,3% deles, em 2013) apoiaram 1.250 projetos, ou seja, 7,5% do total de projetos apoiados; isto significou o apoio de poucas empresas a muitos projetos, médias altas por projetos em termos de valor e, mais importante, 41% dos recursos advindos dos gastos tributários indiretos em 2013 – referimo-nos aqui somente àqueles projetos de 5 milhões de reais ou mais. Do outro lado, tem-se 8.398 apoiadores (74,3%) que apoiaram 54,6% dos projetos, mas que significaram 1,4% dos gastos tributários indiretos – no caso dos projetos que não ultrapassaram o valor de 10 mil reais. Se tomarmos essa faixa (até R\$ 10 mil) e a seguinte (de R\$ 10 mil a R\$ 150 mil), temos 91% dos apoiadores, 72% dos projetos apoiados e 8% dos recursos totais.

Tabela 7 - Projetos financiados em 2013 nos incentivos fiscais

Intervalo de valores entre projetos	N. Financiador	% financiadores	N. Projetos apoiados	% projetos apoiados	Média projeto/ financiador VI	Participação		
						total projetos	Média por projeto	
acima de 30.000.000	3	0,03	211	1,3	70,3	103.387.970	8,2	489.990
de 10.000.000 a 30.000.000	16	0,14	702	4,2	43,9	265.942.563	21,1	378.836
de 5.000.000 a 10.000.000	22	0,19	337	2,0	15,3	154.961.681	12,3	459.827
de 1.000.000 a 5.000.000	175	1,55	1.287	7,6	7,4	369.703.933	29,3	287.260
de 300.000 a 1.000.000	337	2,98	1.196	7,1	3,5	182.375.297	14,5	152.488
de 150.000 a 300.000	384	3,40	892	5,3	2,3	79.796.762	6,3	89.458
de 10.000 a 150.000	1.961	17,36	3.038	18,0	1,5	87.220.952	6,9	28.710
até 10.000	8.398	74,34	9.212	54,6	1,1	17.342.794	1,4	1.883
Total	11.296	100	16.875	100	1,5	1.260.731.952	100	74.710

Fonte: SALIC/MinC, elaboração IPEA/DISOC

Esses argumentos e a tabela 4 apontam para sentidos complementares: a) uma lógica de mercado, mesmo que pesquisas empíricas tenham que responder pelos impactos destas ações no acesso da população a bens simbólicos, o que faculta a poucas empresas o estímulo à cultura, o que é positivo, mas também o uso concentrado e concentrador de recursos públicos para as estratégias de marketing, o que parece ser questionável, mesmo para as empresas públicas ou estatais; b) uma lógica complementar, que embora não possa, rapidamente, ser descartada como de mercado, certamente tem que ser relativizada, dado a pulverização e o impacto que gera na organização da cultura pelo simples fato de financiar pequenos projetos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deve-se dizer que a contraposição entre os modelos de financiamento tem uma forte justificativa em ideias gerais, em cuja presença se podem organizar as escolhas públicas. Nada a dizer sobre os valores últimos que organizam aquelas ideias gerais, por eles pode-se ter simpatias inegáveis. A questão é se o sentido performático, o uso social e político que a elas podem-se dar, são seguidos por igual potência descritiva e analítica. E, aparentemente, a resposta é não.

O primeiro conjunto de ideias afirma que o Estado deve financiar a cultura, pois os mercados minimizam as possibilidades do exercício da criatividade ao reduzir a cultura a relações de trocas monetárias, ou seja, os bens culturais são trocados por dinheiro, sendo a cultura assim transformada em mercadoria. Quer dizer, o mercado reduz a cultura a conjuntos de bens que podem ser comprados. Algo no bem cultural não pode ser reduzido ao mercado, pois o próprio bem carrega ideologias e mesmo a identidade das comunidades nacionais e locais que os produzem. Essa posição dá margem, por exemplo, às políticas de exceção cultural, como no caso francês, com sua defesa dos bens audiovisuais nacionais contra a indústria cultural internacional. A outra posição é mais radical.

Nesta, a diversidade cultural relaciona-se com processos sociais e políticos, portanto, não se liga, a não ser muito indiretamente, a bens ou produtos. Assim, as vinculações da cultura com processos políticos

identitários, de reconhecimento cultural e ao exercício da própria cultura impõem reconhecer que a esta se solda a ideia de “igual respeito às estruturas valorativas, modos de vida ou linguagens”, no sentido de Wittgenstein, nas quais os grupos sociais escolheram viver ou trabalhar.

Mais ou menos radicais, as duas posições relativizam o papel dos mercados. Na primeira abordagem, há uma recusa ideológica global dos mercados e no segundo há uma descrição do mundo onde não há lugar determinante para a cultura material e para os bens. As duas descrições são relativamente ingênuas, não em um sentido qualquer válido como o ideológico, mas especialmente do ponto de vista analítico, sobre as relações entre Estado, mercado e modos de vida (cultura). Também são simplificadoras a respeito das relações do mundo da vida, ou seja, do cotidiano com a economia.

Reconhecidas as diferentes posições sobre a matéria, pode-se dizer que o Estado, seja sua atuação realizada na forma de financiamento direto ou indireto, estimulando produtos ou processos, sempre estará a incentivar a dinamização de mercados de bens culturais, sejam eles locais, regionais, nacionais ou transnacionais. Admita-se que o financiamento público se oriente para estimular trocas horizontais ou processos e mesmo assim, estas trocas continuarão a ser, em grande parte, mediadas por materialidades ou bens. Admita-se, por outro lado, que o financiamento cultural direciona-se ao reconhecimento da diversidade e teremos que admitir serem estas expressas nos quadros da cultura material e não apenas nas relações sociais fundadas em identidades descontextualizadas. Estas são concretas, a uma só vez, materiais e simbólicas.

Em geral, apela-se para o conceito antropológico de cultura para justificar a presença do Estado (já que os mercados são vilões do “achatamento, da homogeneização e do empobrecimento cultural”) e também o foco das políticas públicas na questão da diversidade cultural. Nada mais equivocado. Já se mostrou que o sentido do conceito antropológico é seu uso, que já serviu a processos da administração colonial, para sedimentação de relações de classe, para formulações políticas contra hegemônicas, para defesa de mercados etc. A cultura popular produzida a partir da urbanização, da presença dos meios de comunicação de massa, do cinema industrial, da música pop, enfim, das indústrias culturais, também são e geram culturas e, queira-se ou não, em sentido antropológico.

O que o financiamento cultural brasileiro faz, na verdade, o faz, pelo menos nos últimos anos, em nome dos direitos culturais e do conceito antropológico de cultura, é focar públicos e delimitar um sentido de equidade. Inúmeros são os exemplos, a começar pelos programas “*Arte Cultura e Cidadania - Cultura Viva*” e “*Mais Cultura*”, ambos com ações no campo audiovisual, leitura, cultura digital, artes, música, cultura popular, “*pontos de memória*” etc. O que a política de financiamento faz, empiricamente, entretanto, não se reduz a este uso, como se viu com os exemplos da compra de livros, FSA, patrimônio e dos editais da FUNARTE, embora, muitas vezes, a ideia de equidade se associe a esta, mas com torções e adaptações conceituais.

Os incentivos fiscais, por sua vez, além de apoiar instituições públicas, certamente apoiam inúmeras ações e atividades culturais das mais relevantes, podendo-se citar algumas das atividades financiadas pelo Banco do Brasil entre 2013 e 2014:

- a) Elles: Mulheres Artistas na Coleção do Centre Georges Pompidou;
- b) Watch Me Move - O Show da Animação;
- c) Plano Anual do Instituto Tomie Ohtake;
- d) Exposição Obras Primas do Renascimento Italiano;
- e) Plano Anual de Atividades Osesp;
- f) Exposição de Abraham Palatnik, o pioneiro da arte cinética no CCBB;
- g) Seleção Brasil em Cena, que objetiva revelar autores e atores de teatro;
- h) 6ª Edição do Programa Educativo Artes Visuais 2012 – 2013;

- i) Todos os Sons - Domingo CCBB 2013;
- j) Exposição de Artes Multimídia;
- k) 12a. Mostra do Filme Livre – MFL;
- l) Cinesul 2013 - Festival Ibero-Americano de Cinema e Vídeo / 20 Anos!

Estes são poucos exemplos que poderiam ser acrescidos por outros tais quais apoios ao Instituto Inhotim, OSESP, Bienal de São Paulo, MAM, festivais de dança, teatro, cinema, etc., que são, sem sombra de dúvidas, da mais alta relevância cultural.

Antes, porém, de nos perguntarmos pelo direito cultural a que temos direito, pode-se dizer que um uso possível a ser dado à ideia de que temos direitos culturais é poder justificar o direcionamento de recursos a grupos, associações e comunidades que, sem a preocupação explícita por parte do fundo público e, portanto, das políticas públicas, não realizariam valores como democratização cultural, democracia cultural e mais importante talvez, democracia no sentido de exercício da cidadania, quer dizer, de participação social nas decisões públicas.

Enfim, esta última frase contém parte dos sentidos do que se quer dizer aqui. A política cultural para ser democrática e em conformidade com as gerações de direitos civis, sociais e políticos, deve corresponder a uma ampla institucionalização da participação, que tenha como objetivo desenvolver, distribuir e transmitir cultura às gerações futuras. Portanto, a construção de uma cultura política democrática é uma das peças das políticas culturais. Mas o que dizer das políticas públicas de cultura? Quais são seus instrumentos? Quais são seus recursos? Como delimitá-las, se assim for possível, em relação a outras políticas com conteúdos culturais, possivelmente evidentes à luz do diáfano, impreciso e incomensurável conceito antropológico, tais como habitação, transporte, educação, saúde, proteção da criança e do adolescente, políticas étnicas, de gênero, ambiental etc., para selecionar poucos exemplos de uma lista extensa? Finalmente, uma derradeira questão, como elas se relacionam com as políticas culturais?

Uma sociedade moderna, que tenha como objetivo a realização dos direitos à cultura, dificilmente será capaz de excluir mercados dos processos alocativos, produtivos e distributivos. Nestas sociedades, há uma grande variedade de princípios morais, muitos dos quais em concordância ou, pelo menos, com tolerância das majorias, e outros aos quais se impõem discordâncias mais ou menos radicais, mais ou menos razoáveis. Para nós, a homofobia, as formas de racismo e discriminação de gênero são exemplos de crenças particulares com as quais não se deve desejar conviver.

Muitas práticas culturais, entretanto, inclusive desenvolvidas na forma das artes e da criação estética, convivem com aquelas crenças e as estimulam como corretas e naturais. Esses são exemplos de práticas que podem ser incentivadas caso os critérios de política e de financiamento público se concentrem em conceitos de equidade funcionais, ou seja, de renda, educação e exclusão de acesso a recursos públicos. Todos nós temos o direito à cultura, mas as instituições devem poder utilizar instrumentos e sanções para fazer cumprir tais direitos.

Assim como os instrumentos de política devem salvaguardar valores essenciais, devem poder impedir violências, corrupção e o florescimento de crenças culturais particulares contraditórios com aqueles valores. Não se afirma, com esses argumentos, o direito de punir ou a adesão a instrumentos legais reconhecidamente imprecisos e mesmo injustos, mas a necessidade de admitir a importância de alguns princípios restritivos como parte das políticas públicas. Algumas práticas das instituições públicas podem e devem ser restringidas, assim como práticas culturais de uso comum podem ser questionadas, a exemplo da misoginia, homofobia, racismo e todo tipo de chauvinismo. De qualquer forma, o direito de sancionar e punir imoralidades deve ser usado com prudência, sobretudo, na distribuição de recursos para a criatividade e para as atividades críticas.

O leitor deve estar a se perguntar, que papel estes elementos têm nas decisões de estruturação de políticas públicas culturais? A primeira vista, estamos questionando o papel do Estado como instância organizadora

central dos fenômenos culturais e da realização dos direitos. Em segundo lugar, expondo a complexidade dos objetos de ação das políticas culturais e então dizendo que a tipificação dos modelos de financiamento entre público e privado é uma jogada político-ideológica interessante, mas incapaz de descrever os instrumentos tais como se estruturam. Em terceiro lugar, concorda-se com a interpretação do direito da cultura como parte da cultura política democrática, mas se discorda em dissociá-la do acesso a bens e produtos. A cultura pode ser um conjunto de processos, mas estes são mediados por bens, portanto, não há como separar materialidades do elemento simbólico.

Evidentemente, não se quer incorrer aqui em petição de princípios. Reconhecemos a presença de práticas culturais cujo objetivo não é gerar um bem. Todavia não é possível dizer que as distribuições materiais e o acesso a bens não se constituem, por um lado, em parte da cultura material e, por outro lado, em parte dos direitos mais amplos da cultura, especialmente relacionada ao acesso a conteúdos, já que estes se cristalizam em suportes materiais.

Finalmente, afirma-se indiretamente, que os princípios de equidade são importantes, mas insuficientes para desenhar políticas e que é necessário se pensar em critérios concretos e regras capazes de estimular o que se deseja fazer politicamente, amplificando a riqueza das produções simbólicas. Também é necessário limitar as possibilidades de usar critérios particularistas como se universais fossem e é necessário fazer com que as políticas sigam critérios restritivos a comportamentos equívocos, especialmente do ponto de vista moral (a exemplo da homofobia e do racismo, como já se viu) e limitadores do pluralismo democrático.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

FINAGEIV FILHO, V. *Lei Rouanet: 23 anos de incentivo à cultura*. 2014. Monografia (TCC em Gestão Pública), Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2014.

GIANNECCHINI, A. C. *O IPHAN e o programa monumenta: Lições para a gestão do patrimônio cultural*. 2014. Monografia (TCC em Gestão Pública), Escola Nacional de Administração Pública, Brasília, 2014.

LIMA, L.; ORTELLADO, P. Da compra de produtos e serviços culturais ao Direito de produzir cultura: análise de paradigma emergente. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 2, p. 351-382, 2013.

POLÍTICAS Sociais: acompanhamento e análise: Cultura no 22. Brasília: IPEA, 2014.

SARAVIA, E. Que financiamento para que cultura? O apoio do setor público à atividade cultural. *RAP*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 89-119, jan./fev. 1999.

SILVA, F. A. Barbosa da. *O Redesenho do “Programa Arte Cultura e Cidadania – Cultura Viva”*: o último ato e a racionalidade dos processos decisórios nas políticas públicas. Brasília: IPEA, 2013. Divulgação restrita

SILVA, F. A. Barbosa da; FREITAS, R. *Financiamento cultural: uma visão de princípios*. Brasília: IPEA, 2014.

SILVA, F. A. Barbosa da; LABREA, V. V. *Linhas gerais de um planejamento participativo para o programa Cultura Viva*. Brasília: IPEA, 2014.

SILVA, F. A. Barbosa da; TELES, E. *Pacto federativo nas políticas culturais e seus instrumentos*. 2010, mimeo.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Naturaleza y Constitución
Nature and Constitution

Livio Perra

VOLUME 7 • Nº 1 • ABR • 2017

RESUMEN

El autor aborda la cuestión de cómo la ley puede proteger el medio ambiente y evalúa los pros y los contras de la afirmación en la Constitución de los derechos de la naturaleza. Para este propósito, se analiza la posible solución formulada por Ecuador y Bolivia. Estos recuperen sus tradiciones y basan en estos conocimientos ancestrales el marco normativo de los derechos de la Madre Tierra. La naturaleza es sujeto de derechos. Con el fin de verificar la aplicación práctica de la solución andina se examina la jurisprudencia anterior y la jurisprudencia producida después de las reformas constitucionales. Este trabajo, después de evaluar los pros y los contras, se llega a la conclusión original que la solución de dos Estados puede servir de inspiración a los legisladores de otros Países para la recuperación de sus propias tradiciones y valores culturales para establecer la protección del medio ambiente en sus ordenamientos jurídicos. Se llega a la conclusión que si un legislador quiere inspirarse en esta solución y afirmar los derechos de la naturaleza, tendrá que tener en cuenta la tradición de su País y hacer los ajustes apropiados.

Palabras clave: reformas en el derecho; reformas en las instituciones; Naturaleza; Buen Vivir; sujeto de derechos.

ABSTRACT

The author deals with the issue of how law can protect the environment and assesses the pros and cons of affirmation of the rights of nature in the Constitution. For this purpose, he analyses the possible solution formulated by Ecuador and Bolivia. These Countries retrieve their tradition and base the normative system of the rights of the Mother Earth on this ancient knowledge. Nature is subject of rights. In order to verify the practical application of the Andean solution, he examines the previous and post-constitutional case law. After assessing the pros and cons, he reaches the original conclusion that the solution of the two States can inspire the legislators of other Countries to retrieve their tradition and cultural values to establish the protection of the environment in their own legal system. Finally, he considers that if a legislator wants to draw inspiration from this solution and affirm the rights of nature, he will have to consider the tradition of his own Country and make appropriate adjustments.

Keywords: reforms in the law; reforms in the institutions; Nature; Buen Vivir; subject of rights.

* Recebido em 29/03/2017
Aprovado em 29/04/2017

** Professore a contratto, Diritto del Lavoro,
Università degli Studi di Sassari (Italia).

1. INTRODUCCIÓN

El nuevo constitucionalismo andino se ha enfrentado en los últimos años un gran reto: un contrato social entre las personas y la naturaleza. Según Serena Baldin se observa el nacimiento “de una nueva forma de Estado, así llamada el *caring state*, es decir, el Estado que tenga en cuenta las necesidades de los seres humanos de un modo holístico, incluyendo también los aspectos emocionales y culturales que surgen de las tradiciones indígenas, y rechaza el modelo neoliberal dominante”¹.

Todo ha surgido a partir de la cosmovisión andina² que ha asumido cada vez más voz y que ha influido en los legisladores de algunos Estados andinos. En particular, se ha visto el surgimiento de los conceptos de Buen Vivir o Vivir Bien³. Los Estados que han aceptado este gran desafío son Ecuador y Bolivia, donde la voz de los movimientos indígenas tiene influido en creer en este sueño de cambio. El presidente de Bolivia Juan Evo Morales Ayma trae estas instancias, también, al VII Foro Indígena de la ONU. Morales habla de la necesidad de “salvar el planeta”, y para eso hay que seguir 10 mandamientos⁴.

Morales sostiene que es necesario abandonar el modelo capitalista y pone en el décimo mandamiento que “queremos que todos puedan vivir bien, que no es vivir mejor a costa del otro. Debemos construir un socialismo comunitario y en armonía con la madre Tierra”⁵. La idea que lleva adelante el nuevo constitucionalismo andino es la que ve en el capitalismo y en la sobreexplotación de los recursos naturales las principales causas del cambio climático. El riesgo de estas distorsiones en el planeta Tierra se puede evitar, de acuerdo con este punto de vista, con la recuperación y la participación en la política y la economía de los valores tradicionales de respeto por la Naturaleza. Gaya Makaran observa la magnitud del fenómeno, que está lejos de ser sólo mero ecologismo: “en la última década América Latina, sobre todo la región andina, ha sido marcada por el deseo popular de un cambio de régimen político y económico que en términos coyunturales se oponga a las políticas neoliberales de los gobiernos, y en el contexto de larga distancia recurra a la necesidad de refundación del Estado-nación mismo”⁶.

Para comprender cómo la solución andina va a funcionar y si puede servir de inspiración a los demás Estados se debe en primero examinar lo que los dos Países han establecido en las reformas constitucionales y legislativas.

2. LA VOZ DE LA CULTURA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los pueblos indígenas siempre han tratado de hacer oír su voz, para participar en el proceso democrático para el desarrollo de sus Países. Se han enfrentado a muchas dificultades para hacer valer sus derechos de los

1 BALDIN, Serena. I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia. En: *Visioni LatinoAmericane*, n. 10, 2014, p. 30: “*di una nuova forma di Stato, il c.d. caring state, ossia lo Stato che considera i bisogni degli esseri umani in modo olistico, includendo anche aspetti emozionali e culturali derivanti dalle tradizioni autoctone, e che rifiuta il modello neoliberale dominante*”.

2 HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI, 2010, p. 24, escribe: “todas las culturas tienen una forma de ver, sentir percibir y proyectar el mundo. Al conjunto de estas formas se conoce como Cosmovisión o Visión Cósmica. Los abuelos y abuelas de los pueblos ancestrales hicieron florecer la cultura de la vida inspirados en la expresión del multiverso, donde todo está conectado, interrelacionado, nada está fuera, sino por el contrario “todo es parte de...”; la armonía y equilibrio de uno y del todo es importante para la comunidad. Es así que en gran parte de los pueblos de la región andina de Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú, Chile y Argentina, y en los pueblos ancestrales (primeras Naciones) de Norteamérica pervive la Cosmovisión Ancestral o Visión Cósmica, que es una forma de comprender, de percibir el mundo y expresarse en las relaciones de vida. Existen muchas naciones y culturas en el Abya Yala, cada una de ellas con sus propias identidades, pero con una esencia común: el paradigma comunitario basado en la vida en armonía y el equilibrio con el entorno”.

3 Buen Vivir y Vivir Bien son los correspondientes del *sumak kawsay* en quechua y *suma qamaña* en aymara.

4 Véanse MORALES AYMA, Juan Evo. *Los 10 mandamientos de Evo Morales para salvar al planeta*, Nueva York: PL y ABI, 2008. Disponible en: <<http://www.cadtm.org/los-10-mandamientos-de-evo-morales>>. Acceso en: 7 agosto 2016.

5 MORALES AYMA, Juan Evo. *Los 10 mandamientos de Evo Morales para salvar al planeta*, Nueva York: PL y ABI, 2008. Disponible en: <<http://www.cadtm.org/los-10-mandamientos-de-evo-morales>>. Acceso en: 7 agosto 2016.

6 MAKARAN, Gaya. Entre el Buen Vivir y el sobrevivir, modelos de desarrollo. En: *Cuadernos Americanos* 145, n. 3, 2013, p. 141.

individuos y las comunidades y los movimientos que exigen igualdad y el respeto de su cultura y tradición, como cada pueblo merece⁷, han traído sus instancias ante los Estados y ante los Organismos Internacionales.

A nivel internacional dos textos han intentado de dar voz a los pueblos indígenas: el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989 (núm. 169) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. Estos dos documentos hablan de la autodeterminación, la promoción, la preservación de la protección de las culturas indígenas.

La cultura es una fuerza que actúa como una herramienta para la transformación social. Las instancias de los pueblos indígenas, dirigidos al respeto de la naturaleza, son presentadas a los gobiernos de Ecuador y Bolivia, y se impregnaron en la técnica legislativa y han influido y apoyó el cambio fuerte a la que estos gobiernos han ido.

En concreto, se han penetrado en las ideas de la Naturaleza como sujeto de derechos y los conceptos de Buen Vivir y Vivir Bien.

Las cosmovisiones indígenas influyen en la nueva técnica legislativa el cambio de perspectiva. El mundo ya no se ve con los ojos antropocéntricos, sino biocéntricos.

Los ordenamientos jurídicos de Ecuador y Bolivia reconocen que la Naturaleza (Madre Tierra, Pachamama) es sujeto de derechos. Estas propuestas se derivan de las concepciones del Buen Vivir [*sumak kawsay*] y Vivir Bien [*suma qamaña*]⁸.

El Buen Vivir y Vivir Bien adquiere el significado de “*vida en plenitud*”⁹. Es un concepto todavía en construcción, todavía en formación, todavía no totalmente estructurado y fundado¹⁰.

¿Es correcto hablar de una verdadera revolución jurídica o contratendencia en la visión del derecho?

La configuración hija del positivismo jurídico, donde los valores morales y socioculturales no tienen gran peso, se dejó caer en este caso. En una visión del derecho como ésta de Kelsen¹¹ y después de Kelsen, donde en muchos Estados así la costumbre es relegada como fuente subsidiaria, a favor de la ley positiva (escrita), puede parecer extraña una fuerte influencia de la cultura en el derecho y en la producción de las normas jurídicas. Ahora la cultura pura y simple, por sí misma, no tiene la fuerza de hecho normativo [*fatto normativo*]¹² como es la costumbre, pero esta afecta a la producción de leyes.

Cabe señalar que para permitir que los valores indígenas para penetrar en el tejido social y en el derecho, preliminarmente ha hecho referencia completa al pluralismo, al concepto de Estado plurinacional, de sociedad multicultural y esto no puede dejar de pedir a la reforma del ordenamiento jurídico del Estado.

7 Este argumento se puede explicar usando las palabras del líder Cree MOSES, Ted. Ted Moses Speaks to the World Conference on Human Rights, Vienna Statement by Ambassador Ted Moses on behalf of the indigenous peoples of the North American Region to the World Conference on Human Rights, Vienna, June 14-25, 1993. Disponible en: <<http://www.gcc.ca/archive/article.php?id=69>>. Acceso en: 15 marzo 2017: “*All peoples have the right of self-determination. The States that object to the recognition of this right, seek to circumvent the application of international law to indigenous peoples in order to avoid the obvious and undeniable conclusions that flow from international standards. In order to avoid the implications of existing international law, they have hit upon a simple strategy: They have decided that our rights as peoples will not exist if they simply avoid referring to us as “peoples”. They have called us “populations”, “communities”, “groups”, “societies”, “persons”, “ethnic minorities”; now they have decided to call us “people”, in the singular. In short, they will use any name they can think of, as long as it is not “peoples” with an “s”. They are willing to turn universality on its head to avoid recognizing our right of self-determination*”.

8 Véanse BERROS, María Valeria. Ética animal en diálogo con recientes reformas en la legislación de países latinoamericanos. En: *Revista de Bioética y Derecho*, n. 33, 2015, p. 87, que rastrea las fuentes de este pensamiento están en el: “*sumak kawsay, buen vivir, suma qamaña, vivir bien*, en un ensayo por recuperar cosmovisiones indígenas”.

9 Véanse HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAO, 2010, p. 13.

10 Véanse BARIÉ, Cletus Gregor. Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza. En: *Latinoamérica. Revista de estudios Latinoamericanos*, n. 59, 2014, p. 14.

11 Véanse KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien: Deuticke, 1934.

12 El término “hecho normativo [*fatto normativo*]” se utiliza aquí en el sentido de Norberto Bobbio, es decir, la fuente-hecho, un hecho que produce las normas. Véanse BOBBIO, Norberto. *La consuetudine come fatto normativo*. Padova: Cedam, 1942.

Por lo tanto, en cierta medida se puede considerar el derecho como un producto de la cultura, mirando a la teoría de Gustav Radbruch¹³ como una clave de lectura, el derecho es “la realidad basada en el valor” [*wertbezogene “Wirklichkeit”*].

3. LA CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA Y LAS LEYES

La Constitución de la República del Ecuador en el *Preambulo* afirma que se está: “celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”. La intención se manifiesta como la construcción de: “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. En esta Constitución los derechos de los ciudadanos se entrelazan con las de la Naturaleza y hay una fuerte tensión al Buen Vivir. Al Buen Vivir debe corresponder siempre un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y que garantice la sostenibilidad¹⁴.

La última parte del artículo 275 de la Constitución de Ecuador establece que “el buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”. El cuarto objetivo del artículo 276 contempla el “recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural”.

Fernando Huanacuni Mamani subraya que: “la Constitución Política del Estado de Bolivia, promulgada el 7 de febrero del 2009, establece fines y funciones que orientan sus políticas públicas en el horizonte del vivir bien”¹⁵. En particular, este comienza con la formulación “cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia”.

Las diferencias entre la Constitución ecuatoriana y la boliviana están subrayadas por Eduardo Gudynas. En el texto de Bolivia se dice que uno de los fines del Estado es la industrialización de los recursos naturales¹⁶. El artículo 355 de la Constitución de Bolivia destaca un importante equilibrio de intereses entre el crecimiento económico del Estado y la protección de la Naturaleza.

La Bolivia en la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (n. 300 del 15 de octubre 2012) al artículo 5 define el Vivir Bien [*Sumaj Kamaña, Sumaj Kausay, Yaiko Kavi Páve*] como: “el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas, y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio

13 Véanse RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Heidelberg: CF Müller Juristischer Verlag GmbH, 1987, p. 74: “*Recht ist für ihn ja eine wertbezogene “Wirklichkeit”*”.

14 Véanse GUDYNAS, Eduardo, Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir después de Montecristi. En: WEBER, G. (ed.) *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo*. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, p. 88.

15 HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAO, 2010, p. 18.

16 Véanse GUDYNAS, Eduardo, Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir después de Montecristi. En: WEBER, G. (ed.) *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo*. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, p. 88.

con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo”. El propósito de la Ley se encuentra en el artículo 1: debe establecer los principios de desarrollo que tienden a Vivir Bien y, sobre todo, siempre en armonía con la Madre Tierra. Se debe prestar atención a la regeneración de los componentes de esta última. Pero lo que más llama la atención es la aclaración de la recuperación y promoción del conocimiento antiguo y local en la previsión de los derechos, obligaciones y deberes.

A partir de esta exposición se reseñan los puntos clave de las ideas introducidas en las dos Constituciones.

En primer lugar, se mira el posicionamiento de los derechos de la naturaleza en la Constitución y se puede deducir de este marco que estos derechos en el sistema jurídico se consideran importantes. En particular, están en pie de igualdad de los derechos humanos y deben encontrar con ellos la consistencia adecuada.

En segundo lugar, los jueces serán llamados, caso por caso, a la ponderación de los intereses que se enfrentarán. Ellos tendrán que encontrar el equilibrio adecuado entre los derechos de la naturaleza, el Buen Vivir y los derechos humanos.

4. EL ROL DE LAS INSTITUCIONES

Las tutelas muy importantes de la Naturaleza, entendida como sujeto de derechos, traen alguna novedad entre las obligaciones de los dos Estados. De hecho, para garantizar el respeto de la Naturaleza sólo podía hacerse para una serie de obligaciones y comportamientos de los dos Estados.

En Ecuador las obligaciones del Estado están dentro del artículo 277. En concreto, el Estado debe garantizar los derechos de las personas, de las comunidades y la Naturaleza. El desarrollo debe planificarse y regularse, debe estimularse, en especial la de las actividades económicas, pero siempre respetando la Constitución y la ley. El Estado debe desarrollar e implementar políticas públicas adecuadas y sancionar la inobservancia. La ciencia, la tecnología, las artes, el conocimiento tradicional y las iniciativas comunitarias operacionales y privadas deben ser promovidos. El artículo 278 establece las obligaciones de los individuos. Estos son de dos tipos: participar, controlar las políticas públicas para el fin del Buen Vivir y producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con conciencia social y ambiental. El artículo 279 regula las formas de participación en la planificación para el desarrollo a través de la descentralización.

El Estado de Bolivia, con el artículo 3 de la Ley n. 300, regula los fines y las formas. Se debe establecer las directrices de los principios para el acceso a las partes y a los sistemas de vida de la Madre Tierra. Es necesario establecer objetivos para el desarrollo general y para el Vivir Bien conciliable con el equilibrio de la Madre Tierra. Se requiere la coordinación de las leyes, políticas, normas, estrategias, planes, programas y proyectos estatales diseñados para Vivir Bien siempre en armonía con la Madre Tierra. El marco institucional que promueva el desarrollo armónico con la Madre Tierra debe estar bien definido.

El rol del Estado y de las instituciones significa no sólo un mero reconocimiento abstracto de los derechos de la naturaleza, pero se requiere un enfoque pragmático dirigido a la protección efectiva de estos derechos, además a través de las herramientas de participación adecuadas. Al derecho, que surge con su proclamación constitucional, se debe unir la posibilidad de ejercitar su tutela¹⁷. Es necesario establecer políticas públicas

17 En los ordenamientos jurídicos modernos, como ha señalado CAVALIERE, Stefania. *Questioni attuali in tema di “nuovi diritti”*. En: *Dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it - Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale), n. 2, p. 1-43, 2015. Disponible en: <http://www.dirittifondamentali.it/media/1162/articolo_cavaliere_questioni-attuali-in-tema-di-nuovi-diritti.pdf>. Acceso en: 26 abril 2017, p. 10: “un derecho ya existe cuando es proclamado o atributo de forma explícita por el ordenamiento y precisamente como tal se acompaña de un poder general de acción de protección [un diritto esiste già nel momento in cui è proclamato o

apropiadas para explicar lo que la enunciación de estos derechos ofrece. En particular, se requiere una atención especial en la elaboración de instrumentos para sancionar violaciones y los daños causados a la naturaleza.

5. LOS DAÑOS A LA NATURALEZA

La cuestión de quién debe ser puesto en marcha por el Estado, se vuelve crucial en el caso de daños causados a la Naturaleza.

Se debe, en primer lugar, hacer una distinción entre el daño que ya se ha producido y el posible daño futuro.

Esperanza Martínez observa como muchos daños ambientales, ya ocurrieron, han quedado impunes. Estos daños implican acciones para la recuperación y restauración de los ecosistemas y requerirán acciones dirigidas a este fin.

Para los posibles daños futuros la pregunta que surge es si tales daños pueden evitarse con acciones y políticas de prevención.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 396 establece que el Estado ponga políticas y herramientas adecuadas para evitar y prevenir daños a la naturaleza y establece que si se produce el daño surge “la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas”. La obligación de poner en marcha las herramientas para prevenir el daño incumbe a los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios. Este artículo establece que la acción legal para enjuiciar y sancionar a los daños al medio ambiente es imprescriptible. El artículo 397 establece que la legitimación activa es de cada persona física o jurídica, colectividad o grupo humano y que “la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o el demandado”. El Estado en forma subsidiaria inmediatamente se debe tomar para asegurar la salud y restaurar los ecosistemas.

La Constitución boliviana establece en el artículo 347 que los delitos ambientales son imprescriptibles, y requiere que se ponga especial atención en todas las fases de producción para evitar daños al medio ambiente y la salud y en los casos que se producen que se tomen medidas para la reparación.

El Estado debe evitar acciones que causan daño en las aguas de los ríos y en las zonas intermedias, para preservar el estado natural (artículo 376). El artículo 389 establece que los actos de conversión de los suelos en las zonas no clasificadas para esos fines son delitos punibles y obligan a reparar los daños causados. El artículo 4, sobre los principios, de la Ley boliviana n. 300 prescribe que “el Estado Plurinacional de Bolivia y cualquier persona individual o colectiva se obliga a prevenir y/o evitar de manera oportuna eficaz y eficiente los daños a los componentes de la Madre Tierra” y en caso de daños al medio ambiente, es por estas personas una obligación integral y efectiva de restauración. En el artículo 15 se prevé que el Estado “impulsará de forma progresiva y de acuerdo a las circunstancias locales, la creación y fortalecimiento de patrones de producción más sustentables, limpios y que contribuyan a una mayor calidad ambiental”. El artículo 26 afirma la necesidad de tratar siempre de evitar el daño ambiental y social en las minas y en la actividad de extracción de hidrocarburos.

Consideraciones importantes derivan de estas disposiciones. En concreto, el resarcimiento del daño surge como una solución lista por los daños causados, pero no es sólo el remedio de lo que ya pasó. La importancia se centra asimismo en la necesidad de prevenir la ocurrencia de daños, proporcionando medios de prevención adecuados.

attribuito esplicitamente dall'ordinamento e proprio in quanto tale è accompagnato da un generale potere di azione a tutela”, a diferencia de lo que ocurrió en el derecho romano, donde existía el principio del *ubi remedium, ibi ius*, existía un derecho sólo porque estaba protegido.

6. LA EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EN ECUADOR

La nueva visión constitucional ha influido profundamente también en los tribunales de Ecuador.

Los deberes de protección del medio ambiente fueron trasladados al derecho de los seres humanos a vivir en un medio ambiente sano y estaban protegidos como derechos colectivos y difusos. Cualquier persona natural, jurídica o grupo humano podrían ejercer las acciones para proteger el medio ambiente (legitimación genérica)¹⁸.

La configuración anterior, la tradicional, consideraba la naturaleza como un objeto y el hombre podía apropiarse de los recursos naturales. Las mismas Cortes hacen hincapié en la diferencia entre la vieja y la nueva forma de pensar acerca de la Pachamama, es decir el nuevo elemento que forma la concepción de la naturaleza como sujeto titular de sus derechos¹⁹, que el Estado está obligado a garantizar y proteger²⁰. En particular, la Corte Constitucional en un fallo en el que habla de la provincia de Galápagos, ya protegido por la legislación que en ese momento estaba en vigor²¹, mostró que “la actual Constitución tiene mayores estándares de protección ambiental (derechos de la naturaleza)”²².

La Corte Constitucional identifica dos categorías de derechos de la naturaleza previstos en la Constitución: el derecho a su existencia, para el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, y el derecho a su restauración en los casos de daños a la naturaleza²³. El Estado tiene el deber de proteger y garantizar el patrimonio natural y garantizar los derechos de las personas y la naturaleza²⁴.

Un aspecto que la jurisprudencia constitucional considera que es vital para la protección de la naturaleza es la prevención. En este sentido el Tribunal Constitucional en 2004 ha puesto el acento en el hecho de que si bien la lógica del derecho en general se basa en el castigo del hecho, “el derecho ambiental tiene por objeto evitar el acto in jurídico”²⁵. El principio de prevención se considera el factor de la certeza del daño²⁶.

18 En este sentido la Tercera Sala del Tribunal Constitucional dijo, en un fallo que se refería a los efectos causados al ambiente por emisiones de una refinera, la importancia de los derechos ambientales en la Constitución y sus naturaleza de derechos colectivos y difusos “sobre los cuales existe legitimación genérica”. Véanse ECUADOR. Tribunal Constitucional, Tercera Sala. Resolución N°. 0325-2003-RA. Registro Oficial N°. 195, 22 de octubre de 2003.

19 Véanse ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 218-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 629, 17 de noviembre de 2015; ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 166-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 575, 28 de agosto de 2015.

20 Véanse ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia N°. 017-12-SIN-CC. Registro Oficial Suplemento N° 743, 11 de julio de 2012.

21 Véanse ECUADOR. Tribunal Constitucional Resolución N°. 0025-2001-TC.

22 ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia N°. 017-12-SIN-CC. Registro Oficial Suplemento No 743, 11 de julio de 2012.

23 Según la ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición, Primera Sala. Resolución N°. 0567-08- RA. Registro Oficial Edición Especial N°. 23, 08 de diciembre de 2009, la restauración “debe ser de carácter integral, como un conjunto de medidas orientadas a recuperar de manera sistémica las condiciones, composición y estructura original (vegetación, flora, fauna, clima, agua, suelo y microorganismos) de un ecosistema o proceso natural afectado o degradado por una actividad antropóide”. Y, entonces, la ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 166-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 575, 28 de agosto de 2015, dice que la restauración “debe estar encaminada hacia el aseguramiento que el sistema natural vuelva a gozar de condiciones que permitan el correcto desenvolvimiento en relación a sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

24 Véanse ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición, Primera Sala. Resolución N°. 0567-08-RA. Registro Oficial Edición Especial N°. 23, 08 de diciembre de 2009. En particular, en referencia a las Islas Galápagos, la ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia N°. 017-12-SIN. Registro Oficial Suplemento N°. 743, 11 de julio de 2012, habla de una doble responsabilidad del Estado que debe proteger la integridad y biodiversidad del ecosistema. Esta doble responsabilidad deriva, según el Tribunal, también del reconocimiento por la UNESCO en el año 1979 de las Islas Galápagos como Patrimonio Natural de la Humanidad.

25 ECUADOR. Tribunal Constitucional, Tercera Sala. Resolución N°. 0187-2004-RA. Registro Oficial N°. 357, 16 de junio de 2004.

26 Véanse ECUADOR. Tribunal Constitucional, Segunda Sala. Resolución N°. 594-2003-RA. Registro Oficial N°. 258, 23 de enero de 2004, con respecto a una acción relativa a una planta procesadora de asfalto ubicada en zona ecológica protegida. En este sentido, después, también se expresó la ECUADOR. Corte Constitucional para el período de transición, Segunda Sala. Resolución N°. 1369-07-RA. Registro Oficial Suplemento N°. 112, 27 de marzo de 2009, en una acción sula instalación de una fábrica de ensamblaje de ventanas de PVC en zona residencial en términos de “certeza científica respecto del deterioro o daño ambiental o de

El nuevo marco constitucional de la naturaleza como sujeto titular de derechos no se limita al mero reconocimiento, como señala la Corte Constitucional del Ecuador. Son, en realidad, derechos “cuyo respeto debe anteponerse a cualquier interés económico individual”²⁷. La jurisprudencia constitucional ha puesto su interés, también, sobre la obligación del Estado para asegurar la efectiva protección de los derechos de la naturaleza²⁸. Se extiende, es decir, la protección de los derechos de la naturaleza, como ocurrió en relación con la salud pública: la protección efectiva y rápida²⁹. Al hacerlo, la protección de los derechos de la naturaleza son deberes del Estado que realiza a través de la Función Judicial.

La jurisprudencia actual del Ecuador, como ya se ha observado a partir del análisis de las sentencias anteriores y posteriores a la introducción de los derechos de la naturaleza, es decir, de la concepción de la naturaleza como un sujeto de derechos, no se plantea como la ruptura total de diagramas lógicos que existía antes de este “revolución normativa”.

La jurisprudencia ha tomado nota de las nuevas formas que son útiles para proteger la naturaleza en todas sus formas y componentes y ha puesto los nuevos valores en el sistema. Los derechos de la naturaleza sin duda ofrecen una mayor protección que el sistema anterior, donde el ambiente estaba protegido sólo en lo que se refiere al derecho de los hombres a vivir en un medio ambiente saludable, pero los argumentos jurídicos trazan la idea que estos derechos están considerados, en este caso, superiores a los derechos individuales económicos. Los derechos de la naturaleza y los derechos económicos individuales, por lo tanto, deben encontrar el equilibrio adecuado y, en las resoluciones de jurisprudencia, se debe equilibrar en cada caso todos los intereses en juego. La protección debe ser eficaz, no sólo en el papel, y el Estado tiene el deber, través de la Función Judicial, de llevar rápida y adecuada protección, incluyendo formas de prevención, así como de represión, de la conducta humana que pueda perjudicar a la naturaleza y sus componentes.

Las Cortes del Ecuador están haciendo mucho para proteger los derechos de la naturaleza, pero sólo el futuro de la práctica jurídica ofrecerá nuevos elementos a observar y analizar la evolución de esta nueva ola de ideas en la aplicación práctica.

7. LA EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EN BOLIVIA

La entrada de la cosmovisión andina en la Constitución y las leyes ordinarias de Bolivia hizo oír su voz aun en la jurisprudencia.

Antes de esta reforma, la protección del medio ambiente se ancló al valor de protección del medio ambiente sano como un derecho humano fundamental³⁰. En particular, la jurisprudencia consideraba los

la salud humana”.

27 ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 218-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 629, 17 de noviembre de 2015. En esta lógica ya el ECUADOR. Tribunal Constitucional Resolución N°. 0335-2004-RA. Registro Oficial N°. 432, 30 de septiembre de 2004, se refirió a la imposibilidad de libertad para el comercio y la empresa de menoscabar intereses supraindividuales.

28 Véanse ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 218-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 629, 17 de noviembre de 2015; ECUADOR. Corte Constitucional Sentencia N°. 166-15-SEP-CC. Registro Oficial Suplemento N°. 575, 28 de agosto de 2015.

29 Se piense en un caso relacionado con la presencia de arsénico en el agua cerca de la ciudad de Quito. El ECUADOR. Tribunal Constitucional, Tercera Sala. Resolución N°. 1175-2006-RA. Registro Oficial Suplemento N°. 53, 29 de marzo de 2007, ha dispuso la provisión de agua potable hasta que se encuentre una solución definitiva.

30 Véanse la BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 400/2006-R, 25 de abril de 2006, según la cual: “los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos por su status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, en ese entendido, una de las notas caracterizadoras de todo derecho fundamental es el de ser un derecho subjetivo, lo que implica que su titular tiene la facultad de exigir su respeto y observancia, pudiendo acudir al órgano jurisdiccional competente para reclamar, a través de los recursos que establece el respectivo orden jurídico, la protección de tales derechos y la reparación del menoscabo sufrido”.

derechos fundamentales “desde un punto de vista moral y político [...] básicos para la convivencia humana, creando a su fragua las condiciones necesarias para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en circunstancias compatibles con la dignidad humana, legitimando y limitando el poder estatal, creando así un marco de convivencia propicio para el desarrollo libre de la personalidad”³¹.

La jurisprudencia en varias ocasiones³² ha sostenido que la Constitución y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos no sólo establecen los derechos de los seres humanos, sino también la capacidad del Estado para limitar el ejercicio, sin violar ellos, en el ejercicio de su Poder Público en casos especiales³³.

Otra cuestión a considerar es el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución de Bolivia³⁴ y, por lo tanto, la aplicación directa de los preceptos contenidos en ella. Además, el artículo 35 de la Constitución política de 1967 con reformas de 1994 de la Bolivia afirmó que “las declaraciones, derechos y garantías que proclaman esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. En 2003, el Tribunal Constitucional³⁵ dijo que esta “cláusula abierta” adujo que los tratados, convenciones y declaraciones internacionales sobre los derechos humanos son parte “del orden jurídico del sistema constitucional boliviano” y tienen aplicación directa (carácter normativo) y por lo tanto este tipo de protecciones son exigibles por cada persona.

En este marco de los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente se colocó como un derecho de los hombres a vivir en un medio ambiente saludable, protegido por la Constitución, los tratados y los convenios internacionales.

Con la nueva Constitución se ha fortalecido la protección del medio ambiente. La introducción de los derechos de la Madre Tierra abre a una mayor protección de la naturaleza y sus componentes, que tiene lugar en Bolivia y con la aplicación directa de las disposiciones constitucionales, tanto con las leyes ordinarias. En particular, la jurisprudencia constitucional³⁶ enfatiza la interpretación intercultural de los derechos humanos y fundamentales y una gran atención a los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígenas, recordando la búsqueda de diálogo entre las diferentes culturas que conforman el Estado y no el choque.

La jurisprudencia ha subrayado la importancia del paradigma del vivir bien³⁷. El vivir bien es la clave para la interpretación de los derechos fundamentales en el contexto intercultural, de los derechos individuales y colectivos en contextos inter y intraculturales, de acuerdo con la configuración del Estado caracterizado por el pluralismo y interculturalidad. El control constitucional garantiza el carácter concreto del vivir bien y de los valores que lo constituyen, como la complementariedad, equilibrio, dualidad y armonía, analizados en un contexto de diálogo intercultural.

El objetivo del Estado es construir una “justicia imparcial, transparente, equitativa, pronta, oportuna y sin dilaciones respetando los derechos fundamentales y las normas constitucionales consagradas en la Ley

31 BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 1082/2003-R, 30 de julio de 2003. Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 1127/2003-R, 12 de agosto de 2003. Véanse también BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 1181/2003-R; BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 1144/2003-R, 13 de agosto de 2003.

32 Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional N.º 0061/2003, 1 de julio de 2003.

33 Este punto de vista, en cuanto a la posibilidad de que el Estado en casos particulares puede limitar el ejercicio de ciertos derechos, ha sobrevivido en resoluciones dictadas después de la nueva Constitución. Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0336/2012, 18 de junio de 2012.

34 Sobre el carácter normativo de la Constitución, se expresan en este sentido también las resoluciones dictadas después de la nueva Constitución. Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1357/2013, 16 de agosto de 2013.

35 Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional N° 1662/2003-R, 17 de noviembre de 2003.

36 Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0790/2012, 20 de agosto de 2012.

37 Véanse BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 1422/2012, 24 de septiembre de 2012; BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0778/2014, 21 de abril de 2014.

Fundamental³⁸ en la pluralidad jurídica. El vivir bien en la concepción de los pueblos indígenas asume una dimensión espiritual, afectiva y social, él “trata de una forma de vida natural, basada en la convivencialidad, complementariedad y relacionalidad de todo lo que compone la vida, con un enfoque integral y holístico de ésta, donde el ‘vivir bien’, no es el mundo depredador capitalista que lo destruye todo”³⁹.

La jurisprudencia de la Bolivia centra su atención en la naturaleza del Estado Plurinacional, en su interculturalidad. En vista de esto, se da importancia a la voz indígena que lleva en el ordenamiento jurídico la cosmovisión andina, según la cual cada componente natural tiene su propia vida y, por tanto, un derecho a la existencia y la recuperación en caso de que se haya causado el daño. La opción de Bolivia para asegurar y garantizar los derechos de la naturaleza abre nuevas áreas de mayor protección del medio ambiente. La jurisprudencia reconoce la coexistencia en armonía con la naturaleza, a la que los pueblos indígenas tienen por objeto como parte del buen vivir y no sólo como un derecho humano a vivir en un medio ambiente saludable, protegido cuando hay un riesgo de afectar negativamente al medio ambiente en el cual el ser humano vive.

La protección de la Madre Tierra se convierte en un estilo de vida, coexistir en un todo vivo sin poner en peligro la naturaleza, dispersar las especies o aprovechar sus recursos de manera indiscriminada. Las sentencias constitucionales están explicando los objetivos del legislador de Bolivia. Se pusieron de relieve los fines y colocan el énfasis sobre el buen vivir, según lo previsto en el ordenamiento jurídico y la cosmovisión de los pueblos indígenas que componen el País.

8. LA INSPIRACIÓN POSIBLE DE LA SOLUCIÓN ANDINA

Cuando se habla de la protección del medio ambiente, es imposible no pensar al cambio climático, a las consecuencias que el planeta sufre por la causa de la contaminación y la explotación de los recursos naturales sin ningún criterio.

Vivimos en la era del Antropoceno⁴⁰, es decir, en la época en que el medio ambiente terrestre está condicionado por efectos de las acciones humanas. Todos los Estados y las organizaciones internacionales están buscando cada vez más nuevas soluciones para detener, castigar y prevenir el daño ambiental. En algunos Países, la legislación está experimentando una rápida evolución hacia una mayor protección de la naturaleza, en otros todavía está luchando para anclar la protección a las normativas existentes sin tentar una innovación, otros miran a su alrededor en busca de soluciones.

Algunos Estados han encontrado una posible solución en la recuperación de las tradiciones ancestrales en la cosmovisión andina para una protección centrada en la armonía de todos los seres que componen la Tierra.

Se piense a otros Países, como Italia. Por la protección del medio ambiente no se encuentra en su legislación una protección completa para cada caso, aunque es sede de importantes tradiciones culturales, de Cerdña a Valle de Aosta, que se basan en el respeto por la naturaleza y la acción humana a conciencia y respetuosa de los ritmos naturales. El medio ambiente no está protegido directamente. La referencia es constante

38 BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 0076/2013, 14 de enero de 2013.

39 BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional N° 2056/2012, 16 de octubre de 2012. Esta Sentencia establece que: “dado que según la cosmovisión de los pueblos indígenas, éstos se conducen por la defensa de la vida, la cual está en peligro; para estos pueblos, la tierra no es un espacio sin vida, sino un territorio integral, con su propia estructura, pensamiento, espiritualidad, economía, cultura; ahí se vive y se convive con la naturaleza, se tiene organización con autoridad, idioma, cultura y conocimientos propios”.

40 Véanse CRUTZEN, Paul Jozef. The anthropocene. En: EHLERS, E. y KRAFFT, T. (eds.) *Earth system science in the anthropocene*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2006, p. 13-18.

para la salud humana, es decir, la idea de medio ambiente sano⁴¹. Los animales son objetos, una mercancía, y esta identificación abre numerosas cuestiones, incluidas las dificultades para obtener el resarcimiento de los daños a los animales afectivos⁴². En comparación con el pasado, en el que sólo se vio compensada por la pérdida patrimonial, ha habido algunos avances. La jurisprudencia de hoy intenta resolver la situación, trayendo la pérdida del animal afectivo de una situación resarcible en virtud del artículo 2059 del Código Civil, levantando un buen número de preguntas⁴³: la interpretación judicial debe identificar la violación de un derecho inviolable de la persona para compensar el daño no patrimonial. En el sistema jurídico italiano no existe ninguna disposición constitucional que trata directamente la relación entre el hombre y el animal. La jurisprudencia, por lo tanto, debe en cada caso encontrar el derecho inviolable herido protegido por la Constitución. De esta manera, muchas hipótesis no están incluidas y la protección sigue siendo bastante limitada, como la misma jurisprudencia está viendo en los tribunales.

La solución andina, que consiste en una muy amplia legitimidad a la acción y en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, podría ser una buena fuente de inspiración y ofrecería mejores áreas de protección para incluir muchas situaciones que ocurren.

Las novedades andinas de la recuperación de los conocimientos y las ideas tradicionales de la coexistencia del hombre en armonía con la naturaleza y sus aportaciones en la Constitución pueden servir de inspiración para los legisladores de todo el mundo.

Todos los Países tienen tradiciones que respetan la naturaleza, sus componentes y sus ritmos, estos podrían ser recuperados después de un cuidadoso análisis, la selección y la homogeneización de los valores ya introducidos en los textos constitucionales y legislativos.

9. CONCLUSIONES: OBSERVACIONES CRÍTICAS DE LA SOLUCIÓN ANDINA

En este trabajo se ha analizado la respuesta andina para el problema de la protección del medio ambiente.

Muchos Estados tratan de proporcionar una protección adecuada del medio ambiente y la solución de Ecuador y Bolivia se erige como una de las posibles soluciones. No hay ninguna pretensión para identificar esta solución como opción generalizada o viable en todos los contextos.

En particular, entre las ventajas que ofrece esta solución es, sin duda, la protección directa del medio ambiente. Esta tutela directa supera las dificultades que surgen en busca de intereses o derechos humanos para proteger la naturaleza, donde no siempre se puede abarcar todas las hipótesis que pueden ocurrir. Si este *modus operandi* proporciona una ventaja en algunos aspectos, se debe tener en cuenta que en la práctica puede restringir los derechos de los seres humanos y convertirse en algunos casos también como una carga injustificada para la iniciativa económica. Ahora lejos de sentirse, como Francesco Viola escribe, que “los derechos de la naturaleza, de los animales y de los hombres ciertamente parecen irreconciliables”⁴⁴, también debe considerar las consecuencias más remotas a las que la afirmación de los derechos de la naturaleza podría conducir. No debe ejecutar, es decir, el riesgo pronosticado por Zaffaroni⁴⁵ que una sensibilidad hu-

41 Véanse VILLANACCI, Gerardo. L'opaco profilo del risarcimento civilistico nella complessa disciplina ambientale. En: *Contratto e impresa*, n. 3, p. 606-652, 2014.

42 Véanse PARINI, Giorgia Anna. Morte dell'animale di affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento? En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, n. 9, p. 603-615, 2012; TOMMASEO, Ferruccio. L'inferno e il suo cane: una singolare applicazione della cura della persona nell'amministrazione di sostegno. En: *Famiglia e diritto*, n. 4, p. 379-385, 2012.

43 El artículo 2059 del Código Civil italiano establece: “el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley”.

44 VIOLA, Francesco. Etica dei diritti. En: VIGNA, C. (ed.) *Introduzione all'etica*. Milano: Vita e Pensiero, 2001, p. 322: “i diritti della natura, quelli degli animali e quelli degli uomini sembrano proprio inconciliabili”.

45 Véanse ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia. En: ESPINOSA GALLE-

mana diferente de un individuo a otro puede conducir a actuar en juicio para la protección de la naturaleza para su simpatía hacia un animal en particular, una planta específica. Se comparte la idea de Viola, que cree que “la protección de la naturaleza y de las especies vivientes requiere una fuerte limitación de la libertad de elección de los individuos”⁴⁶, pero será el deber de los tribunales para determinar los límites y tener cuidado de no entrometerse en una lectura llevada al extremo de una visión ecológica que “esencialmente, no se fía de los derechos humanos y si no es anti-humanista”⁴⁷. Esto no es calificar ya que tanto el principal interés en absoluto, pero en cada caso, es necesario equilibrar todos los derechos y intereses. Obviamente, esto no afecta mucho a la solución jurídica, que se ideó por un Estado, pero siempre se debe tener cuidado cuando dentro de un sistema jurídico se introducen nuevos derechos. Cada nuevo derecho implica siempre sus respectivas obligaciones y si no es posible proceder a una armonización del sistema jurídico, en lugar de responder a una pregunta, se abren nuevas y diferentes cuestiones.

La solución andina proviene de la cosmovisión andina, como observado por las frecuentes referencias en la legislación y jurisprudencia. El hecho de tener en cuenta es que en la escena jurídica se han establecido nuevos derechos para sustraer el medio ambiente a las lagunas de la ley que permitieron la protección sólo de manera incidental. Es una solución que busca dar sustancia a la protección, la cual surge como una herramienta para frenar el daño ambiental producido y prevenir los futuros daños. Las ideas de las Constituciones de Ecuador y Bolivia se presentan como el camino a seguir para una protección más eficaz del medio ambiente, pero es sus camino. Un Estado que va a optar por seguir los mismos pasos también debe considerar sus visiones del mundo y valores culturales y tradicionales que lo caracterizan, porque podrían ser necesarias adaptaciones específicas.

No es cierto, entonces, que la solución andina es la única posible, otros Estados podrían ofrecer adecuadas herramientas eficaces para la protección del medio ambiente, sin necesidad de construir el complejo sistema de los derechos de la naturaleza. Es una opción, en esos dos Países se cree que es la mejor manera de proteger la naturaleza y se observa que la reciente legislación y la jurisprudencia están manteniendo, de forma coherente, las intenciones que los dos Países han establecido para la protección del medio ambiente.

Es una solución relativamente reciente y sigue siendo necesario ser operados pasos para alcanzar una cierta estabilidad de todo el sistema del derecho ambiental. Algunas cuestiones ya son concebibles, pero sólo el tiempo dirá si y qué otras cuestiones se derivarán de estas concepciones seguidas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 317-362.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. El derecho de la naturaleza: fundamentos. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 173-238.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

BALDIN, Serena. I diritti della natura nelle costituzioni di Ecuador e Bolivia. En: *Visioni LatinoAmericane*,

GOS-ANDA, C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. (eds.) Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 3-33.

46 VIOLA, Francesco. Etica dei diritti. En: VIGNA, C. (ed.) *Introduzione all'etica*. Milano: Vita e Pensiero, 2001, p. 321: “*la protezione della natura e delle specie viventi richiede una pesante limitazione della libertà di scelta degli individui?*”.

47 VIOLA, Francesco. Etica dei diritti. En: VIGNA, C. (ed.) *Introduzione all'etica*. Milano: Vita e Pensiero, 2001, p. 321: “*è tendenzialmente diffidente nei confronti dei diritti dell'uomo se non addirittura antiumanistica?*”.

n. 10, p. 25-39, 2014.

BARIÉ, Cletus Gregor. Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza. En: *Latinoamérica. Revista de estudios Latinoamericanos*, n. 59, p. 9-40, 2014.

BERROS, María Valeria. Ética animal en diálogo con recientes reformas en la legislación de países latinoamericanos. En: *Revista de Bioética y Derecho*, n. 33, p. 82-93, 2015.

BOBBIO, Norberto. *La consuetudine come fatto normativo*. Padova: Cedam, 1942.

CARTAY ANGULO, Belkis Josefina. La naturaleza: objeto o sujeto de derechos. En: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. (eds.) *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 245-259.

CAVALIERE, Stefania. Questioni attuali in tema di “nuovi diritti”. En: *Dirittifondamentali.it (www.dirittifondamentali.it - Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale)*, n. 2, p. 1-43, 2015. Disponible en: <http://www.dirittifondamentali.it/media/1162/articolo_cavaliere_questioni-attuali-in-tema-di-nuovi-diritti.pdf>. Acceso en: 26 abril 2017.

CRUTZEN, Paul Jozef. The anthropocene. En: EHLERS, E. y KRAFFT, T. (eds.) *Earth system science in the anthropocene*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2006, p. 13-18.

DEVALL, Bill y SESSIONS, George. *Deep ecology: living as if Nature mattered*. Salt Lake City: Gibbs M. Smith, Inc., Peregrine Smith Books, 1985.

ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos y PÉREZ FERNÁNDEZ, Camilo. Prólogo. En: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. (eds.) *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. ix-xi.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari: Laterza, 2001.

GUDYNAS, Eduardo. Desarrollo, derechos de la naturaleza y Buen vivir despues de Montecristi. En: WEBER, G. (ed.) *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo*. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador. Quito: Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, p. 83-102.

GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la Naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 239-286.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. *Buen Vivir / Vivir Bien*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima: Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAO, 2010.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Wien: Deuticke, 1934.

LOVELOCK, James. *The Revenge of Gaia. Why the Earth is Fighting Back – and How We Can Still Save Humanity*. London: Penguin Books, 2006.

MAKARAN, Gaya. Entre el Buen Vivir y el sobrevivir, modelos de desarrollo. En: *Cuadernos Americanos* 145, n. 3, p. 141-156, 2013.

MARTÍNEZ, Esperanza. Prólogo. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 7-23.

MORALES AYMA, Juan Evo. *Los 10 mandamientos de Evo Morales para salvar al planeta*, Nueva York: PL y ABI, 2008. Disponible en: <<http://www.cadtm.org/los-10-mandamientos-de-evo-morales>>. Acceso en: 7 agosto 2016.

MOSES, Ted. Ted Moses Speaks to the World Conference on Human Rights, Vienna Statement by Ambassador Ted Moses on behalf of the indigenous peoples of the North American Region to the World Conference on Human Rights, Vienna, June 14-25, 1993. Disponible en: <<http://www.gcc.ca/archive/article.php?id=69>> . Acceso en: 15 marzo 2017.

MURCIA RIAÑO, Diana Milena. El sujeto naturaleza: elementos para su comprensión. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 287-316.

MURCIA RIAÑO, Diana Milena. *La naturaleza con derechos*. Un recorrido por el derecho internacional de los derechos humanos, del ambiente y del desarrollo. Quito: Aurora Donoso Game, 2012.

PARINI, Giorgia Anna. Morte dell'animale di affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento? En: *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, n. 9, p. 603-615, 2012.

PESÁNTEZ BENÍTEZ, Johana Farina. Presentación. En: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. (eds.) *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. vii- viii.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Heidelberg: CF Müller Juristischer Verlag GmbH, 1987.

TOMMASEO, Ferruccio. L'infermo e il suo cane: una singolare applicazione della cura della persona nell'amministrazione di sostegno. En: *Famiglia e diritto*, n. 4, p. 379-385, 2012.

VILLANACCI, Gerardo. L'opaco profilo del risarcimento civilistico nella complessa disciplina ambientale. En: *Contratto e impresa*, n. 3, p. 606-652, 2014.

VIOLA, Francesco. Etica dei diritti. En: VIGNA, C. (ed.) *Introduzione all'etica*. Milano: Vita e Pensiero, 2001, p. 319-338.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia. En: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, C. y PÉREZ FERNÁNDEZ, C. (eds.) *Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 3-33.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. En: ACOSTA, A. y MARTÍNEZ, E. (eds.) *La naturaleza con derechos*. De la filosofía a la política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 25-137.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Regulação ambiental da
atividade minerária: uma análise
econômica de *compliance***
**Environmental regulation on
mining: an economic analysis of
compliance**

Lorena Machado Rogedo
Bastianetto

Magno Federici Gomes

Regulação ambiental da atividade minerária: uma análise econômica de *compliance**

Environmental regulation on mining: an economic analysis of compliance

Lorena Machado Rogedo Bastianetto**

Magno Federici Gomes***

RESUMO

Este trabalho foca-se no estudo da sistemática de regulação ambiental brasileira voltada para a atividade de mineração. Ao se valer da vertente metodológica jurídico-dogmática e do raciocínio lógico-dedutivo, procura-se delinear os aspectos de influência mais relevantes na concretização dos objetivos da atividade regulatória, quais sejam: participação dos atores sociais na formação da norma, *compliance*, fiscalização indireta, monitoramento contínuo e governança ambiental. A economia comportamental e as políticas públicas regulatórias são o cerne do trabalho para a compreensão das razões de sucesso ou colapso da performance regulatória. No desfecho, busca-se maior reflexividade acerca do processo normativo, sugerindo-se a construção de um critério legítimo para nomeação de conselheiros e a criação de mecanismos de abertura do conselho regulador à participatividade difusa.

Palavras-chave: Sistema regulatório. Meio ambiente. Mineração. Economia comportamental. Regulação responsiva.

ABSTRACT

This article focuses on the study of Brazilian environmental regulatory system on mining activities. Based on the juridical dogmatic alignment and deductive reasoning, it depicts the most influential aspects of the regulatory activity in pursuit of its objectives, such as: participation in norm formation, *compliance*, indirect monitoring, continuous controlling and environmental governance. Behavioral economics and regulatory public policies are the keys of this study in order to perceive the reasons of success or collapse of the regulatory performance. In conclusion, it is aimed a broader reflection on norm-making process, suggesting the construction of a legitimate criterion for appointment of directors and the creation of mechanisms for opening the regulatory council to diffuse participation.

Keywords: Regulatory System. Environment. Mining. Behavioral Economics. Responsive Regulation.

* Recebido em 13/03/2017
Aprovado em 11/04/2017

** Doutoranda em Direito Processual pela PUC Minas. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara/BH. Pós-graduada em Direito Processual pela PUC Minas. Treinada em Direito Alemão e Europeu/Ludwig - Maximilians - Universität/Munique/Alemanha. Pós-graduada em Gestão Empresarial/Fundação Getúlio Vargas/IBS. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

*** Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Raffaele & Federici Advocacia Associada. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT. ORCID.

1. INTRODUÇÃO

A mineração é uma atividade econômica de grande relevância na arquitetura constitucional nacional. Ao se estatuir a dominialidade pública una e a competência legislativa concentrada da União em relação aos minerais¹, em que quer que se encontrem, capta-se a carga valorativa das normas atributivas. O vulto meritório das disposições constitucionais em apreço possui estrita simetria com a soberania e o desenvolvimento da sociedade brasileira², dado que não infirma a eminência outorgada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao primado de defesa ambiental para o desenvolvimento da atividade econômica³.

Nesse contexto, a convergência dos regimes de aproveitamento dos minerais administrados pela União⁴ e dos procedimentos administrativos de licenciamento ambiental, de competência comum dos três entes da Federação⁵, é uma opção política do poder constituinte brasileiro, tecendo uma gestão pública disjuntiva da atividade mineradora.

A atividade regulatória nacional possui laços estreitos com as políticas públicas de Estado e, em se tratando de mineração, as características intrínsecas à exploração desses recursos como a rigidez locacional e a raridade, associadas à saliente dependência da comunidade global aos minerais, corolário da indispensabilidade do recurso mineral⁶, são considerações essenciais para a atividade legislativa intensa dos entes federados, visando à mitigação das externalidades ambientais negativas de toda ordem, bem como ao prolongamento da longevidade mineral.

Faz-se importante salientar que a cessão constitucional da dominialidade mineral à União impõe a esta, claramente, o encargo de disponibilizar esse recurso à população brasileira, pessoas naturais e entes morais, bem como o ônus de administrar os recursos sob uma perspectiva sustentável. Essa incumbência de administração sustentável, no entanto, não cabe, apenas, à União, é pulverizada tanto entre os entes da Federação⁷ quanto entre a sociedade civil⁸.

A repartição constitucional de responsabilidade entre os atores da sociedade brasileira deve refletir sobre o programa de políticas públicas inserto na regulação ambiental, peculiaridade substancial para a elaboração de um gerenciamento público concomitantemente mais enxuto e mais eficaz, hábil a garantir o interesse nacional no aproveitamento mineral, corrigir as distorções da economia de livre-mercado e a maximizar a fiscalização socioambiental indireta da atividade mineira. O recrudescimento do monitoramento indireto, entendido como aquele empreendido pela própria iniciativa privada, pelo terceiro setor e pela população em geral por meio das políticas públicas regulatórias, é a viga mestra da responsabilidade compartilhada responsiva⁹, ideia crucial na redução dos custos e encargos do Estado brasileiro.

Nessa conjuntura, este trabalho teórico-documental, a partir da metodologia jurídico-dogmática e do raciocínio lógico-dedutivo, alicerça-se no estudo econômico-comportamental do sistema regulatório ambiental brasileiro voltado à atividade minerária. Analisa-se a política ambiental de ingerência na atividade minerária no intento de aprimoramento do discernimento da funcionalidade e sustentação do aparato normativo contemporâneo.

1 A respeito, consultar: art. 20, inciso IX, e art. 22, inciso XII, da Constituição da República de 1988 (CR/1988).

2 A respeito, consultar: art. 3º, inciso II, e art. 170, inciso I, da CR/1988.

3 A respeito, consultar: art. 225 e art. 170, inciso VI, da CR/1988.

4 A respeito, consultar: art. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 227/1967.

5 A respeito, consultar arts. 7º, inciso XIII, §8º, inciso XIII e §9º, inciso XIII, da Lei Complementar (LC) nº 140/2011.

6 Os traços marcantes da mineração encontram-se em: SERRA, Silvia Helena; ESTEVES, Cristina Campos. *Mineração*: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42. (Col. Direito Econômico).

7 A título exemplificativo, consultar: art. 23, incisos III, IV, V, VI, VII, IX, X, XI, XII, da CR/1988.

8 A título exemplificativo, consultar: art. 225 da CR/1988.

9 A expressão “regulação responsiva” é de AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*. Transcending the deregulation debate. New York, NY: Oxford University, 1992. p. 16-19.

As pesquisas de Ayres e Braithwaite¹⁰ e Sunstein¹¹ sobre regulação pública são o eixo principal deste artigo, que tem por objetivo ressaltar a premente necessidade de revisões e reconsiderações da relação entre o setor público e privado¹², seus comportamentos intuitivos e motivacionais, bem como a imperiosa participatividade do cidadão e do empresariado para o bom desempenho do sistema regulatório nacional. No desfecho, realça-se uma visão reflexiva de governança ambiental como política pública para o exercício do serviço público de tomada de decisão normativa.

O estudo inicia-se com o exame do fenômeno regulatório, sua performance e o posicionamento dos agentes públicos, econômicos e da população em geral no processo regulatório. Em seguida, analisa-se a lógica publicista para a construção e estabelecimento do sistema normativo ambiental. Por sua vez, o panorama privatístico acerca da formação e concretude da regulação é destacado com o propósito de identificação dos principais fatores de sucesso ou falência do sistema. Por fim, destacam-se as perspectivas pública e privada para a ampliação dos enfoques do fenômeno regulatório ambiental.

2. O SISTEMA REGULATÓRIO BRASILEIRO APLICADO À MINERAÇÃO: CONCEPÇÕES CONTEMPORÂNEAS

Classicamente, o termo “regulação” imprime a compreensão de verticalização em uma relação hostil, ou seja, o Estado, por meio de seu poder interventivo na atividade econômica, estabelece normas e restrições à liberdade performática da iniciativa privada, e esta, posicionando-se na extremidade inferior, é receptora dessa normatização e, ao mesmo tempo, contentora das imposições públicas sobre questões que concebe, predominantemente, privadas.

Há muito, sabe-se que essa disposição hierárquica é falaciosa. Incontestável é, no entanto, que o fluxo regulatório nacional é intenso no que concerne à atividade de mineração. Como já exposto acima, o exercício da atividade mineira no Brasil é controlado pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM)¹³, autarquia federal aglutinadora tanto das competências de fiscalização e controle da atividade, bem como da própria outorga do direito de minerar. Paralelamente, os demais entes federativos empreendem, também, o poder de polícia de registro, acompanhamento e fiscalização do aproveitamento mineral em seus territórios¹⁴, assim como legislam e promovem as políticas públicas pertinentes à proteção ao meio ambiente¹⁵.

Concomitantemente a essa arquitetura regulatória pública, a iniciativa privada mineira global tem se organizado, institucionalmente, no intento de aprimorar suas práticas internas, fomentar a pesquisa, o desenvolvimento tecnológico e econômico, a sustentabilidade¹⁶ e, principalmente, de esforçar-se para reduzir os fossos e desníveis nas práticas empresarias voltadas às externalidades da atividade de mineração¹⁷. Essa institucionalização do segundo setor é, na verdade, nada mais que uma fonte formal autônoma de regulação,

10 AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*. Transcending the deregulation debate. New York, NY: Oxford University, 1992. p. 16-19.

11 Ver: SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. New York, NY: Simon and Schuster, 2014.

12 A respeito da mitigação de barreiras entre o público e privado, consultar: SOLOMON, Jason M. New governance, Preemptive self-regulation, and the blurring boundaries in regulatory theory and practice. *Wisconsin Law Review*, Madison-USA, p. 9-69, jul. 2010.

13 A respeito das competências do DNPM, consultar: art. 3º da Lei nº 8.876/1994; art. 2º e 3º, §2º do Decreto-Lei nº 227/1967.

14 A respeito da competência administrativa constitucional dos demais entes da Federação, consultar: art. 23, inciso XI, da CR/1988.

15 A competência legislativa dos demais entes em matéria ambiental encontra-se no art. 24, incisos VI e VII; e art. 30, incisos I, II, da CR/1988.

16 Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. p. 18-21.

17 A institucionalização da atividade mineira é exemplificada pelo Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM); e pelo Conselho Internacional de Mineração e Metais (ICMM).

muito comum no Direito do trabalho brasileiro por meio das convenções e acordos coletivos, bem como por intermédio dos regulamentos internos das corporações¹⁸.

Os estudos de economia comportamental de Sunstein¹⁹ e de regulação responsiva de Ayres e Braithwaite²⁰ proporcionam a compreensão de que o projeto de grandes empresas para o impulso das fontes formais autônomas alicerça-se na visão empreendedora de custo-benefício das multinacionais. Melhor dizendo, a institucionalização da iniciativa privada em determinado setor, *in casu* da mineração, engloba multifatores que se convergem na mesma operação matemática. De um lado, o nivelamento de práticas empresariais que lidam com as externalidades ambientais emparelha os custos das corporações concorrentes em um ramo de mercado e, de outro, boas práticas socioambientais alavancam a imagem e governança das organizações perante os consumidores, comunidade e Administração Pública, valor econômico inquestionável no cenário competitivo e regulatório atual.

Essencial o comentário de que essas fontes formais regulatórias, via institucionalização e organização da iniciativa privada, não são incorporadas ao sistema jurídico nacional, como ocorre com as convenções e acordos coletivos na seara trabalhista. Todavia, a autorregulação ambiental em países como o Brasil, o qual legítima, apenas, uma atuação institucional da iniciativa privada em acordo com os parâmetros regulatórios do Estado, determina-se valiosa para a combinação de aspectos que envolvem a atividade minerária.

Essa assertiva respalda-se no fato de que, uma vez retirada a possibilidade de uma autorregulação mais flexível pelo setor econômico, bem como a inadmissão de integração jurídica da normatização produzida pelos atores da iniciativa privada, a institucionalização do setor minerário para a homogeneização de práticas corporativas e sustentáveis justifica-se se feita com base em parâmetros mais rígidos do que a regulação pública. Sob outro enfoque, a internalização e a constituição de protocolos de operação do setor econômico enfraquecem o denominado “turismo de direitos”, ou seja, a procura por Estados com regulação e fiscalização precárias para o desenvolvimento da atividade mineira. A formação de uma cultura corporativa protocolar, balizada em práticas mais harmônicas da indústria — publicadas, auditadas e monitoradas pela própria concorrência e pela sociedade —, desfavorece uma gestão privada fragmentada por localidade de atuação, dado ampliador da sustentabilidade econômica também em países com sistemas normativos debilitados.

Ao retomar o cenário nacional, percebe-se que o sistema regulatório organiza-se em fluxos e por uma estrutura de *gamificação*²¹, isto é, múltiplos agentes sociais — sociedade civil organizada, setor econômico, Estado, população em geral, organizações supranacionais — são responsáveis pela regulação e monitoração da atividade minerária brasileira; e esses mesmos atores atuam em colaboração para a resolução dos problemas mais complexos do setor de uma forma menos áspera e mais autômata.

Ao imprimir essa ideia, não se pretende afirmar que o monitoramento do sistema regulatório brasileiro, bem como as práticas de gestão das corporações mineiras, estão em satisfatória operatividade e razoável efetivação dos seus fins. Quer-se expor aqui a ideia de que a normatização e limitação legal da atividade minerária não é um fenômeno exógeno, originário da verticalidade do Estado na relação com os particulares. Ao contrário, propugna-se por asseverar que o fenômeno da regulação é encíclico, de interesse de todos os agentes, direta e indiretamente envolvidos, e promove-se pelo interesse e em prol de múltiplas utilidades, especialmente as econômicas.

18 A respeito das fontes formais no Direito do trabalho, consultar: CORREIA, Henrique. *Direito do trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 38.

19 A análise custo-benefício foi analisada por Sunstein com foco na atividade regulatória da Administração Pública americana. A respeito, ver: SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. New York, NY: Simon and Schuster, 2014.

20 Ayres e Braithwaite, por sua vez, analisam a regulação responsiva da iniciativa privada – via autorregulação – também com o enfoque custo-benefício. A respeito, ver: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*. Transcending the deregulation debate. New York, NY: Oxford University, 1992. p. 16-19.

21 O termo “gamificação” é utilizado no trabalho como a aplicação da teoria atrativa dos jogos para a resolução de diversos problemas reais.

2.1. Sob o ponto de vista do estado

Assente na compreensão de que o movimento regulatório retroalimenta-se e opera-se em benefício de todos, passa-se a uma análise mais detida da perspectiva estatal ao estabelecer a regulação ambiental sobre a atividade econômica de mineração.

Como já citado, a normatização ambiental no Brasil é de competência plural, de todos os entes da Federação e da sociedade civil. O compartilhamento de competências realiza-se *intramuros*, melhor dizendo, dentro da própria estrutura normatizadora operacionalizada pela máquina legislativa do Estado. A Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)²², ao estatuir o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA)²³, órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), investe-o de poderes normativos²⁴, ao mesmo tempo que o estrutura de forma a abarcar um largo espectro de agentes públicos, das mais diversas áreas de atuação, bem como da sociedade civil organizada, tanto em sua vertente ambientalista como econômica²⁵. Essa peculiaridade de composição e investidura promove o exercício da democracia representativa e direta de maneira integrada e simultânea e não disjuntiva, como, aparentemente, afigura-se na Constituição da República de 1988 (CR/1988)²⁶.

Um dos dados mais relevantes dessa elaboração encontra-se no realce de que o fluxo regulatório ambiental advém de uma construção comum, destituída do viés administrativo por meio do qual a supremacia do interesse público suplantara a atuação do empresariado. Outro fato que se sobressai é a consternação do Estado brasileiro com o fortalecimento dos laços democráticos na regulação, promovendo uma combinação de autorregulação e correção inserida nas próprias disposições legais que regem o sistema normativo nacional. Segundo os estudos de Nusdeo²⁷, a utilização da estrutura atributiva de competências do próprio Estado para um comprometimento maior entre a população em geral, indústrias e Federação brasileira inaugura uma nova forma de normatizar, por meio do que Nusdeo²⁸ denomina de “Direito Reflexivo”.

Portanto, “regular”, segundo o modelo normativo nacional de hoje, é propiciar a produção da norma, o que, também, modifica a forma de monitorar. Consequentemente, a fiscalização regulatória não se dá, majoritariamente, pelo exercício do poder de polícia da Administração Pública, mas pelos próprios sujeitos produtores da norma, os quais são numerosos e heterogêneos, cada qual formando, paralelamente ao Poder Público, instrumentos de acesso, verificação, auditoria e avaliação dos parâmetros normativos, bem como institucionalizando setores de interesse por meio de uma regulação ainda mais severa do que a emanada em conjunto com os agentes públicos.

A fiscalização indireta nada mais é do que um programa do próprio Estado, não é uma modalidade de monitoramento paralela, criada a partir do insucesso e insuficiência do poder de polícia tipicamente estatal.

Sunstein²⁹, administrador do OIRA (*White House Office of Information and Regulatory Affairs*) durante o Governo Obama nos Estados Unidos, evidencia como o programa regulatório norte-americano foi simplificado ou mitigado pela oportunização de participação direta da população no sistema normativo americano, bem como pelo favorecimento, por parte do Estado, de uma arquitetura de escolha³⁰ concedida ao particu-

22 Ver: Lei nº 6.938/1981.

23 A respeito do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), ver: art. 6º, inciso II, da Lei nº 6.938/1981.

24 A respeito da competência normativa do CONAMA, consultar: art. 7º, incisos I, VI, VIII, IX, do Decreto-Lei nº 99.274/1990.

25 A respeito da estrutura do CONAMA, consultar: art. 4º a 6º do Decreto-Lei nº 99.274/1990.

26 A respeito das modalidades de exercício da democracia, consultar: art. 1º, parágrafo único; art. 5º, inciso LXXIII, e art. 14, ambos da CR/1988.

27 NUSDEO, Fábio. Autorregulação em direito econômico. In: ACCIOLY, Elizabeth (Coord.). *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 163-175, p. 163.

28 NUSDEO, Fábio. Autorregulação em direito econômico. In: ACCIOLY, Elizabeth (Coord.). *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 163-175, p. 163.

29 SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. New York, NY: Simon and Schuster, 2014. p. 209.

30 A respeito da *choice architecture* de Sunstein, consultar: SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. New York, NY:

lar, a qual maximizou o entendimento das políticas públicas, da normatização primária e secundária, assim como da fiscalização indireta das regras do jogo pela própria iniciativa privada.

No Brasil, esse planejamento não é diferente. O Estado brasileiro, ao regular o meio ambiente e a mineração de forma colaborativa, intenta, da mesma forma, criar um espaço próspero e conveniente à sociedade. A discrepância na efetividade e monitoramento regulatórios entre Brasil e Estados Unidos orienta-se pela conformação atual da democracia nacional, quebradiça e imiscuída em programas de governo e não em programas de Estado, aprofundamentos que não são objetos deste trabalho.

Por outro lado, a pulverização regulatória, parte do tema aqui proposto, granjeada com o desmembramento da estrutura regulatória ambiental entre os entes da Federação, acarreta, igualmente, uma conjuntura prejudicial à arquitetura de escolha de Sunstein³¹. Por “arquitetura de escolha” entenda-se o arranjo organizatório previamente estabelecido pelo Estado, para que a escolha das pessoas em relação aos assuntos mais pertinentes da vida em comunidade realmente lhes traga benefícios individuais e coletivos. Dessarte, a Federação brasileira, ao regular o meio ambiente, investiga e pondera qual a melhor forma de estabelecimento da ordem regulatória para que os próprios destinatários dela possam, natural e livremente, optar pelo cumprimento, monitoramento e participação na construção da rede normativa.

Importante a menção de que a já discutida participação dos múltiplos segmentos da sociedade no SIS-NAMA não é o ponto que se analisa com essa digressão. O aspecto suscitado nessa consideração refere-se à possibilidade de normatização ambiental pela União, Estados, Distrito Federal (DF) e Municípios, concomitantemente.

As prescrições da CR/1988 outorgam uma ampla simbiose regulatória entre as três esferas de governo, já que a suplementação de normas gerais pelos Estados e Distrito Federal (DF)³² consubstanciam-se por uma atividade de largo preenchimento contudista à legislação da União, assim como a suplementação legislativa municipal, associada à plena competência normativa para assuntos locais³³, inspiram parcialidade quanto à aferição de limites de atribuição entre as pessoas jurídicas de direito público interno.

Essa concepção acarreta um sistema jurídico ambiental complexo, por camadas, dividido em porções que muitas vezes não se concertam em um todo inteligível e de fácil reconhecimento. Assim, a “arquitetura de escolha”, ao tempo que é impulsionada pela infiltração da sociedade nos assuntos de Estado —competência normativa—, é infirmada pela difícil assimilação da intensa e cindida produção regulatória.

Os trabalhos de economia comportamental de Sunstein³⁴ sustentam a eminência da simplicidade no ato de regular para a pronta e ágil apreensão da matéria regulada, atributo que a regulação ambiental nacional não ostenta. Desse modo, a funcionalidade do esqueleto normativo para a impregnância da regulação — ampla participação, *compliance*³⁵ e ampla fiscalização indireta — torna-se muito custosa na avaliação das pessoas e dos grupos civis organizados. A aferição custo-benefício para o desempenho das atividades que a arquitetura de escolha almeja, qual seja, sujeição e monitoramento contínuos para o desincharamento das atribuições estatais, revela-se dispendiosa nas operações mentais das pessoas para iniciar ou motivar suas ações.

Essas apreciações levam à conclusão de que o Brasil possui uma análise estatal de política pública regulatória paradoxal — avançada em alguns pontos e incompetente em outros. A combinação dessa contradição é nada mais do que um sistema regulatório inábil, vicioso e propenso a favorecer o comportamento de neutralidade crítico das pessoas, ou seja, nada fazem para implementar, aprimorar e controlar a regulação

Simon and Schuster, 2014. p. 8-10.

31 SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. New York, NY: Simon and Schuster, 2014. p. 8-10.

32 A respeito, ver: art. 24 da CR/1988.

33 A respeito da competência legislativa municipal, consultar: art. 30, incisos I e II, da CR/1988.

34 Para aprofundamento, ver: SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. New York, NY: Simon and Schuster, 2014.

35 Por *compliance*, entenda-se a sujeição à regulação ambiental pelo alargamento da fiscalidade nos processos internos das corporações.

posta, ao mesmo tempo que responsabilizam o Estado por todas as externalidades ambientais sofridas ou esperadas.

2.2. Sob o ponto de vista dos atores sociais

Por sua vez, os atores da sociedade³⁶, principalmente as empresas mineradoras, as quais se beneficiam ou se prejudicam pelas políticas públicas estatais e enfrentam, ao mesmo tempo, as vicissitudes do pano de fundo formador da organização social, mantêm a posição de análise econômica dos dilemas da atividade mineradora.

O licenciamento ambiental³⁷ na conjuntura brasileira é um dos mais expressivos mecanismos de gestão regulatória da atualidade. A operacionalização de seus fins, no entanto, só efetivar-se-á caso a iniciativa privada o implemente maciçamente.

Como é cediço, o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo único, dividido em etapas que se condicionam às posteriores em um concatenamento avaliativo dos impactos negativos, viabilidade econômica, prevenção e implementação de medidas mitigadoras. O procedimento é extenso, demanda criteriosa análise e dedicação de tempo, tanto da Administração Pública quanto do particular — empresas e população em geral.

Assim, na realidade econômica global, de dominação de grandes consórcios mineradores na atividade mineira mundial e de ampliação dos requerimentos de concessão de aproveitamento mineral e de pedidos de licenciamento ambiental no Brasil, pensar que a Administração Pública manejará formas de avaliação analítica, de monitoramento e controle eficazes de todas as atividades de impacto ambiental é uma expectativa ingênua e inviável.

O procedimento de licenciamento ambiental, na sua orientação burocrática e protocolar, já não é de fácil sujeição. O labor corporativo de elaboração e corporificação da documentação necessária durante todo o processo demanda um considerável investimento financeiro, de força de vontade e organização empresarial. À população interessada e sociedade civil em geral, em igual modo, não se revela descomplicado. O acesso, a participação e a concreta persuasão dos atores diretamente envolvidos demandam bastante engajamento, empenho que, muitas vezes, é considerado inútil na avaliação singular e conjunta dos cidadãos.

E isso é só durante o desenvolvimento do curso procedimental. Trabalho muito mais árduo dá-se como a real execução dos programas descritos nos estudos, planos, programas, avaliações, relatórios e termos de compromisso ali firmados, bem como na fiscalização indireta, leia-se, pela própria sociedade, quanto aos requisitos, condicionantes e obrigações criados.

Sob esse enfoque e nas atuais conjecturas, a consumação da papelada, seja física ou digital, do licenciamento ambiental, é muito pouco atrativa para a iniciativa privada e sociedade. Para o Estado, representado por sua Administração Pública, é, matematicamente, impossível.

A visão de custo-benefício de implementação real das disposições insertas no procedimento acaba por impelir ações afirmativas apenas em resposta a outras ações esporádicas dos demais setores envolvidos na questão, como a atuação do Ministério Público (MP) decorrente de representações específicas, da atividade fiscalizatória por amostragem, do *benchmarking*³⁸ de demais empresas concorrentes, da atuação setorializada de um determinado grupo da sociedade civil diretamente interessado, de pressões política, enfim, são empreendimentos segmentados de reação e não de sólida implantação da normatividade imposta e criada.

36 Por “atores da sociedade”, entenda-se o segundo e terceiros setor, bem como a população em geral.

37 A respeito do licenciamento ambiental, consultar: arts. 17 a 19 do Decreto-Lei nº 99.274/1990.

38 *Benchmarking* deve ser compreendido como um instrumento de avaliação das corporações através de estudos comparativos com as demais empresas insertas em um mesmo setor econômico de atuação.

Isto posto, se ao procedimento de licenciamento ambiental não é cabível uma simplicidade elaborativa como proposta no trabalho de Sunstein³⁹, já que envolve uma seriação de diagnósticos técnicos e de avaliações profissionais especializadas, uma arquitetura mais cômoda e simpaticante à iniciativa privada deve ser colocada em pauta em relação ao licenciamento ambiental.

O cumprimento, não apenas dos compromissos do licenciamento como também da fiscalização indireta e de todas as ações de cunho mais restritivo do que os parâmetros da legislação estatal — como a institucionalização da iniciativa privada em busca de homogeneização de custos e práticas no mercado concorrencial —, somente será exitoso se a armação estrutural for amigável, ou seja, o sistema protocolar deve ser receptível a mudanças, deve ter autonomia de eliminar disposições regulatórias que no presente não fazem mais sentido, deve incentivar a integração com os demais sistemas regulatórios de sucesso no mundo, deve centrar-se em exigências regulatórias apolíticas e priorizar ações reais a preenchimento de requisitos oficiais.

Reduzir a burocracia e o preenchimento de protocolos documentais não significa desregular a atividade de impacto ambiental, mas salvar energia da iniciativa privada para a efetivação de ações afirmativas que, realmente, farão diferença e prevenirão desastrosas externalidades negativas.

3. A CONSTRUÇÃO PROCESSUAL PARA A FISCALIDADE DEMOCRÁTICA: ANÁLISE DE COMPLIANCE MINERÁRIO

Esse panorama de avaliação custo-benefício é multidimensional, isto é, ocorre em todos os setores da sociedade e do governo. Por mais que a regulação ambiental brasileira atual não esteja condizente com a ciência comportamental natural dos seres humanos e vise a propulsionar um “dever-ser regulatório”, em se tratando de atividades de altíssimo impacto ambiental como a atividade de mineração, o “dever-ser” acaba por engessar a fluidez de um sistema que pode se autoaprimorar, refazer-se e se reelaborar para tornar a vida das pessoas melhor.

Se, intuitivamente, a sociedade aspira por uma regulação ampla do meio ambiente por parte do Estado, por uma fiscalização densa e por leis cada vez mais restritivas, na prática, essa idealização não se revela pertinente em razão dos altos custos e escassas benesses tangíveis a olho nu ou em um período de tempo que se possa considerar como atual.

Por essas razões, a regulação responsiva de Ayres e Braithwaite⁴⁰ é aquela que, naturalmente, se emerge⁴¹ a partir da intensificação de laços entre setores sociais vários e desiguais, considerando-se que essa naturalidade perfaz-se com a concretude da aplicação do que foi previamente posto. Entre agir e desistir, os atores sociais escolhem por agir, não porque deve ser, mas por ser mais benéfico se comparado ao proveito da inação.

À vista disso, o panorama privatístico sustentador da atividade regulatória participativa da sociedade brasileira padece de boas perspectivas econômicas. A análise formal empresarial e intuitiva da sociedade civil dos custos e benefícios que o licenciamento ambiental traz decompõe-se em dupla orientação: a orientação comportamental frágil e a orientação deontológica fictícia idealizada. Essa disjunção não consegue traçar pontos de identificação ou união, mas proporciona a perpetuação da inação, da insatisfação, do gasto excessivo de energia e pecúnia e do mais caótico desfecho: o perdimento de vidas e a extenuação dos recursos naturais.

Propõe-se, assim, uma reformatação da maneira como se instrumentaliza a metodologia normativa de

39 Conforme: SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. New York, NY: Simon and Schuster, 2014.

40 Conforme conceito de AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*. Transcending the deregulation debate. New York, NY: Oxford University, 1992. p. 16-19.

41 A respeito, consultar: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*. Transcending the deregulation debate. New York, NY: Oxford University, 1992. p. 16-19.

efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Primeiramente, a estruturação do CONAMA não deve ser presumida como democrática, apesar da participação de representantes de todas as esferas do Poder Público, da sociedade civil e do empresariado. Deve-se ter em mente que a nomeação e os critérios de escolha dos componentes do CONAMA são de competência do Poder Executivo, não havendo qualquer tipo de escrutínio popular ou requisitos transparentes de escolha que impliquem uma vinculação objetiva para a nomeação desses representantes.

Dessa forma, a regulação produzida pelo órgão não é, necessariamente, responsiva e não pode, *a priori*, deduzir-se que esta foi elaborada em um ambiente de fortalecimento das discussões e da informação acerca dos objetivos e demandas regulatórias. Inúmeras teorias da regulação⁴² de origem estrangeira tentam esclarecer os modos pelos quais a regulação produzida pela Administração Pública pode ser “capturada” em função dos interesses econômicos dos grupos mais poderosos da sociedade. Portanto, há que se construir um critério claro e legítimo de escolha e nomeação dos representantes do conselho regulador, bem como criar demais mecanismos de abertura desses conselhos à participatividade difusa⁴³.

Em relação a esses mecanismos de abertura alternativos, Sustain⁴⁴ revela que, no Direito americano, durante sua gestão do OIRA, foi implementada a obrigatoriedade da Administração Pública em colocar a regulação que se pretendia instituir a exame público prévio, ou seja, dava-se ampla publicidade prévia às pretensões normativas e, a cada sugestão ou crítica da população ou dos setores organizados a esta, havia o dever inequívoco de responder ao cidadão, esclarecendo-lhe as razões de acatamento ou não de suas contribuições aos atos administrativos normativos.

Essa política de retorno motivado⁴⁵ ao cidadão foi capaz de propiciar à Administração Pública a oportunidade de ouvir e de ser influenciada, efetivamente, pela sociedade, reformulando e reconstruindo a regulação para que ela fosse mais clara, mais simples, mais legítima e mais bem recepcionada pela população. Atualmente, no Brasil, o acesso à informação⁴⁶ é, normativamente, instituído, mas a sua operacionalidade ainda é precária. A Administração Pública é lenta em prover a informação e, acima de tudo, não há a obrigatoriedade de submissão das normas ditas “secundárias” de serem, previamente, colocadas em pauta para discussão ampla e efetivação das reformas necessárias anteriormente à sua vigência.

Todas essas peculiaridades do sistema nacional estão, intimamente, relacionadas à carência de um processo administrativo normativo preestabelecido, que institua, democraticamente, desde os critérios de escolha e nomeação dos representantes dos conselhos do Poder Público até a metodologia de fiscalidade prévia de cada norma que se pretende colocar em vigor.

A construção de uma estrutura técnica procedimental de efetivação da fiscalidade normativa na Administração Pública é uma reforma fulcral que favorecerá todos os instrumentos de controle e preservação ambiental, já que abrirá concretamente os muros do Poder Público para uma ampla reflexividade, mitigando as “capturas” predominantes da regulação brasileira e trazendo ao licenciamento ambiental uma maior racionalidade, acatamento e controle.

42 A respeito, consultar: LOSS, R. Giovani. Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 109-130.

43 Em sentido equivalente: ARAUJO, Thiago Souza; SILVA, Kinn Peduti de Araujo Balesteros da; ROVER, Aires Jose. Gestão pública e parcerias público-privadas: teoria do estado e tecnologias de governança difusa para controle social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 6, n. 3, p. 65-89, set./dez. 2016. p. 66 e p. 74-75.

44 Para aprofundamento, ver: SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. New York, NY: Simon and Schuster, 2014.

45 A motivação a que se faz referência deve, obrigatoriamente, ser uma motivação específica e elaborada de forma a justificar, pormenorizadamente, as razões de acatamento ou não da sugestão ou crítica do cidadão.

46 A respeito, consultar: Lei nº 12.527/2011.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou trazer uma percepção reformista da sistemática regulatória ambiental aplicada à atividade mineira no intuito de levantar o pensamento sobre a arquitetura de escolha, outrora apresentada neste estudo.

O sistema regulatório contemporâneo implica uma análise prévia, concomitante e ulterior acerca de todos os aspectos que envolvem a regulação. Regular transcende, em muito, a concepção de impor parâmetros e limitações de atuação aos agentes socioeconômicos.

Envolve a investigação da natureza do comportamento humano, suas motivações, causas e análises de foro íntimo a respeito do custo-benefício da ação e da inação. Abarca um estudo minucioso atinente à participatividade da iniciativa privada que deve ser o motor principal do sistema regulatório na formação da norma, na fiscalização e controle da impregnância e viabilidade da regulação, dos índices de receptividade e *compliance* e, principalmente, da expectativa de exequibilidade da regulação no cotidiano real das pessoas e da sociedade em geral.

O sistema regulatório brasileiro deve ser decifrado como cíclico e as fontes alimentantes e retroalimentantes nessa conjuntura necessitam de aptidão para a averiguação socioambiental da normatividade. Estado, população, segundo setor, sociedade civil organizada, organizações supranacionais, mídia e demais nações têm de tomar as rédeas do sistema regulatório contemporâneo, empreendendo a checagem acerca da facilidade, simplicidade e naturalidade do sistema jurídico.

A regulação ambiental em tela é uma obra criada por todos, em prol de todos, e não se organiza sob comandos imperativos exógenos derivativos de um poder supremo e dotado de prerrogativas inoperantes nas relações privatísticas. A todos os atores sociais é demandada essa consciência.

A regulação responsiva e a arquitetura de escolha propiciam questionamentos concernentes à regulação ambiental brasileira, “pretensamente” avançada sob o prisma de infiltração maciça de segmentos sociais vários na gênese normativa, mas, por outro lado, determinante de múltiplas fontes formais produtoras de normas, em contextos e âmbitos diversos, além da estruturação de um numeroso aparato setorizado de gestão ambiental, fato que favorece uma disjunção complexa, pouco intuitiva e de custos elevados de operatividade e concretude.

A visão estatal e dos atores sociais, principalmente dos agentes econômicos, foi o foco deste trabalho, justamente ao escopo de que o leitor analise a atividade regulatória levando-se em conta os divergentes e convergentes pontos de vista para um maior proveito de efetividade, salvaguarda de vidas, proteção ambiental e economicidade.

Portanto, a partir dessas digressões, faz-se essencial enxergar o sistema regulatório ambiental como um instituto fluido, que mitiga as barreiras entre público-privado e posiciona a sociedade na autoridade maior de condução do seu próprio sistema jurídico, bem como do seu desfecho exitoso ou adverso.

As características do sistema constitucional nacional referentes à regulação e gestão ambientais dessa política normativa, assim como os atributos, custos, benefícios e condições de realização dos planos e compromissos firmados na criação de uma metodologia normativa de proteção ambiental, constituem a pedra de toque para o prelúdio de uma reformatação regulatória ambiental voltada à atividade mineira.

Paralelamente, a coexistência de regramentos autônomos advindos precipuamente do setor minerário é importante ferramenta para a formação de uma cultura de boas práticas empresariais, articuladora de uma condução dos negócios minerários segundo as melhores evidências científicas e técnicas de segurança e sustentabilidade.

Portanto, uma maior integração e racionalidade da regulação ambiental minerária, bem como a imple-

mentação de uma estrutura técnica normativa oportunizadora da efetividade dos direitos e garantias fundamentais ambientais na condução da atividade mineira, constituem referências importantes para a ampliação de *compliance* regulatória, inaugurando uma política pública de economia comportamental que atenda mais adequadamente a dinâmica social ambiental brasileira, extremamente dependente e penalizada pelas externalidades da atividade econômica minerária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Thiago Souza; SILVA, Kinn Peduti de Araujo Balesteros da; ROVER, Aires Jose. Gestão pública e parcerias público-privadas: teoria do estado e tecnologias de governança difusa para controle social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 6, n. 3, p. 65-89, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4262>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*. Transcending the deregulation debate. New York, NY: Oxford University, 1992.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 227, de 28 fev. 1967. Dá nova redação ao Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). *Diário Oficial*, Brasília, 28 fev. 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 99.274, de 06 jun. 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 07 jun. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Lei Complementar (LC) nº 140, de 08 dez. 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial*, Brasília, 09 dez. 2011. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 nov. 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 1.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 ago. 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.876, de 02 maio 1994. Autoriza o Poder Executivo a instituir como Autarquia o Depar-

tamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 03 maio 1994. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

CORREIA, Henrique. *Direito do trabalho*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DISTRITO FEDERAL. *Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM)*. Disponível em: <<http://www.ibram.org.br>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. *White House Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/omb/oira>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FARIAS, Talden. *Licenciamento ambiental*. Aspectos teóricos e práticos. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

INGLATERRA. *Conselho Internacional de Mineração e Metais (DNPM)*. Disponível em: <<http://www.icmm.com>>. Acesso em: 19 jan. 2017.

JOERGES, Christian. Juridification Patterns for Social Regulation and the WTO: A Theoretical Framework. TranState Working Papers, Bremen: Sfb 597, *Staatlichkeit im Wandel*, n. 17, p. 1-42, jan. 2005. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2155825>. Acesso em: 19 jan. 2017.

LOSS, R., Giovani. Contribuições à teoria da regulação no Brasil: fundamentos, princípios e limites do poder regulatório das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 109-130.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 7. ed. Niterói: Ímpetus, 2013.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e democracia: contexto e perspectivas na compreensão das agências de regulação no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 43-66.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NUSDEO, Fábio. Autorregulação em direito econômico. In: ACCIOLY, Elizabeth (Coord.). *Direito no século XXI: em homenagem ao professor Werter Faria*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 163-175.

SERRA, Sílvia Helena. *Direitos minerários: formação, condicionamentos e extinção*. São Paulo: Signus, 2000.

SERRA, Sílvia Helena; ESTEVES, Cristina Campos. *Mineração: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Col. Direito Econômico).

SOLOMON, Jason M. New governance, Preemptive self-regulation, and the blurring boundaries in regulatory theory and practice. *Wisconsin Law Review*, Madison-USA, p. 9-69, jul. 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1758746>. Acesso em: 19 jan. 2017.

SUNSTEIN, Cass R. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. New Jersey: Princeton University, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. New York, NY: Simon and Schuster, 2014.

Agradecimentos: Trabalho financiado pelo Edital nº 05/2016 (Projeto nº FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPq): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA) e CEDIS (FCT-PT).

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O Neodesenvolvimentismo e a questão ambiental: o papel da hidroeletricidade no sistema energético brasileiro

Neo-developmentalism and the environmental issue: the role of hydroelectricity in the Brazilian energy system

Andreza Aparecida Franco Câmara

O Neodesenvolvimentismo e a questão ambiental: o papel da hidroeletricidade no sistema energético brasileiro*

Neo-developmentalism and the environmental issue: the role of hydroelectricity in the Brazilian energy system

Andreza Aparecida Franco Câmara**

RESUMO

Nas últimas duas décadas, a retomada do aumento do crescimento econômico vivenciada pelo Brasil tem reaberto as discussões sobre como ampliar a sua capacidade produtiva. As limitações na produção de eletricidade se tornaram um problema público para a sociedade brasileira, principalmente a partir do “apagão” de 2001. Desse modo, a questão da produção de energia assumiu visibilidade como condição básica para o aumento da atividade industrial e para o crescimento econômico. O atual modelo energético escolhido pelo Estado brasileiro, baseado, em grande parte, na utilização de pequenas hidroelétricas para a geração de fonte limpa de energia vem recebendo inúmeras críticas dos estudiosos sobre o tema, em especial pelo discurso dominante empregado para legitimar política e socialmente esse tipo de empreendimento, uma vez que pode disfarçar os efeitos socioambientais negativos e eliminar a resistência a ampliação desse discurso desenvolvimentista nos países periféricos. Diante desse quadro, o presente artigo se propõe a estudar os impactos socioambientais, econômicos e culturais envolvendo a construção e a implantação de Usinas Hidrelétricas. Para as considerações que serão apresentadas empregou-se como metodologia de estudo a revisão de literatura sobre o tema, a análise de documentos oficiais expedidos pelos empreendedores e órgãos licenciadores, bem como documentos legislativos. Conclui-se que as populações locais e regionais impactadas pelos processos de reestruturação territorial decorrente da introdução de hidrelétricas, revelando a lógica de apropriação econômica do recurso hídrico, adotada pelo Setor Elétrico do País, principalmente, após a fase de privatização desse segmento.

Palavras-chaves: Neodesenvolvimentismo. Meio ambiente. Sistema energético.

ABSTRACT

In the last two decades, the resumption of the increase in economic growth experienced by Brazil has reopened discussions on how to expand its production capacity. The limitations in the production of electricity have

* Recebido em 15/09/2016
Aprovado em 02/01/2017

** Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pelo PPGSD/UFF. Professora no curso de Direito da UFF/ICM.

become a public problem for Brazilian society, especially from the “blackout” of 2001. Thus, the question of energy production became visible as a basic condition for the increase in industrial activity and growth economic. The current energy model chosen by the Brazilian government, based largely on the use of small hydropower for the generation of clean energy source has received numerous criticism from scholars on the subject, in particular the employee dominant discourse to legitimize politically and socially that type of development, since it can disguise the negative environmental effects and eliminate the resistance to expansion of this development discourse in the peripheral countries. Given this situation, this article aims to study the environmental, economic and cultural impacts involving the construction and deployment of hydropower plants. For the considerations to be presented was employed as study methodology literature review on the topic, the analysis of official documents issued by the entrepreneurs and licensing bodies as well as legislative documents. It is concluded that local and regional populations affected by territorial restructuring arising from the introduction of hydroelectric, revealing the logic of economic ownership of water resources, adopted by the country’s electricity sector, especially after the privatization phase of this segment.

Keywords: New developmentism. Environment. Energy system.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o cenário político e econômico brasileiro foi marcado por ideias desenvolvimentistas que acentuaram o processo de modernização e industrialismo no País, a partir da difusão da tecnologia em larga escala para impulsionar o crescimento econômico e apoiar esse sistema, que se baseia em um estado permanente de crise e renovação demandando, portanto, atuação mais efetiva e concreta do Estado¹.

O ideário moderno do progresso, no sentido de evolução contínua e incessante, durante muito tempo serviu para proporcionar a sensação de que “dias melhores sempre virão”, bastando apenas que os indivíduos se empenhassem no sentido de empregar todos os seus esforços na superação das “velhas formas”, sejam sociais, políticas, culturais e, até mesmo, econômicas. Nas palavras de Sachs², um importante aspecto do desenvolvimento é a sua capacidade de sustentação. Esse seria o preço a pagar para o País sair da condição de subdesenvolvido e adquirir sua autonomia perante os demais países.

Entretanto, o que não fica evidenciado em toda essa aparente evolução, impulsionada pela quase “mágica do progresso”³, é o quão ideológico pode ser o uso desse termo, uma vez que - sob a representação do progresso - são obscurecidas as consequências mais perversas de todo o processo de transformação por ele imposto, quais sejam: as sociais, culturais e ambientais. Nesse sentido, verifica-se que o discurso que se pautou pela ideia de que progresso era sempre evoluir na direção de algo melhor, utiliza o termo não apenas em seu sentido formal, mas principalmente substancial, à medida que produz efeitos perversos na realidade dos atingidos pelos médios e grandes projetos de desenvolvimento.

Além da perspectiva teórica, vivenciar um processo de implantação de uma barragem circunvizinha e os impactos nos afetados por esse desejado “progresso” nacional, nos lembra as colocações de Walter Benjamin⁴ ao interpretar a alegoria pintada por Paul Klee, em quadro chamado *Angelus Novus*, no qual o progresso

1 HOBBSBAWM, Eric J. *A era do capital*. São Paulo: Paz e Terra, 1982. p. 21. Tal período corresponde ao que Hobsbawm denominou de a “Era do Capital”.

2 SACHS, Ignacy. *Espaços, tempos e estratégias de desenvolvimento*. São Paulo: Edições Vértice, 1986. p. 135.

3 PIRES, Rui Pena. Diferença e progresso: a tipologia tradicional/moderno na sociologia do desenvolvimento. *Sociologia*, n. 3, p. 149-162, 1987. Disponível em: <<http://sociologiapp.iscte.pt/pdfs/37/416.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016. A questão do desenvolvimento econômico e do progresso foi por nós analisada sob a perspectiva dada por Pires, dentre as várias tipologias construídas para explicarem as diferenças entre essas categorias, ancoradas nas “Teorias da Modernização”, encontram-se fundamentadas na dicotomia tradicional/moderno e a problematização de como o suposto estado de atraso no processo de evolução das sociedades tradicionais pode ser resolvido pela modernização proposta pelo sistema capitalista tardio.

4 BENJAMIN, Walter. *Ensaio sobre a literatura e história da cultura: sobre o conceito da história*. Tradução de Sérgio Paulo Roua-

está em curso permanente na história como assinalado por Benjamin, sendo inevitável, e traz resultados nem sempre positivos e discutidos por aqueles diretamente afetados.

No que tange à construção de barragens incorpora-se o “discurso dominante como legítimo por parte dos dominados sem que estes se percebam na condição de vítimas”, acarretando uma legião de “refugiados” de um dilúvio anunciado⁵. Vainer⁶ considera que, embora os conflitos sociais envolvendo a implantação de represas ganhem cada vez mais espaços na mídia e haja uma evolução na atuação do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), o modelo de “avaliação de risco” das décadas de 80 e 90 persiste quando se trata dos reassentamentos involuntários. Isto porque o instrumental teórico-conceitual naturaliza as populações, representando-as como obstáculos ao progresso e não as tratam como atores sociais capazes de discutir direitos e interesses.

Nesse cenário, o que antes era visto como etapas da modernização e consequências do progresso e do desenvolvimento, hoje constitui para o mercado e o Estado um entrave na implantação de grandes projetos: a questão socioambiental. O desenvolvimento estritamente econômico, muitas vezes, não levava em consideração a necessidade de compatibilização da economia com o ambiente, porém foi adaptando-se ao longo dos anos, passando de uma concepção antropocêntrica, na qual o meio ambiente era compreendido como o conjunto de recursos capazes de prover e manter a vida e o bem estar do homem, à concepção intergeracional, que se fundamenta na garantia de um ambiente saudável para todas as espécies que nele coabitam.

Os riscos da modernidade industrial e a necessidade de um crescimento econômico responsável levantaram um amplo debate sobre o desenvolvimento econômico e social que permeou a política brasileira adotada nos anos 60 a 80 e que foi resgatada a partir de 2006, com o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e a estratégia de aproveitamento dos recursos hídricos para crescimento do País.

O contraponto está presente nos dados apontados pela Comissão Mundial de Barragens⁷ (CMB) em relatório divulgado em 2000, no qual se estima que entre 40 e 80 milhões de pessoas foram fisicamente deslocadas por barragens em todo o mundo, além das milhões de pessoas que vivem a jusante de barragens, principalmente aquelas que dependem das funções naturais das planícies aluviais, da pesca e da agricultura de subsistência que também sofreram graves prejuízos em seus meios de sustento; a produtividade futura dos recursos foi, também, colocada em risco, embora estes não sejam contabilizados como atingidos pelos empreendimentos hidrelétricos.

Nesse sentido, o presente artigo pretende analisar os impactos socioambientais, econômicos e culturais envolvendo a construção e a implantação de Usinas Hidrelétricas. A vinculação de empreendimentos hidrelétricos a um discurso triunfante, em que a usina hidrelétrica aparece como sinônimo de progresso e desenvolvimento, não é uma novidade na história das usinas hidrelétricas no Brasil. Sevá Filho⁸ pontua que a mídia tende a sobrevalorizar os pontos positivos das hidrelétricas, como por exemplo, geração de emprego e renda, aumento da arrecadação tributária, enquanto os pontos negativos são minimizados, quando não ignorados, tais como, liberação natural de dióxido de carbono e metano para a atmosfera, obstáculos artificiais ao transporte de materiais até as zonas costeiras, diminuição dos materiais que deveriam atingir essas zonas, modificações na estrutura das praias e das linhas de costa, transformação dos movimentos tidais e regimes

net. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 222-232. Disponível em: <http://www.antivalor.kit.net/textos/frankfurt/benjamin_01.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

5 BENINCÁ, Dirceu. *Energia & cidadania: a luta dos atingidos por barragens*. São Paulo: Cortez, 2011. p. 61.

6 VAINER, Carlos Bernardo. Águas para a vida, não para a morte. Notas para uma história do movimento de atingidos por barragens no Brasil. In: WORKSHOP SOCIAL MOVEMENTS IN THE SOUTH, CENTER FOR INTERNATIONAL AFFAIRS, 2002, Harvard. p. 2.

7 WORLD COMMISSION ON DAMS. *Dams and Development: a new framework for decision making. Relatório da Comissão Mundial de Barragens*. London: Earthscan, 2000.

8 SEVÁ FILHO, Osvaldo. Meio ambiente, Energia e Condições de trabalho no Brasil. Estudo retrospectivo 1991-2001 sobre algumas iniciativas sindicais. In: BIENNIAL INTERNATIONAL WORKSHOP ADVANCES IN ENERGY STUDIES “ENERGY-ECOLOGY 4th”, 2004, Campinas. *Anais...* Campinas, 2004. p. 115.

hidrológicos sazonais, temperatura da água e salinidade, distribuição dos nutrientes a biota, dentre outros.

O autor ressalta que as empresas e os governos, também, se somam aos que minimizam os elementos negativos das hidrelétricas, proferindo jargões como “o município vai enriquecer com a arrecadação e o comércio, milhares de emprego”. Esses jargões envolvem, ideologicamente, os grandes empreendimentos hidrelétricos com base em um conceito de poder e de desenvolvimento.

Para as considerações que serão apresentadas, empregou-se como metodologia de estudo a revisão de literatura sobre o tema, a análise de documentos oficiais expedidos pelos empreendedores e órgãos licenciadores, bem como documentos legislativos.

2. O NOVO MILÊNIO E O PAPEL DO ESTADO: REPENSANDO O DESENVOLVIMENTO

O período 2002-2008 passou a ser chamado pela literatura internacional como *Pós-Consenso de Washington* notabilizando o volume dos trabalhos e a notoriedade dos intelectuais que questionaram a ortodoxia convencional adotada. Contrariando essa linha de pensamento, diversos países latino-americanos assumem uma perspectiva pró-desenvolvimentista. Como o caso brasileiro e a criação do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), cujo o objetivo de estimular os setores de infraestrutura, dentre as ações planejadas, encontra-se a estratégia de aproveitamento dos recursos hídricos para crescimento do País. Com resultado dessa linha pró-desenvolvimentista, o BNDES, em 2011, editou um trabalho denominado *Visão do Desenvolvimento 2010* concluindo que a economia brasileira conseguiu recuperar-se após a crise de 2008-2009, voltando a crescer as atividades produtivas, impulsionadas pelo mercado interno e a retomada de investimentos governamentais.

O relatório atribuiu essa reestruturação da economia brasileira à ascensão social e econômica de uma parcela da população brasileira que anteriormente encontrava-se alijada do acesso aos bens de consumo, sendo os seguintes fatores determinantes para a queda da desigualdade:

Na seara internacional, analistas, como Ha-Joon Chang⁹, contestam os diagnósticos e recomendações feitos pelos países desenvolvidos e as Instituições Financeiras Internacionais (IFI) durante os anos 1980 e 1990 e as metas do receituário neoliberal hegemônico seguido pelos países emergentes para a solução das diversas crises econômico-financeira que os atingiram nas décadas seguintes. Afirma o economista que, na agenda pública desses países em desenvolvimento, deveria constar a adoção de uma série de “boas políticas” e “boas instituições” promotoras do desenvolvimento econômico.

Esse receituário previa políticas macroeconômicas restritivas, a liberalização comercial e financeira, a privatização e a desregulamentação (Consenso de Washington). As “boas instituições” deveriam se inspirar no modelo anglo-saxão, contendo como padrão o molde gerencial com uma governança empresarial transparente e orientada para o mercado e com um banco central politicamente independente¹⁰.

Crítica semelhante era realizada por intelectuais, políticos, sindicalistas e movimentos sociais dos países afetados pela política hegemônica neoliberal nos anos de 1980 a 1990. A eficácia do mercado na alocação de recursos e na indução do bem-estar coletivo dos países submetidos ao receituário neoliberal ganhou eco nos principais centros de produção mundial do conhecimento, como nas universidades de Colúmbia, Cambridge e Harvard. Dentre esses pensadores com viés crítico, destaca-se Joseph Stiglitz, economista-chefe e vice-presidente sênior do Banco Mundial (1997-2000). Em suas palavras, Stiglitz analisa o desenvolvimento

9 Ha-Joon Chang, importante economista escreveu o livro *Kicking away the Ladder* (2002), traduzido para o português pela Editora UNESP, em 2003.

10 DINIZ, Eli. O contexto internacional e a retomada do debate sobre desenvolvimento no Brasil contemporâneo (2000/2010). *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, 2011.

e o papel das políticas¹¹ realizadas nas últimas décadas:

a mesma falácia permeou as filosofias dos anos setenta e oitenta, embora os novos enfoques enxergassem o problema do desenvolvimento de maneira um pouco diferente. O papel central que o governo desempenhava no planejamento e programação era visto como parte do problema do desenvolvimento, ao invés de parte da sua solução. Os governos invocaram para si um papel muito grande, embora estivessem intrinsecamente despreparados para tal. Não só esses governos careciam de capacidade, mas os incentivos no processo político asseguravam que qualquer capacidade que esses tivessem fosse dirigida não ao aumento da produção nacional, mas ao desvio de receitas para os politicamente poderosos. A solução, sob essa perspectiva, era a dependência nos mercados e, em particular, a eliminação de distorções impostas pelo governo, relativas ao protecionismo, a eliminação dos subsídios governamentais e dos ativos patrimoniais do governo. [...]

Stiglitz defende que o teor multidimensional do processo de globalização caracteriza as interpretações sobre esse fenômeno e seus impactos nas economias periféricas. Assim, não há um único caminho a ser seguido para definir as prioridades das agendas nacionais. Em outros trabalhos, Stiglitz analisa os efeitos perversos da ausência de regulação dos mercados e os impactos da crise mundial nos decênios de 1990 e 2000. Conclui que se faz necessário redesenhar o sistema regulador para suportar a expansão das finanças e dos instrumentos financeiros com faixa de controle dotados de maior transparência em seus critérios.

No caso brasileiro, Alessandro Leme¹² considera que, além das reformas constitucionais, era preciso modernizar Administração Pública, tornando-a mais eficiente e compatível com os novos contornos do capitalismo competitivo do final do século XX. Dentre as opções tomadas pelo governo encontram-se o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, que objetivava introduzir um modelo gerencial para a Administração Pública brasileira, readequando-a ao padrão até então vigente extremamente burocrático.

A reforma proposta por Bresser Pereira¹³ contava, dentre outras medidas, com a elaboração de um quadro para justificar a Reforma do Estado enquanto elemento da prática política e institucional que se desenhava no novo cenário brasileiro; como também o diagnóstico das insuficiências herdadas de um Estado burocrático e patrimonialista durante o século XX.

O Brasil ingressou no modelo de financeirização a partir de 1994, através da adesão ao Consenso de Washington, conforme visto acima, garantindo uma “integração competitiva”¹⁴. As modificações advindas depois da crise de 1999, levaram à flexibilização do câmbio, à adoção da política de metas de combate à inflação e a busca pelo aumento do *superavit* fiscal, tais ações do governo brasileiro não alteraram a linha central da adesão à financeirização neoliberal.

11 STIGLITZ, Joseph E. Em busca de um novo paradigma para o desenvolvimento: estratégias, políticas e processos. Palestra proferida no Instituto Mundial para a Pesquisa em Desenvolvimento Econômico – *World Institute for Development Economic Research*, Genebra, out., 1998. p. 26. Considera o autor que em relação “ao Consenso de Washington, que recebeu uma série de fórmulas que não conseguiram urdir a transformação do desenvolvimento. Esse consenso de Washington tinha uma visão muito estreita, tanto dos seus objetivos, quanto de seus instrumentos. [...] dentro do Banco Mundial, nas últimas décadas, e dentro da comunidade de desenvolvimento como um todo, tem havido uma crescente preocupação sobre as questões de saúde e educação, e nós evoluímos para além das medidas de PIB, para avaliar as expectativas de vida e as taxas de alfabetização. Reconhecemos a importância da segurança econômica, e enfatizamos a criação de redes de segurança. Há um consenso crescente por trás dos objetivos de um desenvolvimento democrático, equânime, e sustentável?”.

12 LEME, Alessandro André. *A reforma no setor elétrico brasileiro: uma abordagem acerca de seus fundamentos e de sua nova estrutura de regulação*. 2007. 369f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade Estadual de Campinas, 2007.

13 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno03.PDF>. Acesso em: 13 maio 2015.

14 Esse modelo foi inaugurado pelo BNDES através do Plano Estratégico (1987-1990), no governo do Presidente Sarney e tendo como idealizador o empresário Márcio Fortes. A estratégia foi mantida durante o breve mandato de Fernando Collor de Melo, por meio do Programa e Diretrizes Gerais da Política Econômica e do Comércio Exterior, implantado em 26 de junho de 1990. Este programa previa a desregulamentação, a abertura comercial e as privatizações como instrumentos básicos para a reestruturação competitiva da economia brasileira.

Luis Fernando Garzon¹⁵ atribui ao BNDES um papel fundamental para o financiamento público ocorrido na década de 90, por meio do pacote de medidas que continham o receituário neoliberal, dentre elas, a forma padrão de privatização, que acarretou a desnacionalização e a reconfiguração patrimonial das estruturas produtivas, que foram subavaliadas, valendo-se do uso de “moedas podres”, segundo o autor. Foi o BNDES que introduziu o Programa Nacional de Desestatização¹⁶, selecionando as empresas mais atrativas e flexibilizando as regras jurídicas para financiar a transferência patrimonial.

No governo de Fernando Henrique Cardoso, houve nova reestruturação da economia brasileira, com forte influência do automatismo de mercado. Os cortes de gastos e as privatizações não foram lineares. Surgiram novos interesses que deram o tom para a conformação do cenário jurídico que se desenhava nesse período, conforme a exposição ao Senado Federal sobre a Reforma da Administração Pública, de 26 de julho 1996, pronunciada pelo Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luis Carlos Bresser Pereira¹⁷:

A reforma do Estado, que se tornou tema central nos anos 90 em todo o mundo, é uma resposta ao processo de globalização em curso, que reduziu a autonomia dos Estados de formular e implementar políticas e principalmente à crise do Estado, que começa a se delinear em quase todo o mundo nos anos 70, mas que só assume plena definição nos anos 80. No Brasil, a reforma do Estado começou nesse momento, em meio a uma grande crise econômica, que chega ao auge em 1990 com um episódio hiperinflacionário. A partir de então ela se torna imperiosa. O ajuste fiscal, a privatização e a abertura comercial, que vinham sendo ensaiados nos anos anteriores são então atacados de frente. A reforma administrativa, entretanto, só se tornou um tema central no Brasil em 1995, após a eleição e a posse de Fernando Henrique Cardoso. Nesse ano ficou claro para a sociedade brasileira que essa reforma tornara-se condição, de um lado, da consolidação do ajuste fiscal do Estado brasileiro e, de outro, da existência no país de um serviço público moderno, profissional e eficiente, voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos.

É nesse cenário de esgotamento/reciclagem do modelo neoliberal no País, que, a partir de 2003, se recicla e (re)denomina a inserção competitiva, tendo à frente o discurso oriundo de lideranças de centro-esquerda, com o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, compondo arranjos de poder patrocinados entre beneficiários do desmonte neoliberal e novos atores¹⁸.

15 GARZON, Luis Fernando Novoa. Financiamento público ao desenvolvimento: enclave político e enclaves econômicos. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de (Org.). *Capitalismo globalizado e recursos territoriais: fronteiras da acumulação no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lamparina, 2010. p. 74.

16 O Programa Nacional de Desestatização foi criado pela Lei nº. 8.031/1990. Chama-se a atenção para o art. 4º da Lei que disciplinava as seguintes modalidades operacionais de privatização: i) alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações junto ao público, empregados, acionistas, fornecedores e consumidores; ii) abertura de capital; iii) aumento de capital com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; iv) transformação, incorporação, fusão ou cisão; v) alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; ou vi) dissolução de empresas ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a consequente alienação de seus ativos.

17 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/segas/PUB_Segas_Mare_caderno03.PDF>. Acesso em: 13 maio 2015. p. 7-8 Bresser Pereira propõe a evolução da administração pública burocrática, vigente a partir dos anos 30 até final do século XX, para a administração pública gerencial baseada em uma concepção de Estado e de sociedade democrática e plural. Assim como a “administração pública burocrática vinha combater o patrimonialismo e foi implantada no século XIX, no momento em que a democracia dava seus primeiros passos, era natural que desconfiasse de tudo e de todos - dos políticos, dos funcionários, dos cidadãos. Já a administração pública gerencial parte do pressuposto de que já chegamos a um nível cultural e político em que o patrimonialismo está condenado e a democracia é um regime político consolidado. Aos poucos foram-se delineando os contornos da nova administração pública: (1) descentralização, do ponto de vista político, transferência de recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos em vez de estruturas piramidais; (4) organizações flexíveis em vez de unitárias e monolíticas, nas quais as idéias de multiplicidade, de competição administrada e de conflito tenham lugar; (5) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (6) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos e (7) administração voltada para o atendimento do cidadão, em vez de autorreferida”.

18 GARZON, Luis Fernando Novoa. Financiamento público ao desenvolvimento: enclave político e enclaves econômicos. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de (Org.). *Capitalismo globalizado e recursos territoriais: fronteiras da acumulação no Brasil contem-*

O modelo aplicado a partir de 2003 levou em consideração as mudanças já realizadas nos anos anteriores, acentuando o que o Banco Mundial denominou de “gestão empresarial do Estado” com o “controle dos riscos regulatórios”. Para tanto, o Banco Mundial propõe aos países emergentes, dentre eles o Brasil, uma maior e melhor participação do setor privado na área de infraestrutura, com o gerenciamento do governo garantindo a redução de custos do capital e a elevação da rentabilidade de longo prazo das concessões (Banco Mundial, 2007). Para atingir o “ponto ótimo” recomenda-se ainda que: *i*) haja orientação das estatais para tornar sustentáveis os investimentos de capital fixo, reduzindo o tempo de giro do capital e aumentando o lucro do setor privado; *ii*) implementação de reforma no sistema financeiro orientadas pelas técnicas inovadoras de financiamento, como as sociedades de propósito específico, que capturam recursos com a antecipação de ativos e rendimentos no mercado, com rigoroso ajuste de custos, em especial os regulatórios.

Esse formato foi seguido e, em 2004, foi editada a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs)¹⁹, em conjunto com a Lei n.º. 11.196, de 21 de novembro de 2005, que institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital, que dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica. Nos anos que se sucederam à edição da Lei das PPPs, o governo brasileiro firmou compromisso com diversos atores envolvidos no processo, dentre eles o setor privado, os governos federal, estaduais e municipais e o BNDES, para subsidiar o conjunto de medidas em infraestrutura que fariam “crescer” o País. Esse pacto foi criado em 2007 e passou a ser denominado como Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, com objetivo de priorizar investimentos nas áreas de saneamento, habitação, transporte, energia e recursos hídricos.

2.1. O desenvolvimento na era do meio ambiente: Para além do crescimento econômico

A recente onda de conscientização ambiental é marcada, inicialmente, por princípios preservacionistas, envolvendo novos movimentos sociais e reivindicações de caráter ecocêntrico, seguido, na modernidade, pelo discurso do risco²⁰ e escassez e pelos efeitos produzidos a partir dos conflitos sociais envolvendo questões públicas que decorreram da implantação de uma ordem mercadológica que permeia as relações públicas²¹, o cenário internacional e as agendas políticas, ao longo das décadas de 70 e 80²².

O primeiro importante marco para essa nova era foi, sem dúvida, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo, em 1972, cuja pauta principal era a relação do meio ambiente e o desenvolvimento. Ela foi precedida pelo encontro Founex, de 1971, organizado pelos coordenadores da Conferência de Estocolmo.

Entre os anos de 1972 a 1986, a Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento elaborou o Relatório Brundtland. Neste relatório, surge o embrião do conceito de desenvolvimento sustentável ou eco-desenvolvimento, baseado na promoção socioeconômica com equidade. A equidade²³ social é uma meta do

porâneo. Rio de Janeiro: Lamparina, 2010. p. 75.

19 O marco regulatório das PPPs é a Lei n.º. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

20 GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002. A respeito do risco, Giddens adverte que esse é um conceito advindo da modernidade, ganhando, na atualidade, um importante papel, uma vez que a humanidade tenta através do risco controlar o futuro, dominá-lo, regulá-lo. Existindo duas espécies de risco: o externo e o fabricado. Este é um conceito basilar na modernidade globalizada, pois não é possível saber suas dimensões, tão pouco quando seremos atingidos por essa espécie de risco.

21 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo*. O que a globalização está fazendo de nós. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed., Rio de Janeiro: Record, 2007.

22 CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. A era da informação: Economia, sociedade e cultura. Tradução Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Segundo Castells, embora existissem pioneiros com Alice Hamilton e Rachel Carson, nos Estados Unidos, a defenderem o movimento ambientalista, foi a partir dos anos 70 que, difundiu-se na Alemanha, Europa Ocidental e no próprio Estados Unidos, o movimento ambiental de massas, entre classes populares e com base na opinião pública. Essa propalação se dá, de acordo com Castells, devido à sociedade em rede.

23 A equidade é entendida como a igualdade de oportunidade de desenvolvimento humano da população, respeitando a diversi-

desenvolvimento, mas os novos padrões de concorrência econômica global estão se tornando uma condição fundamental para a competitividade entre os países, e isso afeta a equidade social.

O conceito de desenvolvimento sustentável, segundo o Relatório Brundtland, procura responder aos problemas e as desigualdades sociais e ambientais do planeta. Nessa definição, vemos que o desenvolvimento sustentável é “uma correção, uma retomada do crescimento, alterando a qualidade do desenvolvimento, a fim de torná-lo menos intensivo de matérias-primas e mais equitativo para todos”, e, ao mesmo tempo, “um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras”²⁴.

Como observa Sachs²⁵, de Founex a Estocolmo e até o Relatório Brudtland, a ênfase era dada a um aumento do crescimento econômico, acompanhado por modificações quanto à sua forma, ao conteúdo, aos usos sociais orientados para a satisfação das necessidades básicas e essenciais, dirigida à repartição equilibrada de renda e de técnicas de aproveitamento dos recursos naturais.

O “crescimento zero” previsto no encontro de Founex e, mais tarde, na Conferência de Estocolmo, foi rejeitado pela disparidade entre as receitas dos Estados e no seu interior, assim, a opção de suspender o crescimento, distribuir igualmente a renda e as propriedades dos indivíduos era impossível de ser feita naquele momento. Desse modo, a conservação da biodiversidade pelo não uso dos recursos era algo inimaginável naquele período, como é até hoje²⁶. Sachs entende que o objetivo deveria ser o do “estabelecimento de um aproveitamento racional e ecologicamente sustentável da natureza em benefício das populações locais, levando-as a incorporar a preocupação com a conservação da biodiversidade aos seus próprios interesses” como um componente indispensável do desenvolvimento²⁷.

O desenvolvimento sustentável deve ter capacidade local de planejamento, entendida como a competência de identificar gargalos e recursos ociosos e superá-los, estimular a mobilização de recursos e iniciativas locais, reabilitar o sistema financeiro nacional com a capacidade de atender às necessidades das empresas e do financiamento de obras públicas, e, por fim, a reforma fiscal. Sachs considera que apenas com o emprego decente será assegurado a sustentabilidade social e o crescimento econômico. Tal abordagem dá ênfase à distribuição primária de renda, em vez do padrão excludente de crescimento corrigido com políticas compensatórias financiadas com a redistribuição de uma parcela do PIB²⁸.

A “Revolução ambiental”²⁹ teve consequências éticas e epistemológicas, as quais influenciariam o pensamento sobre o desenvolvimento. Os conceitos de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade passaram a incorporar-se aos textos e as ações não governamentais e de instâncias públicas, nacionais e internacionais e das agências multilaterais, que criaram condições políticas para a defesa de outras articulações nacionais e internacionais como a ECO-92 e de acordos e convenções internacionais sobre questões ambientais globais e locais.

Na ausência de uma globalização includente, as estratégias de desenvolvimento continuaram tendo por base o território dos Estados-Nação. Cabe, portanto, uma indagação: qual o tipo de Estado, qual o tipo de

dade sociocultural, assegurando a qualidade de vida e a qualificação para a cidadania e para o trabalho decente.

24 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS 1987. *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

25 SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI. *Cadernos de Desenvolvimento e de Meio Ambiente*, Curitiba, n. 2, p. 47-62, 1994.

26 Dentre as várias concepções ambientais surgidas temos a conservacionista que defende a criação de determinados espaços integralmente protegidos das interferências humanas.

27 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008^a. p. 53.

28 No Brasil isso se manifesta por meio de programas sociais como o Bolsa Família, Brasil sem Miséria e Minha Casa, Minha Vida.

29 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008a. O termo “Revolução ambiental” foi criado pela primeira vez por Nicholson (1970) e, posteriormente, empregado nos trabalhos de Sachs.

mercados, e para qual tipo de desenvolvimento idealizamos o futuro? A resposta poderá estar no uso das biotecnologias, segundo Sachs, pois elas terão um “papel primordial nesse esforço de alcançar ambas as extremidades da cadeia de produção, propiciando, por um lado, um aumento na produtividade de biomassa e, por outro lado, permitindo uma expansão na faixa de produtos dela derivados: biodiversidade, biomassa e biotecnologia”³⁰.

Outra saída é o empoderamento das comunidades e a abertura de espaços para a democracia direta como chave para os processos de desenvolvimento, baseados em economias mistas com amplo diálogo, negociações e vínculos contratuais entre os atores do desenvolvimento. Contudo, destaca Sachs que “não é possível construir uma estratégia de desenvolvimento simplesmente agregando iniciativas locais de desenvolvimento, no mínimo porque estas iniciativas devem ser harmonizadas, na busca de arranjos colaborativos e sinergias, para evitar duplicações antieconômicas”. Conclui que o planejamento para o desenvolvimento sustentável deve alcançar um processo interativo, com visão compartilhada pela maioria dos cidadãos sobre valores e a sua conversão em objetivos sociais e a inserção do país num mundo globalizado³¹.

Considerando o papel do meio ambiente como um negócio na economia mundial, Sergio C. Buarque³² chama a atenção para o novo paradigma emergente de desenvolvimento e as incertezas geradas, destacadamente, em relação às condições de competitividade. Segundo Buarque, os “serviços ambientais” contribuirão para o equilíbrio e funcionamento da natureza e, portanto, da economia mundial, resultado da conjunção de diversos ecossistemas para formação do solo, abastecimento de água, entre outros que interagem no ecossistema global. As negociações mundiais em torno da distribuição equitativa do direito ao meio ambiente levariam à criação de cotas nacionais equivalentes à população. As cotas de poluição passariam a constituir um negócio mundial, vide o caso do Protocolo de Kyoto. Em outra esteira, a revolução tecnológica e organizacional suscita intensas modificações nos padrões de competitividade entre nações e regiões e nas relações entre a economia e a natureza.

As propostas contemporâneas de desenvolvimento acentuam o papel do planejamento como um instrumento indispensável para orientar o futuro. O Estado ganha nova relevância na medida em que a sociedade se orienta para o desenvolvimento sustentável. O Estado deve atuar em áreas em que o mercado não é eficaz como regulador espontâneo da economia, destacadamente, num novo estilo de desenvolvimento que prima pela conservação ambiental, pelo crescimento econômico e pela equidade social.

Cabe ressaltar que a noção contemporânea de desenvolvimento implica considerar os diferentes componentes da visão abrangente que enfatiza aspectos indissociáveis dessa nova concepção, o que requer uma nova agenda de políticas públicas voltada para a consecução desse conjunto de metas coletivas, com o auxílio de um aparato institucional adequado e de mecanismos de governança capazes de fortalecer as competências e a coordenação do Estado.

Tendo em vista que a proposta de desenvolvimento sustentável sinaliza para uma revisão do modelo atual de organização e planejamento do crescimento estritamente econômico para o viés ético evidenciado pela consciência da insustentabilidade do modelo que amplia o grau de pobreza, desigualdades sociais e custos sociais e ambientais, torna-se difícil e complexo o cumprimento de seus objetivos, por requerer alterações estruturais e apresentar fortes resistências sociais e políticas, em razão dos privilégios e práticas consolidados, destacadamente nos países tidos como desenvolvidos. Os avanços tecnológicos estão possibilitando a redução das pressões antrópicas do crescimento sobre o ambiente, que marcou praticamente toda a história do capitalismo e do mercado, como estrutura determinante da alocação dos fatores de produção econômica.

Desse modo, a transição para um novo paradigma de desenvolvimento está intimamente ligada ao acelerado processo de globalização com a intensa integração econômica, a composição de blocos e a formação de

30 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008^a. p. 30.

31 SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluído, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008b. p. 62.

32 BUARQUE, Sergio C. *Construindo o desenvolvimento local sustentável*: Metodologia de planejamento. São Paulo: Garamond, 2008. p. 19.

redes empresariais com atuação mundial. Todavia, a preocupação com o desenvolvimento regional e local, e a descentralização econômica, social e política são sentidas em diversos movimentos e ações pelo globo.

2.2. O desenvolvimento regional: as “catedrais no deserto”³³

As mudanças econômicas e sociais ocorridas nas últimas décadas inseriram o Brasil no contexto das grandes economias. Contudo, essas modificações não representaram eixos de integração uniforme entre os espaços comunitários, nacional, sub-regionais e locais, pois, em certa medida, houve um processo de descontinuidades na oferta de infraestrutura em determinadas regiões, que acentuaram as desigualdades na distribuição de renda alargando o fosso que separa Estados ricos de pobres.

Nos últimos cinquenta anos, a polarização de investimentos teve forte influência do Estado por meio de políticas públicas ativas, conforme visto anteriormente, gerando um processo excludente de acumulação intencional, restrita à chamada Região Concentrada³⁴ e a ideologia do “crescimento do bolo”, para, só então, reparti-lo com as demais regiões e com seus cidadãos.

Tenório³⁵ considera que, nos Planos Nacionais de Desenvolvimento executados nas décadas de 60 e 70, deu-se importância a dois tipos especiais de agrupamentos produtivos: os polos de desenvolvimento e os complexos industriais, vinculados às ideias de Perroux e de Jacques Boudeville, para quem o crescimento não surge ao mesmo tempo em todos os lugares, mas apresentam variáveis, em certos polos interligados a outros complexos agroindustriais, dotados de infraestrutura prévia que possibilitem a circulação rápida de produtos e pessoas. A consequência dessa política econômica foi a acirramento da desigualdade regional e o tratamento diferenciado no processo de desenvolvimento, que ainda é baseado no mercado interno de consumo de massa.

Seguindo esse paradigma, diversos países latino-americanos promoveram o planejamento regional baseado na industrialização de certas regiões. No caso brasileiro, o II PND (1975-1979) previa como estratégia a industrialização do Nordeste através da criação de complexos industriais integrados, dotados de unidades tecnológicas produtivas, interdependentes e concentradas em certas áreas, como por exemplo, o complexo petroquímico de Camaçari, no estado da Bahia. O modelo idealizado na década de 70 precisou ser modificado com a implantação do receituário neoliberal nos anos 90, devido aos processos de privatização e de abertura da economia brasileira.

Embora o modelo de desenvolvimento regional, fundado na organização de polos ou de complexos industriais, tenha difundido a imagem de crescimento das economias subnacionais, Vainer e Araújo³⁶ acentuam que floresce a existência de desequilíbrios e desigualdades entre diferentes espaços nacionais que desembocam em relações de colonialismo ou imperialismos internos. Nesse sentido, Tenório³⁷ considera que diversas “comunidades urbanas e regionais brasileiras passaram a depositar suas esperanças de melhor qualidade de vida a partir de esforço de atração de algum grande projeto de investimento a qualquer custo”.

33 VAINER, Carlos Bernardo; ARAUJO, Frederico Guilherme Bandeira. *Grandes projetos hidrelétricos e desenvolvimento regional*. Rio de Janeiro: CEDI, 1992. A expressão “catedrais no deserto” é empregada nos trabalhos de Vainer e Araújo para designar o modo de produção do espaço e da economia criados a partir dos polos de desenvolvimento projetados pelos Grandes Projetos de Investimentos idealizados a partir da década de 70 e implantados até os dias de hoje.

34 SANTOS, Milton; RIBEIRO, Ana Clara Torres. *O conceito de região concentrada*. Rio de Janeiro, 1979. A expressão “Região Concentrada” é utilizado nos trabalhos coordenados por Milton Santos e Ana Clara Torres Ribeiro e abrangeria a região formada pelo eixo Sudeste-Sul.

35 TENÓRIO, Fernando G. Desenvolvimento local. In: TENÓRIO, Fernando G. (Org.). *Cidadania e desenvolvimento local*. Rio de Janeiro: FGV; Ijuí: Unijuí, 2007. p. 81.

36 VAINER, Carlos Bernardo; ARAUJO, Frederico Guilherme Bandeira. *Grandes projetos hidrelétricos e desenvolvimento regional*. Rio de Janeiro: CEDI, 1992. p. 19.

37 TENÓRIO, Fernando G. Desenvolvimento local. In: TENÓRIO, Fernando G. (Org.). *Cidadania e desenvolvimento local*. Rio de Janeiro: FGV; Ijuí: Unijuí, 2007. p. 82.

Os Grandes Projetos de Investimentos (GPIs) consistem em empreendimentos que consolidam o processo de apropriação de recursos naturais e humanos em determinados territórios ou zonas, sob a ótica estritamente econômica, vinculados a decisões e definições externas aos interesses das populações e das regiões nas quais são instalados. Vainer e Araújo³⁸ consideram que os grandes projetos de investimentos em vez de gerarem efeitos positivos nas regiões em que são implantados acarretam enclaves que canalizam para o exterior da região ou do País os impulsos dinâmicos, criando arquipélagos de crescimento, além de capturarem na periferia os recursos minerais, energéticos etc. levando-os para os centros hegemônicos nacionais e/ou internacionais, acentuando as disparidades regionais.

Os grandes projetos são questionados em virtude de seus impactos regionais e locais negativos, como experiência de desenvolvimento a partir do paradigma “de cima para baixo”, destacadamente na exploração dos recursos naturais de uma região. Nesse sentido, considera Vainer que as promessas durante a instalação de um grande projeto geram a ilusão de progresso regional, que por vezes não é testemunhado pelo população atingida:

Em relação aos grandes investimentos realizados no Brasil nas últimas décadas são asseveradas as seguintes críticas: *i*) ausência de estímulo dinamizador na região de implantação; *ii*) mudanças nas estruturas e dinâmicas socioprodutivas; *iii*) alterações demográficas no processo de inserção regional; *iv*) extraterritorialidade dos processos de acumulação e de decisão de que são parte; *v*) graves impactos ambientais; *vi*) geração de melhores postos de emprego direcionados a fase de operação do GPI, restando subempregos para os demais membros da população regional, que em regra, não estão capacitados para ocuparem os cargos de gerenciamento e direção; *vii*) fluxos migratórios que permanecem na região após o encerramento da fase de implantação dos grandes projetos.

Além das críticas aos dramáticos custos diretos e indiretos ao ambiente e ao desenvolvimento socioeconômico em que se inserem os GPIs, Tenório³⁹ destaca três danos mais abrangentes, sendo visualizados com base no ponto de vista político, social e técnico. No aspecto político, a maioria dos grandes projetos surge em um período de autoritarismo político, no qual os grupos impactados não participaram da construção da proposta, muitas vezes, as restrições técnicas destacadas em pareceres dos órgãos competentes são desconsideradas em função de decisões centralizadas, tomadas *a priori*, em função de interesses meramente econômicos e políticos e “em nome de um ‘consenso’ não observável nos debates travados”⁴⁰.

Do ponto de vista social, a criação desses projetos foi concebida em uma fase da história brasileira em que a conscientização ambiental não fazia parte das agendas públicas nacionais. Por fim, quanto ao enfoque técnico, os custos sociais e ambientais não faziam parte dos cálculos de instalação e operação dos GPIs.

A maioria dos projetos de desenvolvimento regional foi abdicada em virtude da crise econômica brasileira nos anos 80. Todavia, os efeitos regionais transformadores são verificados até nos dias atuais. Jair do Amaral Filho⁴¹ aponta cinco fatores determinantes da nova lógica regional: *i*) crise do planejamento e da intervenção regional centralizadora; *ii*) reestruturação do mercado; *iii*) acentuada tendência à metropolização; *iv*) globalização e abertura do mercado econômico; *v*) uso de tecnologia de informação em contraponto ao modelo de produção fordista, com atuação do Estado na flexibilização produtiva.

38 VAINER, Carlos Bernardo; ARAUJO, Frederico Guilherme Bandeira. *Grandes projetos hidrelétricos e desenvolvimento regional*. Rio de Janeiro: CEDI, 1992. p. 33.

39 TENÓRIO, Fernando G. Desenvolvimento local. In: TENÓRIO, Fernando G. (Org.). *Cidadania e desenvolvimento local*. Rio de Janeiro: FGV, Ijuí: Unijuí, 2007.

40 ZHOURI, Andréa; GOMES, Lilian Alves. Da invisibilidade à mobilização popular: atores e estratégias no licenciamento ambiental das hidrelétricas Capim Branco I e II. In: SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA, 2., 2007, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 2007a. Disponível em: <http://www.sociologia.ufsc.br/npms/lilian_gomes.pdf>. Acesso em: 13 maio 2015.

41 AMARAL FILHO, Jair do. A endogeneização no desenvolvimento econômico regional. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA – ANPEC, 27., 1999, Belém. *Anais...* Belém, 1999.

Desse modo, nos últimos anos, as políticas de desenvolvimento deram maior atenção à formação de sistemas produtivos locais, conforme será visto no próximo item.

2.3. Perspectivas do desenvolvimento local sustentável e integrado

A partir dos anos 90, a questão do desenvolvimento passou a ser analisada por meio do eixo “local”, em decorrência das transformações econômicas que abandonaram o “velho” ideário liberal, passando ao modelo de financeirização do sistema e busca do desenvolvimento mediante a vocação e o apelo local para a institucionalização de redes fomentadas pelo Estado.

O desenvolvimento local é o resultado de múltiplas ações que pretendem mitigar o atraso em localidades periféricas e promover uma mudança social no território⁴². O desenvolvimento local pode ser compreendido como um processo endógeno de mudança, que dinamiza a economia local e assegura a melhoria da qualidade de vida dos agrupamentos humanos em pequenas unidades territoriais⁴³.

O desenvolvimento local sustentável deve cultivar as potencialidades locais, oportunizando a viabilidade e competitividade local e, ao mesmo tempo, assegurar a conservação dos recursos naturais locais, tendo por base as potencialidades e a condição de vida da população local. O desenvolvimento local sustentável é formado pela melhoria da qualidade de vida da população local, associada a metas como redução da pobreza, geração e distribuição de renda, agregação de valores à cadeia produtiva da localidade e gestão pública eficiente.

O desenvolvimento local demanda mudanças nas práticas institucionais de governabilidade e na governança das instituições públicas locais, edificando uma autonomia tributária e acumulação dos excedentes para investimentos sociais estratégicos na localidade. Assim, o desenvolvimento local não pode ser visto como um processo estritamente econômico a ser fomentado por grandes investimentos de capital externo e/ou privado. Um desenvolvimento local que baseia seus recursos em uma política compensatória ou que tem a base da arrecadação formada por fundos de participação está fadado a despertar somente a emancipação econômica da localidade, não alcançando os segmentos sociais, culturais, ambientais e políticos.

Amaral Filho⁴⁴ destaca que, do ponto de vista econômico, o desenvolvimento local é visto como um processo interno de ampliação contínua da capacidade de agregação de valor sobre a produção, por meio da absorção desses produtos e serviços pela região, que retém o excedente gerado pela economia local ou pela atração desse excedente por outras regiões, com o aumento dos postos de trabalho, do fluxo de renda e de produto.

O desenvolvimento na sua vertente local sustentável e integrado apresenta uma dinâmica socioeconômica capaz de potencializar resultados em virtude das parcerias interinstitucionais celebradas, e da convergência e integração das políticas e dos programas que se programam a partir do encontro de ações e estratégias do Estado e da sociedade. O desenvolvimento local integrado e sustentável é um novo modo de promover o incremento de práticas voltadas às vocações locais e despertando as potencialidades específicas das comunidades envolvidas para o uso sustentável dos recursos, mediante o intercâmbio externo e aproveitamento das vantagens locais.

Para se alcançar as redes produtivas e o desenvolvimento local, Buarque afirma que é preciso haver a descentralização político-institucional capaz de organizar e mobilizar energias sociais na tomada de decisões

42 HAESBAERT, Rogério. *O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 79. O conceito de território aqui é utilizado a partir da imbricação de múltiplas relações de poder, da dimensão material das relações econômico-políticas até o simbolismo das relações culturais.

43 BUARQUE, Sergio C. *Construindo o desenvolvimento local sustentável*: Metodologia de planejamento. São Paulo: Garamond, 2008. p. 25.

44 AMARAL FILHO, Jair do. A endogeneização no desenvolvimento econômico regional. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA – ANPEC, 27., 1999, Belém. *Anais...* Belém, 1999.

autônomas de interesse da comunidade⁴⁵. Todavia, a descentralização do planejamento e do poder decisório pode acarretar tensões e trocas de externalidades negativas com as unidades, os municípios ou as regiões vizinhas, pois atores e instituições locais empregam a qualidade de informação limitada ao seu território, não percebendo a relevância de fatores externos nacionais e/ou internacionais decisivos para seu futuro sob o aspecto de oportunidades quanto às ameaças.

Por fim, vimos que o modelo de desenvolvimento econômico globalizado, orientado pelo expansionismo produtivista ilimitado e propagado como direção para o progresso, enfatizou a acumulação de capital e as necessidades de reprodução das variadas formas de vida humana e da natureza⁴⁶, provocando um colapso moral, social e cultural na sociedade ocidental contemporânea. A ampliação da desigualdade e da pobreza e o emprego desordenado dos recursos naturais são manifestações em torno da questão social que se aprofunda e requerem ações conjuntas que figurem a interdependência entre a vontade humana e a natureza.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DO DESENVOLVIMENTO NA MATRIZ HIDRÁULICA BRASILEIRA

A ideologia capitalista caracteriza-se por dois mecanismos, por meio dos quais os recursos produtivos são alocados para usos variados e distribuídos para os consumidores: o mercado e o Estado, que ocupam um papel central nessa lógica capitalista⁴⁷. Enquanto a lógica de mercado se manifesta num processo autônomo e descentralizado de inter-relações entre os atores privados, consubstanciando suas práticas com base na proteção dos direitos de propriedade e a liberdade de iniciativa, o Estado mantém seu poder político soberano e legitimamente constituído na sociedade, fiscalizando e controlando o mercado.

Nesse jogo, surgem tensões entre o Estado e o mercado, que podem ser percebidas no âmbito da prestação de serviços de eletricidade. Atualmente, no Brasil, o desenvolvimento na geração de energia elétrica se caracteriza, em regra, por sua função estratégica. A geração de eletricidade é dominada por grandes empresas públicas federais que produzem aproximadamente 70% da eletricidade do País, segundo Santiago Junior⁴⁸. Esse setor estratégico na economia brasileira passou por diversas mudanças ao longo de sua trajetória, permeadas por uma série de transformações na relação que se estabelece entre mercado e Estado, ecoadas nos arranjos organizacionais e na dinâmica de alocação de recursos da atividade.

Dentre as mais relevantes, destaca-se a reestruturação do setor elétrico na década de 1990, reduzindo as responsabilidades da Eletrobras, com a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), e com a privatização de algumas empresas, tanto federais quanto estaduais, principalmente no campo da distribuição.

O jogo econômico nos anos 90 caracterizou a concepção neoliberal de Estado e transformou a economia brasileira por meio de reformas que reduziram a presença do Estado regulador, além de promover a abertura comercial e a liberalização do fluxo de capital. Houve a participação de empresas de inserção em escala global, com sede em países considerados desenvolvidos e com política energética baseada na matriz limpa ou menos danosa ao custo econômico do empreendimento.

45 GRYNSZPAN, Mário. Os idiomas da patronagem: um estudo da trajetória de Tenório Cavalcanti. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 14, ano 5, 1990. Na definição clássica da teoria sociológica, o termo comunidade refere-se a um agrupamento de pessoas unidas por laços morais rígidos e crenças comuns. Diversos autores têm questionado a comprovação empírica desses elementos em agrupamentos identificados como tal. Contudo, novas definições têm procurado adequar o termo às realidades empíricas observadas. Nesse sentido, faço uso da definição de comunidade como redes de laços interpessoais que proporcionam sociabilidade, apoio, informação e um senso de pertencimento e identidade social. No caso aqui estudado a base territorial é fator fundamental na conformação desta identidade.

46 ARRIGHI, Giovanni. *A ilusão do desenvolvimento*. Petrópolis: Vozes, 1997.

47 PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Rio de Janeiro: RelumeDumará, 1995.

48 SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. *A regulação do setor elétrico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 47.

Esse cenário, com maior ou menor participação dos agentes federais e estaduais no setor elétrico brasileiro, persistiu até com a edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regulamentou os contratos de concessões para a exploração da eletricidade, seguida da publicação da Medida Provisória nº 155/1990, convertida na Lei nº 8.031/1990 e substituída pela Lei nº 9.491/1997, que criou o Plano Nacional de Desestatização (PND)⁴⁹, com o objetivo de “reorganizar a posição estratégica do Estado na economia, operando uma transferência para a iniciativa privada das atividades indevidamente exploradas pelo setor público” (art. 1º, inciso I)⁵⁰.

Tal estratégia apresentou como justificativa o combate ao *déficit* público por meio de redução das despesas, aumento de receitas tributárias, privatizações de empresas estatais e concessões de serviços públicos ao setor privado. Nesse período, ocorreu a privatização de diversas estatais sob a administração dos governos federal e estaduais. Todavia, a desestatização não alcançou seu principal propósito: introduzir a concorrência no SBE. Grande parte das empresas já possuía usinas geradoras próprias e fornecia diretamente energia para seus clientes. Assim, podia prestar serviços ao cliente final sob a forma de subvenções cruzadas⁵¹. Devido a esse entrave no mercado, a integração vertical do setor foi interrompida, dividindo as atividades de geração, distribuição, transmissão e comercialização de energia elétrica⁵².

Os anos 2000 foram marcados por uma grave crise no SEB devido, principalmente, à falta de investimentos federais no setor, o que resultou no racionamento de eletricidade no País⁵³. Após as eleições presidenciais de 2002, com a esquerda no comando da nação, o SEB foi objeto de nova reforma, marcada pela presença de empresas privadas que atuam no mercado por meio de concorrência direta com várias sociedades de economia mista de controle majoritário, quer da União, quer dos Estados-membros.

Luiz Pinguelli⁵⁴ considera que o Novo Modelo do Setor, implementado em 2004, avançou em relação ao planejamento setorial, porém não sanou os problemas provenientes do período de privatização do setor elétrico. O cancelamento dos contratos de concessão entre as empresas geradoras estatais e as distribuidoras, no ano de 2003, gerou perdas para o Grupo Eletrobras, que suportou o encargo de vender energia mais barata para os consumidores livres e as grandes indústrias intensivas em energia, que, atualmente, consomem 30% da energia elétrica gerada no País.

49 A primeira privatização, após a edição do PND, foi a da Usina Siderúrgica de Minas Gerais (Usiminas), localizada no município de Ipatinga, vendida no último trimestre de 1991. As outras empresas federais privatizadas durante o governo Collor foram: Usiminas Mecânica (Usimec), Cia. Eletromecânica (Celma), Mafersa, Cia. Siderúrgica do Nordeste (Cosinor), Serviço de Navegação da Bacia do Prata (SNBP), Aços Finos Piratini (AFP), Petroflex, Cia. Petroquímica do Sul (Copesul), Álcalis do Rio Grande do Norte (Alcanorte), Cia. Nacional de Álcalis (CNA), Cia. Siderúrgica de Tubarão (CST), Fertilizantes Fosfatados (Fosfértil), dentre outras.

50 “Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais: I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; V - permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa”.

51 SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. *A regulação do setor elétrico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 44. A subvenção cruzada é o sistema pelo qual a empresa prestadora do serviço de energia elétrica subvenciona de uma atividade mais lucrativa para outra com menor lucro.

52 A Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, além de romper com o paradigma da desintegração vertical, estabeleceu regras específicas para o fornecimento de energia elétrica, sendo conhecida como Lei Geral das Concessões. Outro mérito do referido marco legal foi a conceituação de produtor independente de eletricidade, definição até hoje mantida.

53 MARTINS, Renato Domingues Fialho. *O setor elétrico pós-privatização: novas configurações institucionais e espaciais*. 2009. 143 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) – IPPUR, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2009. p. 82. Martins destaca as questões de fundo que perpassaram a reestruturação do SEB, sendo elas: *i*) assegurar a oferta de energia; *ii*) estimular o investimento; *iii*) reduzir os riscos dos investidores; *iv*) maximizar a competição; *v*) incentivar a eficiência; *vi*) fortalecer o órgão regulador; *vii*) definir as novas funções da Eletrobras e, *viii*) adequar a qualidade do fornecimento à necessidade do mercado.

54 ROSA, Luiz Pinguelli. Energia e setor elétrico nos governos Lula e Dilma. In: SADER, Emir (Org.). *10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma*. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2013. p. 181.

A reforma ocorrida em 2004 afastou o setor elétrico brasileiro do modelo puramente concorrencial e, com isso, estabeleceu uma forma híbrida de exploração industrial sob a influência do liberalismo mitigado⁵⁵.

Com o primeiro mandato do governo de Luís Inácio Lula da Silva, o atual modelo de mercado, apoiado nas chamadas “parcerias público-privadas”, foi mantido. Com isso, houve a superação das crises energéticas do início dos anos 2000, em razão dos maciços investimentos econômicos no setor energético, fomentados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), e como consequência do plano conhecido como Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), conforme acentua Luiz Piguelli Rosa⁵⁶ analisando o SEB e a desregulamentação da energia enquanto parte do processo de liberalização da economia sob a ótica da globalização financeira, que antecedeu o período de ascensão dos governos de esquerda no País.

A multiplicação de hidrelétricas foi o resultado de uma opção governamental de visão desenvolvimentista, como mecanismo de aceleração de crescimento e uma resposta à falta de energia, desencadeada pelo racionamento em 2001. Segundo a ANEEL, em 2009, o Brasil possuía um total de 2.121 empreendimentos em operação, que produziam um total de energia, proveniente de hidrelétricas, de 74,12%. Considerada a produção integral de Itaipu Binacional, a capacidade instalada do parque gerador brasileiro conectado ao SIN era de aproximadamente 105,5 GW, não computados os montantes importados da Argentina, Venezuela e Uruguai.

De acordo com a Lei n.º 11.943, de 28 de maio de 2009, o prazo para o início de funcionamento desses empreendimentos encerrou em 30 de dezembro de 2010. Muitos desses empreendimentos foram paralisados em decorrência de processos judiciais devido aos impactos socioambientais e à violação de procedimentos ou condicionantes impostos pelos órgãos ambientais responsáveis pela fiscalização.

Para a primeira fase do programa, previa-se a instalação de uma capacidade total de 3,3 mil MW, com garantia de contratação por 20 anos pela Eletrobras. Segundo dados da ANEEL, a previsão de 1,885 mil MW de potência instalada exigiria a capacidade de 63 PCHs (pequenas centras hidrelétricas) e de 27 usinas de pequeno porte à base de biomassa. Até o ano 2008, no entanto, do total inicialmente previsto, estão em operação comercial 34 PCHs e 19 usinas a biomassa. A tabela a seguir demonstra a evolução das usinas em operação e em construção.

A multiplicação de PCHs resultou de uma opção governamental com base em uma visão neodesenvolvimentista, como mecanismo de aceleração de crescimento. Segundo a ANEEL, em 2009, o Brasil possuía um total de 2.121 empreendimentos em operação produzindo um total de energia proveniente de hidrelétricas de 74,12%, considerando-se a produção integral de Itaipu Binacional, a capacidade instalada do parque gerador brasileiro conectado ao SIN era de aproximadamente 105,5 GW e não computando os montantes importados da Argentina, Venezuela e Uruguai.

A hidroeletricidade, ainda, é apresentada como o modelo mais vantajoso em termos técnicos, financeiros e ambientais na produção de energia quando comparada com alternativas tradicionais como a queima de carvão e o uso dos derivados do petróleo. Contudo, as experiências já vividas no Brasil e no mundo comprovam que essa matriz energética não está isenta em provocar impactos negativos nos campos sociais, ambientais, econômicos, etc., e o modo de organização dos espaços, a introdução de políticas públicas, a gestão de recursos naturais, que buscam solucionar o problema energético de um país a partir de uma lógica moderna estritamente técnica e racional.

55 SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. *A regulação do setor elétrico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 41.

56 ROSA, Luiz Pinguelli. Energia e setor elétrico nos governos Lula e Dilma. In: SADER, Emir (Org.). *10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma*. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2013. p. 176.

4. PENSANDO PREVENTIVAMENTE SOBRE OS IMPACTOS SOCIAIS DA CONSTRUÇÃO DE UMA BARRAGEM HIDRELÉTRICA

No caso brasileiro, a experiência traumática vivenciada pelos atingidos por barragens a partir do chamado “Milagre Econômico” espelha um cenário de descaso e que as correções de rumos não foram suficientes para prevenir e mitigar os efeitos nefastos dos grandes empreendimentos hidrelétricos. Merecendo uma releitura com base nas consequências negativas provocadas pela intensificação de políticas intervencionistas governamentais e, em regra, por ações da iniciativa privada na implantação de pequenas centrais hidrelétricas como solução para o SEB.

As políticas públicas direcionadas ao Setor devem interpretar os impactos sociais como oportunidades de neutralizar os eventuais riscos socioambientais, adotando medidas preventivas tendentes a planejar de forma transparente e equânime, democratizando os custos ambientais e sociais do empreendimento, até então suportados integralmente pelas comunidades locais. Lygia Sigaud⁵⁷ observa que nem sempre é possível reduzir os efeitos da atuação do Estado na implantação de empreendimentos energéticos, porque equivaleria a colocar o próprio investimento em cheque diante da sua inadequação à área escolhida.

Nesse momento, a reflexão tornou-se mais específica, recaindo sobre a mensuração desses riscos sociais incorridos no processo de implantação da barragem de hidroelétrica, antes que ocorra a desterritorialização dos atingidos, com a realização de contraprova pericial mapeando todo o potencial da bacia hidrográfica, e não como se faz atualmente, em que se licencia trechos dessa mesma bacia, ensejando com esse método um número maior de usinas superior a capacidade que a bacia tem de suportar para esse tipo aproveitamento hidráulico, sem prejuízo do exercício do direito prioritário de usos da água para consumo humano e animal.

To launch our discussion, I'd suggest that both in a river-basin approach, as well as in one-dam-Desta-Destacam-se quatro classes principais de efeitos sociais verificados na implantação de uma barragem: *i)* o • Forced population displacement and impoverishment deslocamento forçado da população; *ii)* a • Boomtown formation around major constructions formação *boom town*⁵⁸ em torno de grandes construções; *iii)* • Downstream unanticipated changes in agro-production systems; adas as mudanças inesperadas a jusante nos sistemas de agroprodução; and *iv)* • Loss of cultural heritage assets; a perda do patrimônio cultural e da identidade coletiva.

A análise dessas sequelas apontadas acima torna-se central, na medida em que, o deslocamento forçado das populações atingidas pelas barragens acarreta não apenas prejuízos econômicos para uns, e ganhos para outros, mas, sobretudo, por não haver vencedores quando falamos da deslocalização de seus saberes e da fragmentação de suas identidades enquanto um coletivo enraizado pelo tempo.

4.1. O drama e as perdas provocados pelos deslocamentos compulsórios dos atingidos por barragens hidrelétricas

Os impactos materiais suportados pela população local vão desde o planejamento a sua revelia para evitar os efeitos da especulação imobiliária baseada na expectativa de indenizações desapropriatórias de va-

57 SIGAUD, Lígia. Efeitos sociais de grandes projeto hidrelétricos: as barragens de Sobradinho e Machadinho. In: SIGAUD, Lígia; ROSA, Luiz Pinguelli; MIELNIK, Otávio (Org.). *Impactos de grandes projetos hidrelétricos e nucleares*. Aspectos econômicos, tecnológicos, ambientais e sociais. Rio de Janeiro: Marco Zero/Núcleo de Publicações da COPPE, 1988. p. 96.

58 “Boomtown effects” as a collective set of socio-cultural impacts are long known. Denomina-se “efeitos *boom town*” o conjunto coletivo de impactos socioculturais de correntes do súbito afluxo de umarmies of construction workers and related groups within small, often traditional and remote local exército de trabalhadores da construção civil e novos grupos populacionais a essa legião de pessoas. Por vezes, oriundo de locais remotos às comunidades atingidas, que geram para os Municípios atingidos um aumento nas despesas tributárias não previsíveis pelo orçamento do empreendimento por causa de problemas sociais ocorridos fora do espaço de construção da barragem, como saúde, educação, lazer e cultura.

lores elevados, bem como para obstaculizar a prévia articulação das forças locais de oposição à implantação do projeto; passando pela construção dos complexos hidrelétricos com a desterritorialização⁵⁹, seguida da alternativa tradicional de reterritorialização dos atingidos por meio de reassentamento em áreas escolhidas pelo empreendedor, a compensação indenizatória em espécie ou em carta de crédito; e prolongam-se após o funcionamento das usinas, com o entraves econômicos, políticos e sociais que deverão ser administrados pelo(s) Município(s) atingido(s) pelo empreendimento.

Paralelamente aos impactos materiais, a imprevidência do Estado-planejador-executor dos projetos hidrelétricos se revela de forma eloquente ao não reconhecer o papel econômico da pequena produção rural e de outras atividades assecuratórias à subsistência do produtor, sua família e demais membros das comunidades, abastecedora dos mercados urbanos da região com alimentos, que passam a ter os preços majorados, proporcionalmente, a longa distância em que foram produzidos e transportados para o consumo, gerando assim um duplo impacto negativo na economia local.

Além dos impactos materiais e concretos existem os imateriais, ou, como aqui preferimos a categoria socioculturais, que podem ser exemplificados com a perda do vínculo territorial, dos laços familiares e comunitários e da referência da vizinhança, entre outros.

Outro aspecto que deve ser considerado em oposição à alternativa oferecida da reterritorialização fora do espaço de poder local vem dos chefes políticos e religiosos da região atingida, que perdem, verdadeiramente, seus eleitores e seu rebanho dizimista, que se sujeitaram a uma realocação elaborada “de cima para baixo”, e caracterizada pela desincorporação de processos sociais dos valores de mercado.

Sigaud⁶⁰ ao tratar dos impactos provocados pelos grandes empreendimentos hidrelétrico, afirma que esses projetos

[...] são pensados como resultantes de uma intervenção vinda de cima (das agências governamentais) e o referencial para a avaliação desses ‘impactos’ é a população compulsoriamente deslocada para a formação dos reservatórios, bem como as populações vizinhas. Na visão da literatura, os ‘impactos’ consistem em respostas culturais da população à intervenção, como se a um estímulo (intervenção) correspondesse uma reação (resposta cultural/impacto). A dimensão temporal se configura como parte importante para os autores, pois estabelecem uma distinção entre ‘impactos’ a curto e longo prazo e chegam até mesmo a preconizar o término dos ‘impactos’, o que ocorreria quando a população finalmente recuperasse a autossuficiência e se sentisse à vontade em seu novo habitat. Para detectar essa normalização, são sugeridos alguns indicadores como, por exemplo, recuperação do padrão de vida anterior e retomada de atividades religiosas.

No caso brasileiro, com a implantação dos projetos hidrelétricos, ocorreu uma reordenação do território tanto urbano quanto rural. Entende-se que, na identificação dos impactos e dos grupos sociais, das comunidades, das famílias e dos indivíduos atingidos devem ser consideradas as alterações resultantes não apenas da implantação do reservatório, mas também das demais obras e intervenções associadas ao empreendimento, tais como: canteiro, instalações funcionais e residenciais, estradas, linhas de transmissão etc. Considerado o impacto territorial a ser suportado em razão dos deslocamentos compulsórios, a Comissão entendeu que, em certas “circunstâncias, também, devem ser consideradas como atingidas as comunidades e as populações anfitriãs, isto é, as que receberam reassentamentos de deslocados pelo empreendimento”⁶¹.

59 HAESBAERT, Rogério. *O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. Preambularmente, território aqui é entendido como espaço onde se manifesta as relações de poder, descolado do conceito tradicional da Geográfica, perpassando não apenas ao tradicional “poder político”, como também pelas interações concretas de dominação, em seu sentido mais simbólico de apropriação.

60 SIGAUD, Lígia. Efeitos sociais de grandes projeto hidrelétricos: as barragens de Sobradinho e Machadinho. In: SIGAUD, Lígia; ROSA, Luiz Pinguelli; MIELNIK, Otávio (Org.). *Impactos de grandes projetos hidrelétricos e nucleares*. Aspectos econômicos, tecnológicos, ambientais e sociais. Rio de Janeiro: Marco Zero/Núcleo de Publicações da COPPE, 1988. p. 85.

61 BRASIL. *Relatório da Comissão Especial de “Atingidos por Barragens”*. CDDPH. 2010. Disponível em: <www.sdh.gov.br/.../2010/resolucao-no-17_aprovacao-relatorio-atingidos>. Acesso em: 20 mar. 2016.

O modo de vida tradicional dessas populações é desconsiderado pelo empreendedor, que ataca o problema com a singela operação de cunho, exclusivamente, patrimonial⁶², resultante de um planejamento autoritário, como já afirmado “de cima para baixo”, que desqualifica os grupos sociais deslocados enquanto agentes políticos.

Podemos compreender o processo em curso nas operações envolvendo o deslocamento e a realocação compulsórios das populações atingidas no território escolhido para a implementação de um complexo hidrelétrico como resultado de relações de dominação e/ou de apropriação sociedade-espço, o que “desdobra-se ao longo de um *continuum* que vai da dominação político-econômica mais ‘concreta’ e ‘funcional’ à apropriação mais subjetiva e/ou ‘cultural-simbólica’”⁶³.

Esse tipo de tratamento dado à população afetada é excludente e constitui uma violência sistêmica, características do poder simbólico que o capitalismo exerce sobre o atingido que fica sob o julgo do grande empreendedor. É preciso pesar de modo equânime nos custos socioeconômicos, ambientais e culturais desses grandes investimentos hidrelétricos diante da redefinição do território, proporcionada pelos “deslocamentos compulsórios” e o modo de apropriação da natureza, devendo ser vistos como impactos negativos do progresso e do desenvolvimento energético brasileiro, pesquisando, assim, alternativas de menor impacto para o ambiente natural e humano.

4.2. Ondas migratórias e a formação *boom town* no entorno das obras dos grandes projetos hidrelétricos

A concepção neoliberal que predomina nos Grandes Projetos de Desenvolvimento prioriza o crescimento econômico como elemento dinamizador do desenvolvimento do País. A utilização dos recursos hídricos por meio de grandes, médias e, mais recentemente, pequenas centrais hidrelétricas têm causado ou acentuado diversos problemas ambientais e sociais nas áreas atingidas, gerando uma legião de migrantes que buscam uma oportunidade de trabalho.

Em tese, os Municípios atingidos deveriam receber uma justa e equânime contrapartida econômica, dentre outras modalidades, levando em conta não apenas a área inundada pertencente a uma determinada municipalidade, mas considerando o impacto nos orçamentos respectivos resultantes da chegada de uma população que provoca uma sobrecarga nos equipamentos e serviços públicos, com destaque para as áreas de educação, saúde e segurança pública. Entretanto, o cálculo indenizatório baseia-se em um critério objetivo, desconsiderando essas peculiaridades que aumentariam os custos econômicos do empreendimento.

4.3. Perda do controle das águas: a inviabilização da agricultura de vazante e da pesca tradicional com a implantação de barragens

O conceito de atingido empregado pelos gestores dos empreendimentos hidrelétricos não equacionam satisfatoriamente o impacto nas populações que vivem a montante e a jusante das barragens, onde desenvolvem suas atividades econômicas, inclusive de subsistência. De acordo com a Comissão Mundial de Barragens, as populações que sofrem os efeitos mais graves e duradouros são aquelas que vivem a jusante da barragem.

O redimensionamento da população deslocada, por vezes, para região distantes do empreendimento, o rompimento do tecido econômico local, a sobrecarga nos orçamentos municipais provocada pelo incremen-

62 ACSELRAD, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. In: ACSERALD, Henri (Org.) *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Heinrich Böll, 2004.

63 HAESBAERT, Rogério. *O mito da desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 95-96.

to de novos investimentos em serviços essenciais para a população originária e os novos residentes oriundo da migração provocada pela construção das usinas, a dependência de salários derivados de trabalhos informais em áreas urbanas e empobrecimento das comunidades são fatores verificados na maioria dos complexos hidrelétricos construídos no Brasil.

Quando analisamos a situação das comunidades rurais situadas na área atingida pela barragem, verificamos que grande parte dos projetos contam com Programas de remanejamento da população rural estabelecidos unilateralmente nos moldes de um contrato de adesão, o que retira o caráter dialógico e democrático sobre as formas de compensação de terras e benfeitorias, que nem sempre viabilizam a continuidade produtiva e reprodutiva no meio rural, assegurando uma qualidade de vida e o emprego do modo de vida tradicional.

No estudo de caso da Usina de Sobradinho, houve a inviabilidade da agricultura de vazante, por exemplo, foi impactada negativamente com a criação do lago, que oferece possibilidade de cultivo, porém o emprego das técnicas tradicionais de plantio ficou prejudicado, uma vez que “as sementes eram, na medida em que a água ia baixando, introduzidas com um pedaço de pau ou com a mão, na terra ‘líquida’”⁶⁴.

A partir de então, a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF) desistiu de combater os agricultores que passaram a cultivar “a vazante” do lago, pois esta, ainda, oferece melhores condições de plantio, uma vez que utilizam um saber acumulado ao longo de muitas décadas, e abandoná-lo significa depender da irrigação que exige do agricultor descapitalizado a contratação de um serviço altamente industrializado e dispendioso. Após muita resistência dos agricultores em abandonar o seu saber-fazer tradicional, desde 1990, a CHESF adverte que “não se responsabiliza pelos eventuais danos em culturas abaixo de 392,50m”.

A respeito do mesmo caso, Martins-Costa⁶⁵ observa que as regras tradicionais de apropriação do espaço no caso do Projeto de Colonização em Serra do Ramalho para reassentamento das famílias afetadas pelo lago, verificou-se que grande parte dessas comunidades rurais recusou-se a sair da área até próximo a inundação de seus povoados. Essa recusa estava associada a negação dos tradicionais deslocamentos vindos da caatinga para regiões mais agricultáveis. Desse modo, a retirada das terras de vazante significava a reordenação do espaço “segundo um conjunto de oposições homólogas, onde o alto e o seco se opunham ao baixo e molhado, como a caatinga se opunha à vazante”.

A Comissão Mundial de Barragens conclui que os impactos a jusante da barragem são subavaliados e os indicativos da magnitude desses efeitos estão associados diretamente à alteração do regime hidrológico de um rio. Os custos em cobrir gastos como os usos da água a jusante da barragem poderá ensejar o abandono de projetos de barragens⁶⁶.

4.4. A perda do patrimônio cultural e da identidade coletiva

Em regra, o primeiro contanto oficial da população com a futura barragem é feito pelos quadros técnicos do empreendimento. Todavia, a relação inicia-se com um profundo abismo linguístico e psicológico entre os representantes do Estado, nesses projetos, e a população, caracterizado pela dualidade daqueles que “leva o progresso” para as comunidades incautas e atrasadas, marcadas por hábitos ancestrais e tradicionais, qualificados pelo empreendedor como um entrave para o desenvolvimento nacional. Essa postura, por vezes, inaugura o abalo da autoestima e da identidade coletiva de moradores de áreas de barragens.

64 SANDRONI, Paulo. Diferenciação do campesinato e intervenção estatal. In: *REUNLÃO DO P.I.P.S.A*, 4., Natal. Natal, 1979. (mimeo.). p. 8.

65 MARTINS-COSTA, Ana Luíza B. *Uma retirada insólita: a representação camponesa sobre a formação do lago de Sobradinho*. 1989. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1989. p. 63.

66 WORLD COMMISSION ON DAMS. *Dams and Development: a new framework for decision making. Relatório da Comissão Mundial de Barragens*. London: Earthscan, 2000. p. 113.

O objetivo do Estado/empreendedor, nesses casos, é impor a ordem civilizadora, mesmo que para isso seja inobservado a escuta e o protagonismo dos indivíduos e das comunidades no processo de implementação de uma usina hidrelétrica. Nessa espécie de empreendimento, também, é comum a desqualificação do discurso e do conhecimento empírico dos moradores, os quais, diante do dilúvio anunciado, em alguns casos, tentam reelaborar suas identidades no processo de luta pelo reconhecimento e pela defesa de seus direitos territoriais.

Andréa Zhouri & Raquel Oliveira⁶⁷ analisando o caso da implantação da UHE Irapé e o discurso da elite mineira sobre a representação dos modos de vida tradicionais das comunidades qualificadas como estagnadas e pobres, afirmavam que a reversão desse cenário se daria com a inversão de grandes investimentos na região.

No que tange aos grandes projetos econômicos, ainda prepondera as chamadas teorias do desenvolvimento do Estado-Nação, com ideias de unificação e integração do País, impondo o caráter civilizador do Sul-Sudeste aos Estados da denominada “periferia do desenvolvimento”, nesse caso formado pelos Estados-membros do Norte-Nordeste⁶⁸, sem considerar a identidade das comunidades, seus hábitos e estabelecendo uma nova lógica relacional, uma unidade forçada e forjada, através da negação do outro, da criação de uma identidade que não pertence mais aquele grupo local, mas ao ideário universal do Estado.

Em relação à dimensão cultural das regiões atingidas pelas barragens, o território é concebido como patrimônio, uma parte de suas vidas e heranças, opondo-se às ideologias que atribuem ao Estado o papel de guardião da nação, que vislumbra nesse espaço uma fonte estratégica ou mercadoria na ideologia desenvolvimentista hegemônica.

Essa dimensão cultural seria bem-vinda a contribuição de laudos arqueológicos evidenciando a veracidade do sentimento intuitivo de pertencimento da terra em relação ao homem, e os laudos antropológicos em sentido oposto, fortalecendo à resistência em defesa desses conjunto cultural, que se somam à territorialidade desses atingidos, aqui entendido com a carga simbólica onde as comunidades desenvolvem seus hábitos culturais e tradicionais.

Percebe-se o temor por parte dos atingidos em perder as suas terras, sua identidade e de se tornar uma voz dissidente no processo de implantação de uma barragem devido ao discurso isolacionista frente as comunidades, uma vez que sua escuta se dá, na maioria dos casos, exclusivamente, durante a fase de audiência pública. Essa fase é marcada pelo desgaste dos discursos do empreendedor e dos organismos estatais, que tenta convencer as comunidades que o empreendimento é a melhor solução para todos; a população, por sua vez, participa das audiências na defensiva, com receio de consumir as perdas materiais e simbólicas em seus territórios.

Um caso emblemático envolvendo as populações atingidas e o pouco espaço de inserção nas discussões sobre os empreendimentos hidrelétricos é a Usina de Belo Monte. O empreendimento foi licenciado sem a escuta das populações indígenas. Andréa Zhouri⁶⁹ aponta que essa estratégia é decorrente de um modo de se elaborar os grandes projetos caracterizados pela abstração, à revelia das condições ambientais e socioculturais que regem a vida nos lugares escolhidos para suportar os empreendimentos hidrelétricos.

67 ZHOURI, Andréa; OLIVEIRA, Raquel. Desenvolvimento, conflitos sociais e violência no Brasil rural: o caso das usinas hidrelétricas. *Ambiente e Sociedade*, v. 10, n. 2, p. 119-135, 2007b. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v10n2/a08v10n2>>. Acesso em: 05 jan. 2012.

68 ZHOURI, Andréa; OLIVEIRA, Raquel. Desenvolvimento, conflitos sociais e violência no Brasil rural: o caso das usinas hidrelétricas. *Ambiente e Sociedade*, v. 10, n. 2, p. 119-135, 2007b. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v10n2/a08v10n2>>. Acesso em: 05 de jan. de 2012. No caso citado por Zhouri & Oliveira devida à localização geográfica do Vale do Jequitinhonha, há uma forte ligação com o Estado da Bahia, levando a população dessa região se reconhecer como “baianeiros”, sendo denominado pela elite tradicional mineira com parte integrante culturalmente do Nordeste brasileiro.

69 ZHOURI, Andréa. A crise do sistema ambiental e da democracia. *Seminário A hidrelétrica de Belo Monte e a questão indígena*. Universidade Nacional de Brasília, 07 de fev. de 2011. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=npoLn9pzJ5E>. Acesso em: 05 jan. 2012.

A lógica subjacente dessa espécie de planejamento é a crença na gestão e nos aspectos socioambientais, que são considerados como um entrave e passíveis de solução compensatória, constituindo uma adequação ambiental, ou seja, as comunidades devem adequar-se aos projetos técnicos e não o contrário.

As consequências dessa postura governamental, em geral, são: *i*) ausência de discussão profunda sobre a viabilidade socioambiental e cultural desses projetos, apelando sempre para o interesse nacional; *ii*) uso de linguagem técnica nas audiências públicas dificultando a participação da população, a participação popular acaba sendo uma encenação democrática, pois não são incorporadas no projeto as demandas sinalizadas pelas populações, além de serem realizadas em fase posterior ao início das obras do projeto hidrelétrico; *iii*) ausência de mecanismos institucionais para acolher as demandas e o conhecimento das populações locais; *iv*) falhas nos estudos e relatórios ambientais, tais instrumentos acabam sendo adequações aos modelos previamente elaborados.

Desse modo, há urgência na mudança de postura dos atores envolvidos no processo de implantação de barragens (técnicos, poder local, legislativo, judiciário) para que a população participe efetivamente dos debates, das discussões, propondo soluções, e que possam fazer entender que o grupo social integra o patrimônio cultural da área atingida.

Durante o processo de implementação de uma usina hidrelétrica, não pode ser desprezada a confluência de fatores internos e externos, manifestados por meio da teia que compõe o universo de saberes, de valores, de lógicas particulares das comunidades, suas visões de mundo, e que, de modo geral, guiam suas relações materiais e simbólicas, dando-lhes identidade social complexa e a heterogeneidade em suas relações internas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A retomada do aumento do crescimento econômico vivida pelo Brasil, nos últimos anos, tem reaberto o debate sobre como ampliar a capacidade produtiva do País, a qual tem assumido, cada vez mais, um lugar de destaque no cenário internacional. Uma das questões centrais que aparecem como empecilho para tal crescimento econômico é o tema do incremento sustentável da capacidade de geração de energia que o Brasil possui, que, ao ser avaliado, deve considerar, também, os reflexos socioambientais, objeto de estudo à luz das Teorias Sociológica e do Direito.

Dentre os diversos impactos que podem ser observados no processo de construção de usinas hidrelétricas, destacam-se aqueles que requerem uma profunda reorganização do território atingido, impingindo as populações deslocamentos compulsórios, formando legiões de refugiados, com perdas significativas econômica, social e culturalmente.

Esse fato leva a refletir que a organização dos espaços, a implementação de políticas públicas, a gestão de recursos naturais e, conseqüentemente, a maneira como se busca solucionar o problema energético de um país não são elaboradas de modo aleatório, mas a partir de uma lógica estritamente técnica e racional. Em todos esses fenômenos, as decisões são tomadas de acordo, entre outros aspectos, com a capacidade de participação de diferentes atores no processo decisório.

Portanto, as ações estatais em relação à apropriação do meio ambiente não dizem respeito, apenas, a um interesse público, mas estão fundamentadas em valores e significados compartilhados e produzidos socialmente. Nesse caso, o valor em questão é a noção de que o aumento da produção de energia elétrica no Brasil, necessariamente, trará “desenvolvimento” e “progresso”, ambos associados à ideia de domínio da natureza pela técnica. No entanto, há outros atores envolvidos nessa produção de significados sobre a geração de energia elétrica; alguns deles, diretamente afetados pelos projetos hidrelétricos, ressignificam, por exemplo, o sentido de “progresso”.

A década de 90 ficou marcada pelo processo de desestatização preconizado pelo modelo neoliberal, que se expressou nas privatizações, especialmente das concessionárias estaduais, ocorrendo mudanças pontuais no arcabouço jurídico regulatório. Fazem parte dessa parte: *i*) a inclusão das empresas do SEB no PND; *ii*) a criação da ANEEL; *iii*) a criação de um mercado para negociação de energia elétrica; *iv*) a criação de um órgão administrador do sistema interligado (ONS). Esse modelo naufragou, como se pode constatar pelos seguidos “apagões” do ano de 2001, que exigiram mudança de rumo por meio do setor misto configurado pela constituição de “parceria público-privada”, a partir de 2006.

A expansão desejada e implementada no Setor Elétrico por meio das hidrelétricas, para viabilidade do crescimento econômico mediante uma oferta de energia em quantidade e qualidade adequadas, passaram a contar com fontes renováveis, destacando-se a biomassa, a energia eólica e a energia solar.

O passo seguinte deveria ser um bom planejamento setorial de curto, médio e longo prazo (com recursos do BNDES), articulado à política industrial, agrícola, habitacional, urbana, de transportes, tecnológica, ambiental por meio do uso racional e eficiente da energia. A nossa expectativa é de que o Brasil volte a crescer a taxas que permitam a inclusão social e a modernização da estrutura produtiva, com sustentabilidade energética e responsabilidade socioambiental.

Ficou evidenciado neste trabalho o fato de que as populações locais e regionais foram impactadas pelos processos de reestruturação territorial decorrente da implementação de hidrelétricas, revelando a lógica de apropriação econômica do recurso hídrico, adotada pelo Setor Elétrico do País, principalmente, após a fase de privatização desse segmento. Retomando a era desenvolvimentista com os grandes projetos de investimento, referentemente às negociações e soluções para as questões socioambientais decorrentes da instalação das obras em questão.

Os impactos sociais com a remoção e a realocação dos atingidos por barragens não resultam tão somente da atuação imposta pelo Estado, numa lógica descendente, tampouco das ações ou omissões dos empreendedores e seus técnicos, ou de falhas do planejamento e execução do projeto. Porém, decorre de um processo repleto de tensões e conflitos de interesses. A solução advém da resultante das forças envolvidas no processo conflituoso. Os casos aqui analisados permitem pensar que a decisão estatal sobre a implementação de projetos hidrelétricos desencadeia um conjunto de conflitos entre diferentes forças sociais, que não estão dadas a priori, mas se consolidam ao longo do processo, como fruto de uma estrutura social preexistente e da atuação do Estado no embate, que se transforma no tempo e no espaço, a partir das coalizões firmadas e/ou rompidas no curso da dinâmica dos fatos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACSELRAD, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. In: ACSELRAD, Henri (Org.) *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Heinrich Böll, 2004.
- AMARAL FILHO, Jair do. A endogeneização no desenvolvimento econômico regional. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA – ANPEC, 27., 1999, Belém. *Anais...* Belém, 1999.
- ARRIGHI, Giovanni. *A ilusão do desenvolvimento*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- BENINCÁ, Dirceu. *Energia & cidadania: a luta dos atingidos por barragens*. São Paulo: Cortez, 2011.
- BENJAMIN, Walter. *Ensaio sobre a literatura e história da cultura: sobre o conceito da história*. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 222-232. Disponível em: <http://www.antivalor.kit.net/textos/frankfurt/benjamin_01.htm>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BRASIL. *Lei 11.079, de 30 dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

BRASIL. *Lei 11.079, de 30 dezembro de 2004*. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 nov. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 18 mar. 2016.

BRASIL. *Relatório da Comissão Especial de "Atingidos por Barragens"*. CDDPH. 2010. Disponível em: <www.sdh.gov.br/.../2010/resolucao-no-17_aprovacao-relatorio-atingidos>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Exposição no Senado sobre a Reforma da Administração Pública*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno03.PDF>. Acesso em: 13 maio 2015.

BUARQUE, Sergio C. *Construindo o desenvolvimento local sustentável*: Metodologia de planejamento. São Paulo: Garamond, 2008.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. A era da informação: Economia, sociedade e cultura. Tradução Klaus Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS 1987. *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DINIZ, Eli. O contexto internacional e a retomada do debate sobre desenvolvimento no Brasil contemporâneo (2000/2010). *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, 2011.

GARZON, Luis Fernando Novoa. Financiamento público ao desenvolvimento: enclave político e enclaves econômicos. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de (Org.). *Capitalismo globalizado e recursos territoriais: fronteiras da acumulação no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lamparina, 2010.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol*. O que a globalização está fazendo de nós. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GRYNSZPAN, Mário. Os idiomas da patronagem: um estudo da trajetória de Tenório Cavalcanti. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 14, ano 5, 1990.

HAESBAERT, Rogério. *O mito da desterritorialização*: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

HOBBSBAWM, Eric J. *A era do capital*. São Paulo: Paz e Terra, 1982.

LEME, Alessandro André. *A reforma no setor elétrico brasileiro*: uma abordagem acerca de seus fundamentos e de sua nova estrutura de regulação. 2007. 369f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

MARTINS, Renato Domingues Fialho. *O setor elétrico pós-privatização*: novas configurações institucionais e espaciais. 2009. 143 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) – IPPUR, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

- MARTINS-COSTA, Ana Luiza B. *Uma retirada insólita: a representação camponesa sobre a formação do lago de Sobradinho*. 1989. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1989.
- PIRES, Rui Pena. Diferença e progresso: a tipologia tradicional/moderno na sociologia do desenvolvimento. *Sociologia*, n. 3, p. 149-162, 1987. Disponível em: <<http://sociologiapp.iscte.pt/pdfs/37/416.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- PRZEWORKSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Rio de Janeiro: RelumeDumará, 1995.
- ROSA, Luiz Pinguelli. Energia e setor elétrico nos governos Lula e Dilma. In: SADER, Emir (Org.). *10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma*. São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2013.
- SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008b.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008a.
- SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI. *Cadernos de Desenvolvimento e de Meio Ambiente*, Curitiba, n. 2, 1994.
- SACHS, Ignacy. *Espaços, tempos e estratégias de desenvolvimento*. São Paulo: Edições Vértice, 1986.
- SANDRONI, Paulo. Diferenciação do campesinato e intervenção estatal. In: *REUNÃO DO P.I.P.S.A*, 4., Natal. Natal, 1979. (mimeo.)
- SANTIAGO JUNIOR, Fernando Antonio. *A regulação do setor elétrico brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SANTOS, Milton; RIBEIRO, Ana Clara Torres. *O conceito de região concentrada*. Rio de Janeiro, 1979.
- SEVÁ FILHO, Osvaldo. Meio ambiente, Energia e Condições de trabalho no Brasil. Estudo retrospectivo 1991-2001 sobre algumas iniciativas sindicais. In: BIENNIAL INTERNATIONAL WORKSHOP ADVANCES IN ENERGY STUDIES “ENERGY-ECOLOGY 4th”, 2004, Campinas. *Anais...* Campinas, 2004.
- SIGAUD, Lígia. Efeitos sociais de grandes projeto hidrelétricos: as barragens de Sobradinho e Machadinho. In: SIGAUD, Lígia; ROSA, Luiz Pinguelli; MIELNIK, Otávio (Org.). *Impactos de grandes projetos hidrelétricos e nucleares*. Aspectos econômicos, tecnológicos, ambientais e sociais. Rio de Janeiro: Marco Zero/Núcleo de Publicações da COPPE, 1988.
- STIGLITZ, Joseph E. Em busca de um novo paradigma para o desenvolvimento: estratégias, políticas e processos. Palestra proferida no Instituto Mundial para a Pesquisa em Desenvolvimento Econômico – *World Institute for Development Economic Research*, Genebra, out., 1998.
- TENÓRIO, Fernando G. Desenvolvimento local. In: TENÓRIO, Fernando G. (Org.). *Cidadania e desenvolvimento local*. Rio de Janeiro: FGV; Ijuí: Unijuí, 2007.
- VAINER, Carlos Bernardo. Águas para a vida, não para a morte. Notas para uma história do movimento de atingidos por barragens no Brasil. In: WORKSHOP SOCIAL MOVEMENTS IN THE SOUTH, CENTER FOR INTERNATIONAL AFFAIRS, 2002, Harvard.
- VAINER, Carlos Bernardo; ARAUJO, Frederico Guilherme Bandeira. *Grandes projetos hidrelétricos e desenvolvimento regional*. Rio de Janeiro: CEDI, 1992.
- WORLD COMMISSION ON DAMS. *Dams and Development: a new framework for decision making*. Relatório da Comissão Mundial de Barragens. London: Earthscan, 2000.
- ZHOURI, Andréa. *A crise do sistema ambiental e da democracia*. Seminário *A hidrelétrica de Belo Monte e a questão indígena*. Universidade Nacional de Brasília, 07 de fev. de 2011. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=np0Ln9pzJ5E>. Acesso em: 05 jan. 2016.

ZHOURI, Andréa; GOMES, Lilian Alves. Da invisibilidade à mobilização popular: atores e estratégias no licenciamento ambiental das hidrelétricas Capim Branco I e II. In: SEMINÁRIO NACIONAL MOVIMENTOS SOCIAIS, PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA, 2., 2007, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis, 2007a. Disponível em: <http://www.sociologia.ufsc.br/npms/lilian_gomes.pdf>. Acesso em: 13 maio 2015.

ZHOURI, Andréa; OLIVEIRA, Raquel. Desenvolvimento, conflitos sociais e violência no Brasil rural: o caso das usinas hidrelétricas. *Ambiente e Sociedade*, v. 10, n. 2, p. 119-135, 2007b. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v10n2/a08v10n2>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014

Sharing consumers personal data: the abuses committed by suppliers and the proposals of the Senates Legislative Bill number 181/2014

Héctor Valverde Santana

Rafael Souza Viana

O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014*

Sharing consumers personal data: the abuses committed by suppliers and the proposals of the Senates Legislative Bill number 181/2014

Héctor Valverde Santana**

Rafael Souza Viana***

RESUMO

O trabalho visa analisar a ação indiscriminada dos fornecedores de produtos ou serviços que praticam a comercialização ilícita dos dados pessoais de seus clientes a terceiros, alheios à relação consumerista. Serão apontadas as consequências desse tipo de conduta e demonstradas quais são as infrações cometidas, além de trazer conceitos de Direito do Consumidor pertinentes ao tema, abordando, ainda, regras referentes aos direitos da personalidade, principal instituto violado. Algumas sugestões são apresentadas para que haja a regulamentação do tráfico de informações, fundamentadas no PLS 181/14, em trâmite no Senado Federal, o qual apresenta ideias que podem vir a beneficiar os consumidores e minimizar sua vulnerabilidade.

Palavras-Chave: Banco de Dados – Direitos da Personalidade – Direito do Consumidor – Privacidade – PLS 181/14.

ABSTRACT

This article analyses and exposes the illegal behavior of the suppliers by commercializing the personal data base of its customers, without their authorization. The consequences to the consumers affected by this behavior will be explained by the point of view of the rights of personality and the Brazilian Consumer Protection Code. A few suggestions to regulate the personal data base exchange will be presented with legal basis on the Federal Senate's bill number 181/14, which can become a great addition to the Brazilian law and the rights of intimacy and privacy, reducing the consumers vulnerability.

Keywords: Data Base – Rights of Personality – Consumer Rights – Privacy – PLS 181/14

* Recebido em 20/03/2017
Aprovado em 23/03/2017

** Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Professor do UniCEUB, no Doutorado, Mestrado e Graduação, nas áreas de Teoria Geral do Direito, Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil; Magistrado 2º. Grau TJDFI.

*** Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB-DF; Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Previsões constitucionais e legais que tutelam a privacidade e a intimidade das pessoas fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro e nem sempre são respeitadas. A referida situação fica, ainda, mais evidente quando se tem o foco voltado ao mercado de consumo, ambiente em que a prioridade é o lucro e que se faz de tudo para atingi-lo, inclusive ações ou condutas ilegais.

Os fornecedores (empresários), quando decidem utilizar estratégias que, eventualmente, possam desrespeitar direitos (no caso, a privacidade e a intimidade dos seus consumidores), escolhem a via mais obscura para fazê-lo, na tentativa de esquivar-se de possíveis sanções e punições.

Os consumidores se encontram em condição de vulnerabilidade em relação aos fornecedores (empresários) com quem contratam, os quais, por sua vez, estão munidos de diversas ferramentas que lhes permitem permanecer nessa condição de superioridade. Torna-se muito difícil controlar, ou mesmo coibir, suas ações, fazendo com que seus clientes fiquem vinculados aos pactos assumidos, sem margem para negociação de seus termos e, por consequência, expostos às suas determinações, mesmo as desproporcionais e abusivas.

Percebe-se, então, que, por mais que as normas consumeristas sejam fortes e estejam obtendo real êxito na tutela dos consumidores, em especial no que diz respeito à busca pelo equilíbrio das relações entre eles e os fornecedores, não conseguem abranger todas as condutas ilícitas praticadas pelo mercado.

Ao tratar do tráfico de dados e informações pessoais, objetiva-se demonstrar que a legislação brasileira está (diferentemente do que ocorrem nos principais países da América do Norte e da Europa) estagnada no que diz respeito à proteção de dados pessoais, carecendo de norma específica para tanto.

A solução, em âmbito nacional, pode estar contida no Projeto de Lei do Senado Número 181 de 2014, cuja análise visa demonstrar suas principais ideias e propostas, as quais poderão ensejar aos titulares maior controle sobre seus dados pessoais e assegurar maiores proteções aos seus direitos da personalidade (intimidade e privacidade).

1. A REALIDADE DO MERCADO DE CONSUMO E O ARMAZENAMENTO DE DADOS E INFORMAÇÕES DOS CONSUMIDORES

Uma pessoa entra em uma loja, ou acessa um *website*, escolhe um produto (ou serviço) que lhe agrada, dirige-se ao caixa (ou correspondente) para efetuar o pagamento, eis que, antes de confirmar a transação, é solicitado o preenchimento de um cadastro (ou formulário) elaborado pelo próprio estabelecimento comercial.

Sob a alegação de que tal procedimento é praxe da empresa e que, com isso, a relação com o cliente se estreitará, com a facilitação da comunicação entre eles no caso de futuras promoções e descontos, o consumidor é induzido a fornecer uma série de informações pessoais.

O cenário é muito comum, repetindo-se, diariamente, no mercado de consumo e, somado à velocidade e ao imediatismo característico do comércio moderno, passa despercebido pelos consumidores, o que minimiza, inconscientemente, a importância do sigilo de seus dados pessoais e resulta no seu fornecimento de modo automático.

Outro ponto relevante consiste na finalidade dada pelos fornecedores a esses dados coletados. Preenchido o cadastro, os consumidores não fazem ideia de como a informação prestada será utilizada e desenvolvem uma confiança instantânea, crendo que serão armazenados para propósitos exclusivos da empresa, resguardando o esperado sigilo.

2. BREVES NOÇÕES DE DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

O ser humano não é capaz de produzir, por conta própria, todo o necessário para satisfazer suas necessidades. Torna-se imperativa, portanto, sua interação com terceiros com a prática de relações de consumo (relações sociais, econômicas e jurídicas com um fornecedor de bens ou serviços).¹

O consumo deve ser disciplinado, pois se trata de uma relação jurídica com características peculiares, bem como pelo fato da proteção aos consumidores ser direito fundamental insculpido no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal². O Direito do Consumidor no Brasil é disciplinado, primordialmente, pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC ou Lei n. 8.078/1990), cabendo neste artigo dar destaque aos seus princípios basilares, bem como aos conceitos de consumidor e fornecedor, facilitando a compreensão de quem são os sujeitos de direito envolvidos nessa relação.

A relação de consumo exige a presença de dois sujeitos, o consumidor e o fornecedor. O consumidor é o sujeito destinatário de proteção especial da referida lei, vez que é a parte mais frágil, vulnerável, dessa relação, com menos *expertise*, em sentido estrito³, técnico⁴ ou jurídico⁵, expostos às sofisticadas técnicas e estratégias de *marketing* praticadas pelos fornecedores.⁶

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor determina que o consumidor é a pessoa, física ou jurídica, que utiliza produto ou serviço como destinatário final. Não poderá ter, por exemplo, intuito de revendê-lo ou reutilizá-lo para obter lucro. Ele é considerado vulnerável, qualificação diversa da condição de hipossuficiência, pois esta deve ser comprovada de modo concreto, observada caso a caso (não é adequado presumi-la).⁷

O Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de ampliar ainda mais sua proteção, em seus artigos 17 e 29, estende a sua tutela àqueles que são (ou podem vir a ser) vítimas de uma atividade de mercado e equipara-os à condição de consumidores.⁸

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou a Teoria do Finalismo Aprofundado para o conceito jurídico de consumidor, a qual consagra que, independentemente da pessoa ser, de fato, o destinatário final do produto ou serviço, o que vale para a análise do seu enquadramento na condição de consumidor é a presença do elemento da vulnerabilidade, assegurando, assim, por completo, o equilíbrio da relação.

A definição de fornecedores está estabelecida no art. 3º do CDC. É fornecedor toda a pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, que desenvolva atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização⁹ de produtos ou serviços, ou seja, são

1 KLAUSNER, Eduardo Antônio. A globalização e a proteção do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, p. 67-68, jan.-fev./2015.

2 CATALAN, Marcos. Um sucinto inventário de 25 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, p. 25-30, jan.-fev./2016.

3 Vulnerabilidade econômica refere-se ao maior poder financeiro do fornecedor, que é, normalmente, um empresário, tendo facilidades para se unir a outros e praticar condutas anticoncorrenciais como o cartel, por exemplo, em desfavor daquele.

4 Vulnerabilidade informacional, trata-se da superioridade quanto as informações e conhecimentos sobre os produtos ou serviços vendidos, podendo o fornecedor, dessa forma, induzir o consumidor a erro, dando-lhe informações insuficientes, ou confundindo-os, em razão do excesso de informações.

5 Consiste no fato do fornecedor estar acostumado com o processo, com o ambiente judiciário, ou seja, ser um litigante habitual, ao contrário dos consumidores, levando vantagem sobre estes por já haverem passado por diversos tipos de situações, por terem mais experiência, enquanto que, para muitos consumidores, o mundo jurídico é algo novo, uma espécie de aventura muitas vezes.

6 ZABAN, Breno; BESSA, Leonardo Roscoe. Vulnerabilidade do consumidor: Estudo empírico sobre a capacidade de tomada de decisões financeiras por interessados na compra de imóveis. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, p. 210-218, set.-out. /2015.

7 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

8 BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44-45.

9 Rol elencado no artigo 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor.

agentes econômicos que desenvolvem atividade no mercado de consumo.¹⁰

Outro importante ponto que se deve destacar, nessa síntese, acerca do Direito do Consumidor Brasileiro, é o conteúdo do artigo 6º do Código, que prescreve os direitos básicos dos consumidores, considerados como indisponíveis (irrenunciáveis e intransmissíveis).¹¹ Dentre eles, os mais relevantes para o presente estudo são os direitos à liberdade de escolha, à informação, à transparência e à boa-fé.

O artigo 6º, inciso II, do CDC assegura a liberdade de escolha e visa garantir a autonomia da vontade na opção de aquisição de produto ou serviço, com a finalidade de evitar manipulações que, eventualmente, possam resultar da utilização de estratégias de marketing (extremamente agressivas), as quais possuem o condão de induzir o consumidor em erro quanto ao seu real desejo, alterando aspectos do produto ou serviço desejado (preço disposto a pagar, qualidade necessária, tamanho, marca de preferência, dentre outros).

O direito à informação surge, exatamente, para assegurar que a liberdade de escolha seja atendida. O objetivo é assegurar a transparência nas relações de consumo, devendo os fornecedores prestar informações de forma adequada e clara aos consumidores, o que possibilita, de modo reflexo, a liberdade de escolha. Caso não seja respeitada, o contrato será passível de nulidade, conforme o disposto no artigo 6º, inciso III, do CDC.

A transparência e a boa-fé no contrato de consumo e na publicidade visam reestabelecer o equilíbrio na relação, fazendo com que a vantagem do fornecedor diminua, uma vez que, reitere-se, ele é o especialista, sabendo os pontos fortes e fracos do produto ou serviço, diferentemente dos consumidores, leigo que passa a conhecê-los de forma mais profunda, na maioria dos casos, apenas, a partir do momento de sua aquisição, tendo como ponto de partida as instruções recebidas (é o que versa o artigo 6º, inciso IV, do CDC).¹²

Todos esses dispositivos não possuem e pretensão de colocar o consumidor em posição de vantagem em relação aos fornecedores, o que seria um entendimento contrário aos propósitos do Código de Defesa do Consumidor, cujo propósito é o de assegurar a igualdade de condições (justiça social) entre os sujeitos envolvidos em uma relação de consumo.¹³

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Um dos temas jurídicos mais discutidos, tanto no âmbito nacional quanto internacional, é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana. Além de se tratar de algo muito amplo, que abre a possibilidade para debates sobre a dignidade em si, ou sobre questões que possam afetá-la, sua importância é grandiosa e inquestionável, tornando-se uma das razões motivadoras dos direitos da personalidade.¹⁴

A dignidade da pessoa humana não é um assunto fácil de ser tratado. Não há um conceito definitivo e, portanto, surgem muitas questões conforme se aprofunda em sua análise, o que gera controvérsias e choques entre normas, princípios, costumes, religiões e várias outras questões polêmicas.

O caso do cidadão francês Manuel Wackenheim ilustra muito bem essa situação. Portador de deficiência física (nanismo), trabalhava em bares e discotecas durante as atividades denominadas de “arremesso de anões”. Protegido por um capacete e roupas acolchoadas, com alças nas costas, era lançado pelos clientes

10 PASQUALOTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 74, p. 24, abr.-jun./2010.

11 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 123.

12 BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70-76.

13 GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 109

14 Entenda-se, debates que atinjam o tema de forma direta ou indiretamente, como objeto ou como meio de análise.

dos estabelecimentos em um colchão de ar.¹⁵

O evento tornou-se um sucesso em toda a região. Por conta disso, o prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge (França)¹⁶, local onde era realizado, entendeu que tal prática feria a dignidade humana e, provavelmente, preocupado com uma má repercussão que poderia gerar, proibiu-a.

Ao contrário do que se esperava, Manuel Wackenheim recorreu da decisão, alegando que, ao proibir o “arremesso de anões”, estavam impedindo-o de exercer uma profissão¹⁷, o que, dada as suas condições físicas peculiares, era muito difícil de conseguir, violando-se, mais uma vez, sua dignidade. Alegou, também, afronta à sua liberdade e privacidade, o que causou grande repercussão na área jurídica.

O grande problema a ser enfrentado é definir quando, por que, de que forma e em que medida a ordem jurídica deve interferir na vida particular do indivíduo, afinal, a história consagrou a ideia de que se necessita de um Estado para dar limites aos homens, impondo-se ordem para evitar que entrassem em conflito uns com os outros, uma vez que isso já faz parte de sua natureza (“o homem é o lobo do Homem”¹⁸).

A intervenção estatal deve ser feita de modo equilibrado, para que não haja nem um controle absoluto, como se observou nas grandes monarquias e ditaduras¹⁹, nem um liberalismo exacerbado, como ocorreu durante a Revolução Industrial.²⁰

Conscientes da necessidade da intervenção estatal, a ordem jurídica acabou decidindo por limitar os poderes do Estado, buscando, ao menos, diminuir o abuso de sua autoridade. Em razão do clamor por liberdade que se sucedeu e que, cada vez mais, ganhava força, enfrentou-se, também, o abuso de liberdade, o qual se tornou mais evidente nas relações entre particulares (firmavam-se contratos com cláusulas exorbitantes e abusivas, em especial no setor trabalhista), em que a liberdade dos mais fracos acabou absorvida pela dos mais fortes, com maior poder econômico.²¹

Foi-se percebendo que não apenas a liberdade e a vontade eram os únicos direitos a serem tutelados, devendo-se assegurar, também, todos os direitos imprescindíveis aos homens, inalienáveis, inatos, indisponíveis, não obstante a forte resistência daqueles que obtinham vantagens com o pensamento liberal. Foi nesse cenário que surgiram os primeiros direitos da personalidade.

A mudança não foi fácil, até mesmo porque inexistia um rol fechado de quais seriam esses direitos, havia apenas um esboço (direitos à vida, à honra e ao próprio corpo), que acarretavam em muitos conflitos interpretativos, pensamentos em desacordo ou destoantes, com muita resistência em relação à aceitação da ideia de um direito do homem sobre sua pessoa, sob a fundamentação de que poderia legitimar atos socialmente reprováveis, casos da autoflagelação e até mesmo do suicídio.²²

Superados longos anos de debates, as ideias foram se unificando, rechaçando as críticas que outrora eram apresentadas e a doutrina majoritária se convenceu de que eles devem ser reconhecidos legalmente, serem positivados de fato, em razão da necessidade crescente de se proteger a personalidade no direito privado.²³ Chegou-se à conclusão de que a noção de personalidade deve ser encarada sob dois aspectos, o subjetivo

15 SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-16.

16 Localizada a aproximadamente 21 quilômetros da capital, Paris.

17 E de forma reflexa diminuindo a renda e as condições de vida de sua família.

18 Frase notoriamente conhecida, escrita por Thomas Hobbes em sua obra, *Leviatã*.

19 O Estado acaba tolhendo as liberdades individuais dos cidadãos e, muitas vezes, privilegiando alguns em detrimento de outros, conforme o interesse daqueles que estão no poder. Muito poder concentrado nas mãos de poucos.

20 Período em que a intervenção estatal era mínima (Estado Liberal) e milhares de pessoas foram expostas a condições deploráveis de moradia e de trabalho, sendo análogas à escravidão, gerando assim um enorme paradoxo.

21 A necessidade de emprego, sem um controle estatal mais próximo, que pudesse criar políticas no sentido de equilibrar as condições dos cidadãos, na hora de contratar ou ser contratado, acarretou na submissão dos vulneráveis aos desmandes da classe dominante.

22 SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1-16.

23 GOMES, Orlando. *Direitos da personalidade*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 3, n. 11, p. 40, set. 1966.

(mesma ideia de capacidade que tem toda pessoa, física ou jurídica, de ser titular de direitos e obrigações) e o objetivo (personalidade é como um conjunto de características e atributos da pessoa humana, devendo assim ser objeto de proteção pelo ordenamento jurídico, positivado).

As atrocidades que ocorreram no século XX, em especial as duas guerras mundiais, acabaram por agilizar esse processo, pois despertou a busca por novos valores, aptos a proteger os seres humanos e evitar que esses horrores se repetissem. O principal marco foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, que determinou a dignidade como inerente a todos os seres humanos, bem como a estabeleceu como inalienável.²⁴

Durante o século XX, já era possível encontrar alguns fragmentos sobre direitos da personalidade²⁵, até mesmo antes desses fatos impulsionadores, com manifestações claras, técnicas e sistemáticas com o advento dos códigos francês²⁶, português²⁷ e brasileiro^{28,29}.

A busca por um conceito definitivo que fosse consagrado por todos, mesmo após a sua positivação, ainda persiste. Muitos surgiram e foram estudados, mesmo diante de formas e características heterogêneas. É mais fácil definir o que esses direitos não são, as hipóteses nas quais não se enquadram, do que o oposto.

Os direitos da personalidade estão ligados à ideia da garantia do mínimo existencial, do essencial aos seres humanos, sendo anteriores ao Estado, ou seja, inerentes à sua natureza.³⁰ Seu objeto consiste nos bens jurídicos³¹ em que se convertem projeções físicas, psíquicas e morais da pessoa humana, por determinação legal.³²

São direitos subjetivos privados³³ com a função de proteger e assegurar o desenvolvimento da individualidade física (direitos à vida, sobre o próprio corpo³⁴, ao cadáver e outros mais), psicológica (liberdade³⁵, intimidade, incolumidade da mente e ao segredo ou sigilo) e moral (identidade, honra, criações intelectuais, respeito ou decoro e outros)³⁶ da pessoa humana, limitando-se, apenas, em razão de algumas determinações legais de direito público, com esteio no interesse da maioria.³⁷

São direitos inatos, absolutos, necessários, imprescritíveis, extrapatrimoniais, vitalícios, impenhoráveis, irrenunciáveis e intransmissíveis (ou inalienáveis)³⁸. Inatos, pois, se deve entender que as pessoas já nascem com eles (momento que a capacidade civil do indivíduo inicia-se), de forma imediata. Absolutos, haja vista que são oponíveis *erga omnes*, obrigando um dever geral de abstenção de qualquer ato (por parte de um terceiro) que venha a ameaçá-los. Necessários e vitalícios por serem indispensáveis, acompanhando seus titulares

24 SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5-7.

25 Códigos suíço, japonês, helênico, egípcio e italiano.

26 Os direitos da personalidade foram condensados em 10 artigos, tendo como preceito geral o fato de que todo atentado ilícito à personalidade legítima a vítima a exigir sua imediata cessação, sem prejuízo de uma posterior responsabilização do ofensor, se assim for o caso. Também era possível encontrar normas que versavam sobre atos de disposição, total ou parcial, sobre o próprio corpo, direito de imagem, de recusa a se submeter a exames, dentre outros.

27 Presença de direitos à proteção contra ofensa, ou ameaça de ofensa, aos direitos da pessoa, mesmo após a morte de seu titular originário.

28 Continha os direitos à vida, honra e à liberdade, todos em caráter exemplificativo, disciplinando sobre os atos de disposição do próprio corpo, em vida ou após a morte (por meio de documento escrito em vida ou declarações de vontade), submissão a tratamento, exame ou perícia médica, dentre outros.

29 GOMES, Orlando. *Direitos da personalidade*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 3, n. 11, p. 39, set. 1966.

30 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110-112.

31 Não possui valor pecuniário concreto (quantia certa, exata), o que não impede a possibilidade de indenização em razão de abalo moral.

32 GOMES, Orlando. *Direitos da personalidade*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 3, n. 11, p. 39-41, set. 1966.

33 Alguns desses direitos, se observados em outras perspectivas, podem ser considerados como públicos, cabendo ressaltar que não devem ser confundidos com os direitos do homem e do cidadão, estes sim integralmente subjetivos e públicos.

34 Mas não sobre a própria vida.

35 De pensamento, expressão, culto, dentre outras.

36 BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115-116.

37 GOMES, Orlando. *Direitos da personalidade*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 3, n. 11, p. 41-43, set. 1966.

38 BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65.

por toda a vida e, algumas vezes³⁹, até mesmo após a morte⁴⁰.

A imprescritibilidade se dá em razão do decorrer do tempo não afetar, em nada, sua existência ou a possibilidade de gozá-los, sendo, ainda, extrapatrimoniais, em razão de não se poder quantificá-los de forma precisa, ter um valor absoluto⁴¹, intransmissíveis, por ser impossível de separá-los do indivíduo⁴² e, ainda, impenhoráveis (impossibilidade de alienação concreta) e irrenunciáveis, ou seja, não se pode rechaçá-los, repeli-los.⁴³

4. OS BANCOS DE DADOS

Produtos e serviços inovadores surgem todos os dias no mercado de consumo. Muitos deles estão, de alguma forma, relacionados à internet. O advento da internet acabou alterando as relações entre as pessoas, haja vista que o espaço virtual não possui fronteiras. Computadores, celulares, *tablets*, dentre uma série de outros instrumentos e aparelhos eletrônicos, fazem parte desse ambiente e influenciam os mais variados campos, dentre eles, o Direito e, mais especificamente, o Direito do Consumidor, que se depara com novos desafios a serem estudados e enfrentados.⁴⁴

O consumo de produtos e serviços é a atividade mais atrativa e visada da internet, reflexo da relevante alteração dos padrões do mercado de consumo, o que torna o comércio eletrônico responsável por grande parte do faturamento de muitas empresas, por vezes, aproxima-se dos 100%.

O objetivo dessa estratégia é aumentar a aproximação entre clientes e empresas, consumidores e fornecedores, o que torna seus produtos e serviços (ou a divulgação dos mesmos) mais abrangentes e acessíveis, ao passo que reduz os custos das empresas com relação à manutenção de estruturas físicas, climatização, energia, mão de obra, dentre outras tantas despesas.⁴⁵

A produção em massa (estratégia de fornecer grandes quantidades de bens padronizados, a preços baixos), outrora eficiente, entrou em crise e foi superada pela economia de especialização flexível (diversificação da produção para diferentes produtos e diferentes clientes, mais personalizada).⁴⁶

As maravilhas tecnológicas facilitaram a vida dos consumidores na busca por seus objetos de necessidade e desejo. Contribuíram bastante com as estratégias de mercado dos fornecedores, uma vez que, nessa fase pós-massificação de produção, se tornou mais fácil conhecer e desvendar os desejos de consumo de seus clientes, o que elevou a vulnerabilidade dos consumidores⁴⁷ e, por consequência, o desequilíbrio na relação de consumo.⁴⁸

39 Direitos ao corpo, à imagem, à indenização moral.

40 Não são transmissíveis aos herdeiros.

41 Faz-se necessário juízo de valor quando na quantificação de uma possível indenização por violação aos direitos da personalidade.

42 Alguns podem ser reduzidos (nunca alienados por completo) para que seu titular obtenha vantagem financeira, por exemplo: o direito de imagem, ressalvando-se que, para tanto, deve-se respeitar os critérios de temporaneidade, não podem ser eternos, e de aceitação por parte do próprio titular.

43 BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 65-70.

44 JÚNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. As vicissitudes do contrato no comércio eletrônico globalizado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 68-70, nov.-dez./2015.

45 LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Comércio eletrônico: a vulnerabilidade do consumidor pela (des) informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, p. 256-259, jan.-fev. /2015.

46 MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 20-23, nov.-dez./2015.

47 A vulnerabilidade técnica principalmente, haja vista que não se está negociando presencialmente, facilitando a ocorrência de falta de informação, informações prestadas incorretamente e, até mesmo, o excesso de informações desnecessárias, gerando confusão.

48 LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Comércio eletrônico: a vulnerabilidade do consumidor pela (des) informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais,

Os fornecedores desfrutam de uma espécie de confiança, proporcionada pela maior proximidade da relação com seus clientes, em conjunto com estratégias de *marketing* e facilidades oferecidas pelo comércio eletrônico, suficientes para lhes permitir coletar todas as informações necessárias para se traçar os perfis dos seus públicos alvos, utilizando-se, para tanto, dos dados pessoais obtidos e armazenados.

A relação de consumo expandiu-se além das figuras do consumidor e fornecedor, englobando terceiros responsáveis pela promoção dos produtos ou serviços no mercado. As informações coletadas passam a servir como dados norteadores, atribuindo-lhes a condição de essenciais à sobrevivência no mercado, levando-se em conta análises de preços, qualidade dos produtos, de concorrência e dos consumidores em potencial, por exemplo.⁴⁹

O aumento significativo da importância das informações no mercado atual, somado à velocidade e a capacidade das novas tecnologias, acabaram por facilitar o seu cadastro e retenção, processando-as mais rapidamente e armazenando em maiores quantidades em seus bancos de dados.

5. O MATERIAL ARMazenado E A FUNCIONALIDADE DOS BANCOS DE DADOS E CADASTROS DE CONSUMO

Os dados e informações de consumo são conteúdos de grande importância para se destacar no mercado moderno e são objetivos de coleta e armazenamento por parte dos fornecedores, fomentando seus bancos de dados e cadastros de consumo. Possuem características, funções e conteúdos peculiares, com utilidades e importâncias diversas para as empresas, muito embora seja comum classifica-los como equivalentes ou meros sinônimos.

Dado é uma informação em estado potencial, ou seja, uma antecipação, pré-informação⁵⁰. Sob o viés da ciência de computação, os dados são as expressões usadas para definir os valores fisicamente registrados em um banco de dados, podendo englobar fatos, coisas certas, partes de uma informação, dentre outras coisas.⁵¹

As informações vão além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição pessoal⁵², podendo-se considerar como um dado que foi processado por um determinado sistema, aproveitado por um usuário (denominado receptor), o qual irá utilizá-los para lhe auxiliar na realização de tarefas ou na tomada de decisões.⁵³

Os bancos de dados, sob a perspectiva de um conceito mais amplo, são um conjunto de dados armazenados em computador, de maneira estruturada e organizada, no intuito de tornar mais eficaz determinada atividade exercida por seu usuário⁵⁴, os quais buscam os mais variados objetivos, desde a composição de material para fins estatísticos até a coleta de informações úteis a uma companhia de seguros, por exemplo.⁵⁵

O usuário se divide em três tipos, o programador, pessoa responsável por criar os programas de aplica-

v. 97, p. 261-262, jan.-fev. /2015.

49 GENTILI, José Carlos. *Os bancos de dados na sociedade de consumo e o código de defesa do consumidor*: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais. Brasília: Tecprint, 1999, p. 45 e 55.

50 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152 e 153.

51 GENTILI, José Carlos. *Os bancos de dados na sociedade de consumo e o código de defesa do consumidor*: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais. Brasília: Tecprint, 1999, p. 62.

52 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 152 e 153.

53 GENTILI, José Carlos. *Os bancos de dados na sociedade de consumo e o código de defesa do consumidor*: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais. Brasília: Tecprint, 1999, p. 62.

54 GENTILI, José Carlos. *Os bancos de dados na sociedade de consumo e o código de defesa do consumidor*: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais. Brasília: Tecprint, 1999, p. 70.

55 BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 177.

ção utilizados no banco de dados, o usuário final, aquele que tem acesso ao sistema a partir de um terminal (aquele que contratou o serviço, a empresa que irá utilizá-lo) e o administrador, pessoa ou grupo responsável pelo controle geral do banco de dados.⁵⁶

Os bancos de dados de consumo são administrados por entidades que pretendem coletar, armazenar, processar e, se assim lhes for conveniente, fornecer informações a terceiros sobre determinado grupo de consumidores⁵⁷, incluídos os consumidores em potencial. Possuem quatro características que os distinguem das demais modalidades de arquivos, quais sejam, a coleta aleatória, a organização permanente, a transmissibilidade extrínseca e a indiferença quanto ao conhecimento dos consumidores acerca da sua existência.

Ao utilizar a expressão bancos de dados em sentido amplo (independentemente do seu propósito), o Código de Defesa do Consumidor englobou todas as suas espécies e variações, o que tornou desnecessário realizar análises acerca da natureza jurídica das entidades que os administram, sejam elas pessoa física ou jurídica, pública ou privada, automatizadas ou não, afastando qualquer dúvida acerca da sua aplicabilidade.⁵⁸

Os cadastros (ou registros), arquivos de consumo diversos dos bancos de dados, são informações colhidas diretamente dos consumidores, inclusive pelo próprio fornecedor (e não apenas por terceiro especializado). A circulação é, preponderantemente, interna (beneficia a própria empresa, o arquivista). O tempo de permanência das informações ou dados coletados, no arquivo, é condicionado ao seu respectivo interesse comercial⁵⁹.

Outra importante distinção, dada a peculiaridade dos cadastros de consumo, é a inexistência de aleatoriedade, ou seja, a informação que se busca registrar é específica, delimitada. É feita uma análise prévia do grupo de consumidores interessantes para se buscar informações, especialmente para mapear clientes em potencial.

Esclarece-se que, dada a generalidade, assim como ocorre com os bancos de dados, o Código de Defesa do Consumidor abrange todas as espécies de cadastros, fichas ou registros de consumo.⁶⁰

6. O ABUSO DOS FORNECEDORES AO COMERCIALIZAR INFORMAÇÕES E DADOS DE SEUS CLIENTES E O ANTEPROJETO DE LEI DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

A grande quantidade de informações e dados que são colhidos e compartilhados, internamente ou por terceiros, deflagra o potencial lesivo e os perigos aos quais os consumidores estão expostos, principalmente no âmbito da sua intimidade e privacidade.

Não obstante a grande quantidade de tráfego de dados sensíveis, é preocupante que a segurança da informação ainda não esteja estabelecida no Brasil como uma política pública propriamente dita⁶¹, razão pela qual ainda não se tem uma lei geral de proteção de dados pessoais⁶², diferentemente do que ocorre em ou-

56 GENTILI, José Carlos. *Os bancos de dados na sociedade de consumo e o código de defesa do consumidor*: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais. Brasília: Tecprint, 1999, p. 71-73.

57 De produtos ou serviços.

58 Sociedade empresária, autarquia, fundação, sociedade anônima, e outros.

59 Por exemplo, nos casos em que um consumidor abandona uma relação de consumo com determinada empresa fornecedora de produtos ou serviço, normalmente, esta o excluirá de seus registros, dado que não mais lhe será importante do ponto de vista comercial, ao contrário do que ocorrem nos bancos de dados em geral.

60 BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 174-180.

61 MENDES, Laura Schertel. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, p. 254, nov.-dez./2013.

62 MENDES, Laura Schertel. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, p. 253, nov.-dez./2013.

tros países importantes⁶³ da América Latina e do mundo⁶⁴, o que acaba gerando uma série de consequências jurídicas e até mesmo econômicas.

6.1. O direito à privacidade

Nos primórdios, as leis visavam, apenas, à proteção física (corpórea) das pessoas e suas propriedades (bens). O principal bem a ser tutelado era o Direito à Vida, o que determinou a criminalização de condutas e ameaça que colocassem esse direito em risco.

Com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, do Direito, percebeu-se que a proteção ao Direito à Vida não englobava, apenas, a vida em sentido estrito⁶⁵, devendo-se interpretá-la sob um novo ponto de vista, o qual inclui elementos como a liberdade (para exercer sua capacidade civil por completo), o direito de aproveitá-la, gozá-la e de ser deixado em paz⁶⁶.

O direito de ser deixado em paz ramificou-se em vários outros direitos, destacando-se dentre eles, o da privacidade, sob a forma de direito a não ser perturbado, de garantir a segurança de suas ideias, sentimentos e informações particulares, o seu modo de ser na intimidade.

As informações que, comumente, despertam o interesse de terceiros podem ser divididas em quatro modalidades. São relativas às pessoas e seu patrimônio, às opiniões subjetivas das pessoas, às obras do espírito e à descrição de fenômenos, coisas e eventos (que estejam fora das classificações anteriores).⁶⁷ O enfoque do presente estudo se concentrará nas informações relativas às pessoas e seu patrimônio, pois seu comércio é mais frequente e lesivo nos mercados de consumo.

A força e a importância de uma informação estão relacionadas com o vínculo objetivo que ela possui com o indivíduo. Podem revelar suas características exclusivas (íntimas), os chamados dados sensíveis ou informações pessoais⁶⁸, por exemplo. Nesses casos, o objeto é a própria pessoa, a qual deve ser identificável (não anônima).

A coleta, armazenamento e divulgação de características como raça, credo religioso, opção sexual, política, são exemplos de condutas que afetam esses dados sensíveis⁶⁹, uma vez que seu uso indevido pode acarretar práticas com finalidades discriminatórias ou potencialmente lesivas, individual ou coletivamente.

A sociedade tomou consciência de que não se estava diante de um direito qualquer, tornando imperativa a sua tutela, razão pela qual engloba o rol de direitos da personalidade e, no Brasil, a proteção à privacidade está expressamente prevista no Código Civil Brasileiro⁷⁰ e na Constituição Federal⁷¹. Foi considerada como direito fundamental e um dos requisitos para se assegurar a dignidade da pessoa humana.⁷²

Ressalte-se que um dado em si não é perigoso ou discriminatório (muitas vezes, inclusive, ele é necessário

63 Argentina, Uruguai, Colômbia, Estados Unidos, México, União Europeia.

64 LOBO, Ana Paula. *Brasil perde dinheiro sem Lei de proteção de dados pessoais*. Convergência Digital, 24 abr. 2014. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=36560&sid=11#.VAehw8JdVKY>>. Acesso: 01 de setembro de 2016.

65 Estar vivo, respirando, evitar que alguém lhe cause uma lesão fatal. O Direito já combatia esse tipo de atitude ao assegurar a integridade física do indivíduo.

66 WARREN, Samuel D.; BRADDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard Law Review: n. 5, dez. 1890, p. 193.

67 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156.

68 Vale destacar que não se enquadram nessas definições a opinião própria de uma pessoa sobre outra, seu juízo pessoal sobre um terceiro indivíduo.

69 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 160-163.

70 Artigo 21 do Código Civil.

71 Artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

72 BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação e consumo: a proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, p. 154, jul.-ago./2013.

para o desenvolvimento de uma determinada atividade)⁷³, mas sim a finalidade com a qual ele é utilizado, cabendo à legislação impor limites para evitar que atinjam áreas onde tenham maior probabilidade de desenvolver um potencial lesivo (o que não é tarefa fácil, dada a multiplicidade de situações e casos concretos).⁷⁴

6.2. O comércio de cadastros e bancos de dados de consumo

Os consumidores, todos os dias, sofrem verdadeiros bombardeios publicitários, por meio dos mais variados veículos de comunicação (ligações telefônicas, e-mails, mensagens de texto, correio e outros mais), com ofertas de toda sorte de produtos e serviços.

Diversas vezes, logo após realizar a pesquisa de um produto ou serviço específico (no intuito de comparar preços ou analisar o mercado, por exemplo), o consumidor se depara, em *websites* diferentes dos visitados, ou via *e-mail*, com publicidades desses mesmos produtos ou serviços anteriormente pesquisados. Não raro, os consumidores sequer tinham conhecimento da existência das empresas ofertantes.

Gera-se uma inquietante preocupação e uma enorme sensação de insegurança na maioria das pessoas que participam do mercado de consumo. É assustador imaginar como uma empresa que nunca prestou serviço, ou vendeu produtos, a um indivíduo teve acesso às suas informações pessoais, tais como os produtos que se estava pesquisando, números telefônicos, endereço residencial e de *e-mail*, por exemplo.

Quanto maior for o conhecimento do fornecedor sobre os hábitos, desejos e necessidades de seus consumidores, maiores serão suas chances de sucesso, tornando-se mais eficiente na produção, venda e divulgação de suas mercadorias, adequando-as às preferências do seu público alvo.

Vender a ideia de que o cadastro serve para o bem do consumidor torna-se interessante sob o ponto de vista dos fornecedores, pois suaviza o procedimento de coleta de dados e informações. Os consumidores ficam atraídos pelos argumentos de que a coleta de dados e informações ocorre porque o estabelecimento comercial se preocupa com seus clientes e busca viabilizar uma comunicação mais direta e próxima.

Prometem exclusividade em relação a notícias futuras sobre promoções, descontos e liquidações, dentre vários outros benefícios e vantagens, ou então simplesmente condicionam a venda à obrigatoriedade do fornecimento dos dados, uma tática mais agressiva, porém, muito usada.

A especificidade e a quantidade de dados e informações que são coletadas sobre os consumidores (sempre no intuito de obter o máximo de conhecimento sobre suas necessidades)⁷⁵, por vezes, acabam ultrapassando alguns limites e violam a intimidade e privacidade.⁷⁶

As empresas, dos mais variados ramos, possuem o objetivo de aumentar, o quanto for possível, a sua base de dados (também chamadas de *mailing lists*), atingindo o máximo de informações específicas sobre seus clientes (principalmente os em potencial).⁷⁷

Torna-se interessante a prática (às escuras) da comercialização das informações contidas nesses arquivos, a qual traz benefícios tanto para o fornecedor-vendedor (auferirá ainda mais lucro) quanto para o fornecedor-adquirente (ampliará seu banco de dados e terá um canal direto para contatar clientes em potencial).

73 Pesquisas de caráter científico (Censo, por exemplo, realizado pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) ou para exercer a atividade médica, onde qualquer tipo de dado pode auxiliar no tratamento, podendo ser o diferencial entre a sobrevivência ou não do paciente.

74 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 161-162.

75 Sabendo-se as necessidades e os gostos específicos de seus consumidores, os fornecedores poderão alcançá-los e convencê-los a adquirir seus produtos ou serviços mais facilmente, pois já terão condições de prever as indagações e dúvidas da clientela, bem como poderão realizar ajustes que se enquadram melhor na preferência do mercado, superando seus concorrentes.

76 BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e consumo: a proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, p. 154, jul.-ago./2013.

77 BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e consumo: a proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, p. 150, jul.-ago./2013.

A grande quantidade de *spams*⁷⁸ que são recebidos diariamente, as diversas ligações, oferecendo serviços ou produtos, o incessante incômodo ao qual se está exposto, são patrocinados pelas empresas com quem contratamos, as quais se locupletam à custa de seus clientes.

Deve-se discutir e investigar se os dados são repassados apenas para outras empresas ou se qualquer interessado (incluindo-se pessoas físicas), que pague o valor solicitado, também consegue ter acesso.

Não bastasse a quebra de confiança, a qual gera uma série de aborrecimentos e violações, a comercialização de dados e informações pessoais, como números de celulares ou endereços residenciais, por exemplo, pode municiar criminosos (sejam eles *hackers*⁷⁹, *crackers*⁸⁰, *carders*⁸¹, assaltantes ou sequestradores)⁸², auxiliando-os a cometerem delitos e a aplicarem golpes, o que coloca em risco a segurança e, em alguns casos, até mesmo a integridade física e o direito à vida dos consumidores.

Orientações no sentido de que cabe aos consumidores não informar tais dados, ou que, caso o façam, estão anuindo e assumindo os respectivos riscos, são inapropriadas.

Em muitas oportunidades, especialmente as que envolvem o comércio *online*, para se concluir a aquisição de produto ou serviço, exige-se o fornecimento dos dados (todos aqueles que os fornecedores acharem necessários). Nos casos em que tais informações não são obrigatórias e são fornecidas por simples anuência dos consumidores, é muito difícil crer que tenham ciência da possibilidade de transferência a terceiros.

A empresa com quem se contrata, dificilmente, cumpre com sua obrigação de alertar seus consumidores sobre a possibilidade do fornecimento das suas informações pessoais a terceiros, ou até mesmo de requerer autorização tanto o que deveria ocorrer em respeito aos direitos à informação, à transparência e à boa-fé. Não é interessante para sua imagem perante o mercado, motivo pelo qual preferem atuar às escuras⁸³.

Tamanha é a falta de credibilidade nessas empresas que uma pesquisa realizada pela GFK⁸⁴ apontou que apenas 25% dos consumidores possuem confiança nos anunciantes comerciais quando se trata de dados pessoais. As marcas comerciais atingiram níveis de desconfiança superiores a, até mesmo, bancos e governos⁸⁵, notoriamente conhecidos por praticar condutas maliciosas ou capciosas.

Outro índice significativo foi extraído em pesquisa realizada por *website* jornalístico voltado ao esclarecimento de dúvidas acerca dos direitos dos consumidores. Mais de 500 pessoas responderam à seguinte pergunta: “Você autorizaria o repasse de seus dados pessoais pelas empresas?”. A elevada proporção de 97% dos participantes respondeu que não⁸⁶, o que reforça a opinião de que os consumidores não se sentem à vontade com o livre trânsito de seus dados pessoais, dado o receio da finalidade que os terceiros poderão dar a eles.

A situação, diante dos dados e apontamentos constatados, torna-se um agravante dessa conduta ilícita. Os resultados deixam claro que os consumidores não estão seguros em relação ao mercado. Não bastasse

78 Mensagens indesejadas que enchem as caixas de entrada dos e-mails.

79 Nome geral utilizado para piratas de computadores, os quais invadem sistemas em benefício próprio, obtendo informações e documentos privados.

80 Vândalos da internet. Destroem sites e invadem sistemas furtando dinheiro e informações.

81 Estelionatários da internet. Utilizam dados de cartões de créditos alheios, ou gerados por computador, para realizar compras *online*.

82 CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes digitais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95-96.

83 O simples fato de omitirem, não deixarem claro seu propósito com a coleta de informações e dados, já cria uma suspeita, um indício de abuso em suas atividades, o qual viola, consideravelmente, direitos fundamentais, da personalidade e dos consumidores.

84 Empresa com a finalidade de realizar pesquisas de mercado.

85 ABERT. *Para consumidor, anunciantes não são confiáveis com dados pessoais*. 15 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.abert.org.br/web/index.php/clippingmenu/item/22637-para-consumidor-anunciantes-nao-sao-confiaveis-com-dados-pessoais>>. Acesso: 01 de setembro de 2016.

86 CASEMIRO, Luciana. *Consumidores desaprovam repasse de dados pessoais por empresas*. O Globo, 8 oct. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/consumidores-desaprovam-repasse-de-dados-pessoais-por-empresas-6328230>> acesso: 01 de setembro de 2016.

a excessiva coleta de dados, é, ainda, mais preocupante a prática da sua transferência a terceiros (reitere-se, sem permissão). As informações são compartilhadas com pessoas que não são bem quistas, transformando os consumidores em verdadeiros reféns.

A pesquisa realizada pelo *website* jornalístico, não obstante a participação de apenas 500 pessoas, dentro de um universo de centenas de milhões de brasileiros, é muito significativa, pois, por ter sido feita via *internet*, conclui-se que os entrevistados possuem acesso à rede mundial de computadores e, por consequência, às suas mais variadas formas de consumo.

Todos os 500 participantes estão sujeitos ao compartilhamento de dados, posto que, em uma transação *online*, o fornecimento de dados é obrigatório. É emblemático o fato de que a maciça maioria decidiu pela recusa de seu repasse, ou seja, os consumidores, de modo geral, não concordam com o compartilhamento de informações e dados pessoais, outra razão que motiva os fornecedores a ocultarem essa prática.

Existem dois modelos possíveis para a regulação do mercado de banco de dados de consumo, os controles consumeristas direto e indireto. O controle direto envolve a fiscalização dos bancos de dados, realizada por parte de órgãos administrativos (Procon, por exemplo) ou pela provocação do Poder Judiciário, realizada pelo próprio consumidor ou por entes legitimados para tanto (Ministério Público, associações de consumo, entre outros).

O controle indireto, por sua vez, demanda a fiscalização por parte de entes desvinculados aos bancos de dados de consumo, por exemplo, buscadores da *internet*, realizando diligências no sentido de impedir a superexposição dos consumidores.

A ideia parte da premissa assumida pelo nosso ordenamento jurídico, que entende, por hora, que o indivíduo deve ter o poder para controlar livremente a revelação e a utilização dos seus dados pessoais, em respeito ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

O Estado não leva em consideração que, raramente, os consumidores possuem condições de realizar tal fiscalização, controle ou até mesmo tomar ciência da exposição e comércio de seus dados, afinal, em uma relação de consumo, eles são os vulneráveis perante os fornecedores. Reitere-se que as condutas ilícitas são feitas às escuras, o que torna difícil de acreditar que os órgãos administrativos e os entes responsáveis pelo controle indireto poderão cumprir com suas tarefas de modo satisfatório e eficaz.⁸⁷

Os consumidores se deparam, constantemente, com situações de falta de transparência e expostos às estratégias voltadas à sua desorientação, as quais possuem o objetivo de facilitar o seu consentimento aparente em relação ao fornecimento de dados, sem que haja movimentação do poder público para combatê-las.⁸⁸

Políticas públicas devem ser implementadas, bem como há urgência na criação de uma norma geral que tutele os dados pessoais, especialmente no âmbito da *internet*, que sofre com a escassez de regulamentações em relação à proteção da segurança e privacidade de seus usuários.

6.3. Pontos mais relevantes do PLS 181/14

Com o objetivo de suprir essa lacuna normativa, referente ao modo como são tratados os dados pessoais no território brasileiro (ou que nele produzam efeitos), em maio de 2014, foi apresentado perante o Plenário do Senado Federal o projeto de lei número 181 (PLS 181/2014).⁸⁹

87 RAMOS, André de Carvalho. Direito ao esquecimento e o controle indireto dos bancos de dados de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 104, p. 132-135, mar.-abr./2016.

88 MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 28-29, nov.-dez./2015.

89 CNF. *Apresentado novo projeto sobre proteção de dados pessoais*. Brasília, 26 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/apresentado-novo-projeto-sobre-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso: 01 de setembro de 2016.

A pretensão é dar maior ênfase na proteção dos dados registrados via internet⁹⁰, os quais são obrigatórios para realizar qualquer transação comercial na grande rede, expondo-os a um maior nível de risco e insegurança (violação da privacidade), já que não há um contato pessoal com o fornecedor ou, tampouco, um contrato físico firmado, o que torna os consumidores ainda mais vulneráveis.⁹¹

O PLS 181/14, também, estende sua proteção aos dados colhidos por meios diversos do eletrônico, contudo, com menos profundidade. Divide-se em 05 capítulos, contendo, ao todo, 33 artigos, os quais abarcam as questões mais urgentes a serem enfrentadas.

O capítulo inicial traz informações fundamentais à tutela dos dados pessoais, tais como os princípios que irão norteá-la, o significado das palavras-chave⁹² contidas no corpo de seus enunciados normativos (evitando interpretações diversas da pretendida), dentre uma série de outras diretrizes.

O objetivo, nele descrito, consiste em estabelecer os princípios, garantias e obrigações para a proteção dos dados pessoais no Brasil (e também aqueles que produzem ou podem produzir efeitos em seu território), até então carentes no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos de forma específica.

Invoca o respeito aos direitos à liberdade, à igualdade, à privacidade, à inviolabilidade e à dignidade da pessoa natural, utilizando como diretrizes os princípios insculpidos em seu art. 3º. São o grande marco do projeto e afastam o tom de generalidade que a matéria possuía até então.

Os princípios são o da proteção da privacidade, da liberdade e da honra da pessoa natural; do livre acesso do titular a informações sobre tratamento de seus dados; da transparência no tratamento de dados, por meio, inclusive, da comunicação ao titular de todas as informações relevantes ao tratamento de seus dados, tais como finalidade, forma de coleta e período de conservação, dentre outras; da proporcionalidade no tratamento dos dados, vedado o tratamento de dados que não sejam adequados, necessários e proporcionais à finalidade almejada ou que fundamentou sua coleta; da qualidade e segurança da informação, por meio do uso de medidas técnicas atualizadas e compatíveis com os padrões internacionais, que garantam a exatidão dos dados pessoais tratados e sejam aptas a proteger os dados pessoais contra a destruição, perda, alteração e difusão; da prevenção, por meio da adoção de medidas técnicas adequadas para minimizar os riscos oriundos do tratamento de dados pessoais; da responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; e, por fim, da utilização dos dados pessoais de forma compatível com a finalidade com a qual foram coletados.⁹³

A consolidação desses princípios é capaz de coibir práticas como a comercialização de dados e informações pessoais e transmitir maior tranquilidade e segurança aos titulares, com a proibição da coleta ou armazenamento de dados sensíveis⁹⁴, salvo se, expressamente, consentido ou se necessário para resguardar a saúde ou a integridade física do titular ou de terceiro⁹⁵, o que obriga, por consequência, o sigilo⁹⁶.

Há um prazo preestabelecido, mesmo que os dados sejam utilizados dentro das condições autorizadas, e não poderão ficar armazenados *ad aeternum*. Impõe-se a exclusão definitiva dos dados armazenados quando se atingir a finalidade pretendida (que tenha um fim e si mesma), com o fim do período de tratamento,

90 Escassez de leis que visem normatizar seu uso, o que, com a sua incomensurável expansão e desenvolvimento, torna-a um ambiente que beira a anarquia.

91 O infrator tem mais chances de permanecer anônimo, em razão da distancia dos consumidores com quem se contrata.

92 Tais como dado pessoal, banco de dados, tratamento, titular, responsável, difusão, interconexão, comunicação, cancelamento, agente, dentre outros termos essenciais à compreensão do que a norma pretende.

93 Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 181/2014*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=150798&tp=1>>. Acesso: 01 de setembro de 2016.

94 Aqueles que possuem enorme risco de desenvolver um potencial discriminatório. Por exemplo, sobre orientação sexual, religiosa, política, origem racial etc.

95 Integrantes da dignidade da pessoa humana.

96 Qualquer um que tenha acesso aos dados, sob pena de responsabilização.

quando o sistema não demonstrar ser capaz de assegurar a sua segurança⁹⁷, bem como quando for solicitado pelo titular⁹⁸ ou autoridade administrativa, por meio de decisão fundamentada.

A possível implementação do PLS 181/14 trará maior transparência em relação às formas de utilização dos dados pessoais por parte dos fornecedores, pois obriga os interessados em sua coleta a prestar esclarecimentos às pessoas de quem se coletou, com a definição precisa das finalidades pretendidas.⁹⁹

Os interessados ficam condicionados aos esclarecimentos e à finalidade informada. A licitude da coleta e do armazenamento dos referidos dados ficará atrelada a essa destinação final, mediante o consentimento do titular¹⁰⁰. Em caso de violação ou extrapolação da finalidade informada, os titulares poderão solicitar a exclusão de seus dados dos registros e bancos de dados dos responsáveis¹⁰¹, ou contratados¹⁰², sem prejuízo do pleito indenizatório, moral ou material.

Há uma melhora nas condições de fiscalização do uso dos dados fornecidos. Impõe-se aos coletores o dever de manter os titulares¹⁰³ informados sobre todas as ações que possam afetar seus dados, inclusive mediante requerimento de relatório detalhado.

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios serão os responsáveis pela fiscalização do cumprimento dessas normas, de forma concorrente, impondo sanções¹⁰⁴ de caráter administrativo, respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa.¹⁰⁵

Não obstante a morosidade em sua análise, por parte do Senado Federal, o projeto de lei renova as esperanças de que o Brasil, finalmente, terá uma lei de proteção aos dados pessoais tão eficientes quanto as que existem em países da Europa e América do Norte, demonstrando grande evolução normativa. Espera-se, contudo, que o referido não se torne mais um dentre os vários projetos engavetados e esquecidos nos arquivos das casas legislativas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constante evolução tecnológica e, conseqüentemente, a insegurança gerada em relação à proteção de dados e informações pessoais, fomenta a busca por uma série de direitos que outrora não se dava o merecido destaque, caso da privacidade e da intimidade, integrantes dos direitos da personalidade, os quais, hoje, são temas de grande repercussão nos debates jurídicos e sociais, uma vez que visam assegurar a dignidade da pessoa humana.

O cenário apresentado utilizou o enfoque do direito do consumidor para demonstrar uma das formas em que, diariamente, esses direitos são violados. É urgente e necessária a criação de uma lei que regule, em

97 Necessária a constante atualização do sistema de armazenamento e proteção de dados, nas mais variadas formas e tecnologias, afim de respeitar os critérios mínimos de segurança, os quais serão estabelecidos em regulamento. Em caso de falhas, deverão comunicar as autoridades competentes tão logo tenham notícia.

98 Salvo exceções legais.

99 De forma explícita, exata, objetiva, atualizada e proporcional.

100 Os titulares poderão, enfim, participar, efetivamente, da forma como seus dados estão sendo usados, cabendo a eles aprovar, em, ou não, determinadas condutas, em lugar apartado e onde se esclareça a conduta (específica e delimitada), salvo em casos expressos na norma.

101 Pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem às decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

102 Pessoa jurídica contratada pelo responsável pelo banco de dados, encarregada do tratamento de dados pessoais.

103 Pessoa natural a quem se referem os dados pessoais objeto de tratamento nos termos do PLS 181/14.

104 Advertência, alteração, retificação ou cancelamento do banco de dados, multa de até 5% do faturamento do grupo econômico no Brasil no último exercício, excluídos os tributos, suspensão ou proibição, parcial ou total, do tratamento de dados pessoais.

105 Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 181/2014*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=150798&tp=1>>. Acesso: 01 de setembro de 2016.

de modo específico, a proteção de dados pessoais, assim como já ocorre nos principais países da América do Norte e da Europa.

Os consumidores não dispõem de meios adequados para fiscalizar e controlar a divulgação e circulação de seus dados pessoais. Enfrentam inúmeras artimanhas e armadilhas impostas pelo mercado, que valem-se da vulnerabilidade dos consumidores para coletar dados e, em seguida, explorá-los em benefício próprio e comercializá-los com terceiros.

Faz-se necessária a atuação estatal, com maior poder de fiscalização e com o incentivo a melhoramentos, criação de normas e políticas públicas que coíbam esse tipo de prática ilícita.

O Projeto de Lei do Senado número 181 de 2014 ainda pendente de aprovação, tem o potencial para ser eficaz. O texto coeso e direto, com determinações que englobam os principais e mais urgentes problemas a respeito da proteção dos dados pessoais traz maior transparência e auxilia os consumidores no controle do uso de suas informações por parte de terceiros (fornecedores), principalmente os dados sensíveis, os quais podem lhes causar danos graves na esfera dos seus direitos da privacidade e intimidade (Direitos da Personalidade), e que, por vezes, colocam em risco a sua segurança e integridade física.

Há pouca divulgação e, por consequência, pouco conhecimento por parte da população acerca desse projeto de lei. Espera-se que seja dada maior visibilidade e divulgação ao projeto, pois, caso seja aprovado e venha a incorporar o conjunto normativo brasileiro, será importante acréscimo para se resguardar o equilíbrio nas relações de consumo, não apenas no âmbito dos direitos do consumidor, a privacidade, a intimidade e uma série de outros importantes direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABERT. *Para consumidor, anunciantes não são confiáveis com dados pessoais*. 15 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.abert.org.br/web/index.php/clippingmenu/item/22637-para-consumidor-anunciantes-nao-sao-confiaveis-com-dados-pessoais>>. Acesso: 01 de setembro de 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e consumo: a proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 88, p. 145-174, jul.-ago./2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASEMIRO, Luciana. *Consumidores desaprovam repasse de dados pessoais por empresas*. O Globo, 8 oct. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/consumidores-desaprovam-repasse-de-dados-pessoais-por-empresas-6328230>> acesso: 01 de setembro de 2016.

CATALAN, Marcos. Um sucinto inventário de 25 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 103, p. 23-53, jan.-fev./2016.

CNF. *Apresentado novo projeto sobre proteção de dados pessoais*. Brasília, 26 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/apresentado-novo-projeto-sobre-protacao-de-dados-pessoais>>. Acesso: 01 de setembro de 2016.

- CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes digitais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GENTILI, José Carlos. *Os bancos de dados na sociedade de consumo e o código de defesa do consumidor*: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais. Brasília: Tecprint, 1999.
- GOMES, Orlando. Direitos da personalidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 3, n. 11, p. 39-48, set. 1966.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- JÚNIOR, Geraldo Frazão de Aquino. As vicissitudes do contrato no comércio eletrônico globalizado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 67-120, nov.-dez./2015.
- KLAUSNER, Eduardo Antônio. A globalização e a proteção do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, p. 67-85, jan.-fev./ 2015.
- LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Comércio eletrônico: a vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, p. 255-270, jan.-fev./2015.
- LOBO, Ana Paula. *Brasil perde dinheiro sem Lei de proteção de dados pessoais*. Convergência Digital, 24 abr. 2014. Disponível em: <<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=36560&sid=11#.VAehw8JdVKY>>. Acesso: 01 de setembro de 2016.
- MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 102, p. 19-43, nov.-dez./2015.
- MENDES, Laura Schertel. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, p. 245-261, nov.-dez./2013.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PASQUALOTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 74, p. 7-42, abr.-jun./2010.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito ao esquecimento e o controle indireto dos bancos de dados de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 104, p. 131-147, mar.-abr./2016.
- SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 181/2014*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=150798&tp=1>>. Acesso: 01 de setembro de 2016.
- WARREN, Samuel D.; BRADEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard Law Review: n. 5, dez. 1890.
- ZABAN, Breno; BESSA, Leonardo Roscoe. Vulnerabilidade do consumidor: Estudo empírico sobre a capacidade de tomada de decisões financeiras por interessados na compra de imóveis. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 101, p. 209-237, set.-out./2015.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Utilização da computação em nuvem no poder legislativo:
percepções dos gestores e
entraves ao uso

**Use of Cloud Computing in the
Legislative Branch:** managers
perceptions and obstacles to use

Igor Vinicius de Lucena Diniz

Lucas dos Santos Costa

Marcos Fernando M. Medeiros

Utilização da computação em nuvem no poder legislativo: percepções dos gestores e entraves ao uso*

Use of Cloud Computing in the Legislative Branch: managers perceptions and obstacles to use

Igor Vinicius de Lucena Diniz**

Lucas dos Santos Costa***

Marcos Fernando M. Medeiros****

RESUMO

O objetivo deste trabalho é avaliar a aderência da computação em nuvem ao Poder Legislativo do Rio Grande do Norte/RN. Foi realizada uma pesquisa com gestores de TI, por meio da aplicação de questionários e posterior entrevista com o dirigente da unidade. Realizou-se um levantamento das ações já realizadas no Brasil que favorecem o seu uso. Os resultados foram divididos em categorias como capacitação, implantação, infraestrutura, modelo, organizacional, políticas públicas e recursos. A análise foi comparativa aos estudos já realizados sobre o tema na esfera governamental, em destaque para os trabalhos de Medeiros (2014) e Medeiros e Sousa Neto (2016). Os principais resultados encontrados foram de que não há ainda um entendimento unânime quanto ao uso da computação em nuvem e que boa parte dos respondentes não compreendem o contexto atual, as regulamentações e normas existentes, se fazendo necessário investir em maior capacitação. Cabe destacar a atuação inovadora do órgão, que já possui parte de sua operação funcionando em um ambiente de computação em nuvem. Em termos de limitações, destaca-se a amostra limitada do estudo, correspondendo a apenas uma unidade do Poder Legislativo. Este trabalho inédito se insere em uma seara de aplicação prática de um conteúdo à uma realidade organizacional, em específico trata de uma aplicação tecnológica recente e seus impactos no serviço público.

Palavras-Chave: Poder Legislativo; Computação em Nuvem; Políticas Públicas.

ABSTRACT

This study aims to evaluate the adherence of cloud computing to the Legislative Branch of Rio Grande do Norte/RN. The research was conducted with IT managers of the Legislative Assembly of the RN, through the application of questionnaires and later interview with the leader of the unit. In addition, it does a survey of the actions already taken in Brazil that favor its

* Recebido em 24/03/2017
Aprovado em 29/04/2017

** Graduando em Administração e Bolsista de Iniciação Científica pela Universidade de Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: igor_lp@live.com

*** Graduando em Administração e Bolsista de Iniciação Científica pela Universidade de Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: adm.lucassantos@hotmail.com

**** Possui Graduação, Mestrado e Doutorado em Administração pela Universidade de Federal do Rio Grande do Norte. Professor Adjunto II do Departamento de Ciências Administrativas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: mfmedeiros@gmail.com

use. The results were divided into categories such as training, implementation, infrastructure, model, organizational, public policies and resources. The analysis was comparative to the studies already carried out on the subject in the governmental sphere, highlighting the works of Medeiros (2014) and Medeiros e Sousa Neto (2016). The main results were that there is still no unanimous understanding of the use of cloud computing and that most respondents do not understand the current context, regulations and standards. Finally, it is necessary to invest in greater capacity building. It is worth mentioning the agency's innovative performance, which already has part of its operation running in a cloud computing environment.

Keywords: Legislative; Cloud Computing; Public Policies.

1. INTRODUÇÃO

Em um mundo globalizado, onde tudo é conectado, novas tendências surgem e revolucionam as formas de trabalhar e de se comunicar. A *Internet*, responsável pela maior parte das mudanças que vem acontecendo nas formas como vemos e tratamos informação, dados e comunicação, é a base que auxilia a constante evolução da tecnologia da informação, que passou a ser peça fundamental para as organizações, deixando de ser apenas unidade de apoio, para ser, efetivamente, unidade de negócio, tanto na esfera pública, quanto na privada. Hoje, a TI e seus recursos são essenciais para os fluxos dos processos, seja no apoio operacional ou até mesmo no auxílio à tomada de decisão dos gestores, já que é uma fonte preciosa de armazenamento e processamento de dados e informações relevantes.

A *Internet*, fator primordial às atuais tecnologias da informação, vem ajudando a modificar a forma como as organizações trabalham. Juntando essa constante evolução e a necessidade da eficiência, surgem novas maneiras de trabalhar as formas de comunicação, de armazenamento e processamento de dados, bem como a utilização de *software* e outros recursos, a essa nova forma de se trabalhar, com uma TI voltada para a prestação de serviços, conforme conceituado por Veras¹, é que surge o conceito de computação em nuvem ou *cloud computing*.

Essa realidade, também foi constatada em organizações públicas nos trabalhos de Medeiros², Medeiros e Sousa Neto³; Medeiros e Sousa Neto⁴, onde se observou como ocorre a inserção desta tecnologia no ambiente governamental, desde a concepção das políticas públicas até o seu efetivo uso. Estudos já foram realizados no Poder Executivo e no Poder Judiciário, no entanto, ainda não se evidenciam estudos que busquem compreender como o Poder Legislativo se posiciona em relação ao uso da computação em nuvem.

Portanto, esta pesquisa tem por objetivo avaliar a aderência da computação em nuvem ao Poder Legislativo de um estado brasileiro, no que se refere à sua forma de utilização, como na efetivação da computação em nuvem como uma política pública de tecnologia da informação. Para tanto, esta pesquisa apresenta ainda um breve referencial teórico sobre computação em nuvem, a sua trajetória no ambiente governamental, seja como postulante à uma política pública ou simplesmente pela utilização da mesma pelo governo, além de expor os procedimentos metodológicos, a apresentação e discussão dos resultados, bem como as considerações finais do estudo.

1 VERAS, Manoel. *Cloud Computing: Nova Arquitetura da TI*. São Paulo: Brasport, 2012.

2 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

3 MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Cloud computing and Internet governance: trend topics in the Brazilian public service. *Anais do 12th CONTECSI*, São Paulo, 2014.

4 MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Uso da Computação em Nuvem no Setor Público: um Estudo de Caso com Gestores de TI do Estado do Rio Grande do Norte e do Governo Federal. *Revista Gestão & Tecnologia*, 16 (1), 2016, p. 161-182.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Na primeira parte, o referencial teórico conta as principais conceituações de Computação em Nuvem, logo em seguida com o destaque das vantagens e desvantagens, e por fim, com a políticas públicas de computação em nuvem.

2.1. Conceitos de computação em nuvem (cn)

A computação em nuvem se popularizou nos últimos anos, resultado dos constantes avanços tecnológicos, como a capacidade de processamento de dados e a popularização do uso da Internet. Mas ainda existem dúvidas sobre o conceito que melhor define o serviço, já que muitos aspectos técnicos são levados em consideração ao definir a CN. De acordo com o NIST⁵, computação em nuvem é um modelo que permite acesso conveniente e sob demanda à recursos computacionais configuráveis. Para Marston *et al*⁶ a computação em nuvem representa uma convergência de duas grandes tendências em Tecnologia da Informação: eficiência e agilidade dos negócios. Já Armbrust *et al*⁷ afirmam que a computação em nuvem se refere tanto aos aplicativos entregues como serviços através da internet, quanto de hardware e softwares nos *datacenters* que oferecem esses serviços. Para Tigre e Noronha⁸,

a computação em nuvem simboliza a tendência de colocar toda a infraestrutura e informação disponível de forma digital na Internet, incluindo os softwares, ferramentas de busca, redes de comunicação, provedores, centros de armazenamento e processamento de dados.

Em paralelo, Vaquero *et al*⁹, estabelecem que a nuvem pode ser entendida como um grande conjunto de recursos virtualizados, de fácil acesso e uso e que os recursos podem ser dinamicamente reconfigurados e ajustados para uma escala variável de acordo com a sua utilização. Em se tratando de definições, o principal modelo conceitual, que é utilizado como referência no mundo todo, é o documento técnico produzido pelo National Institute of Standards and Technology, intitulado de ‘*The NIST definition of Cloud Computing*’, apresentando detalhes sobre a computação em nuvem, como as características essenciais, modelos de serviços e os modelos de implantação.

Ainda de acordo com o NIST¹⁰, o modelo de computação em nuvem é composto por cinco características essenciais, três modelos de serviço e quatro modelos de implantação. As características citadas são: autoatendimento sob demanda, amplo acesso a serviços de rede, pool de recursos, elasticidade rápida e serviços mensuráveis. A seguir, veremos as definições para cada característica:

- **Autoatendimento sob demanda:** o usuário pode adquirir recursos computacionais na medida em que necessite e, ainda, sem a necessidade do contato direto com o provedor do serviço;
- **Amplo acesso a serviços de rede:** os recursos devem estar disponíveis através da rede e devem ser acessíveis por mecanismos padrão, permitindo seu uso por diferentes dispositivos (computadores pessoais, *smartphones*, *tablets*, etc.);
- **Pool de recursos:** os recursos computacionais devem ser organizados para atender diversos usuários

5 National Institute of Standards and Technology –NIST. *The NIST definition of cloud computing*. Gaithersburg, MD: NIST, 2011.

6 MARSTON, S.; LI, Z.; BANDYOPADHYAY, S.; ZHANG, J.; GHALSASI, A. Cloud computing: the business perspective. *Decision Support Systems*, v. 51, n. 1, p. 176-189, 2011

7 ARMBRUST, M., et al. *Above the clouds: a Berkeley view of cloud computing*. Technical report, EECS Department, University of California, Berkeley, 2009.

8 TIGRE, Paulo Bastos; NORONHA, Vitor Branco. Do mainframe à nuvem: inovações, estrutura industrial e modelos de negócios nas tecnologias da informação e da comunicação. *Revista de Administração*, v. 48, n. 1, 2013.

9 VAQUERO, L.; RODERO-MERINO, L.; CACERES, J.; LINDNER, M. A break in the clouds: towards a cloud definition. *SIGCOMM Comput. Commun. Rev.*, 39(1):50–55, 2009.

10 National Institute of Standards and Technology –NIST. *The NIST definition of cloud computing*. Gaithersburg, MD: NIST, 2011.

de forma dinâmica, conforme a necessidade dos consumidores.

- **Elasticidade rápida:** os recursos devem estar disponíveis de forma rápida e elástica, caso a demanda do usuário cresça em casos de pico de acessos, por exemplo.
- **Serviços mensuráveis:** os sistemas devem ter a capacidade de controlar e otimizar os recursos de forma automatizada e deve dispor de mecanismos capazes de medir a utilização desses recursos.

O NIST¹¹ ainda apresenta os três modelos de serviços da computação em nuvem: *software* como serviço (SaaS - *Software as a Service*), plataforma como serviço (PaaS - *Platform as a Service*) e infraestrutura como serviço (IaaS - *Infrastructure as a Service*), conforme visto a seguir:

- **Software as a Service:** são as aplicações que estão alocadas e sendo executadas na nuvem. É o serviço mais utilizado pelo consumidor final da CN, ou seja, o usuário comum, tanto dos órgãos públicos e corporações, quanto os usuários avulsos da *web*.
- **Platform as a Service:** o usuário gerencia as aplicações alocadas na nuvem, porém não controla a infraestrutura. É um serviço mais utilizado pelos desenvolvedores das aplicações.
- **Infrastructure as a Service:** o usuário controla o armazenamento, sistemas e demais aplicações. Comumente, é mais utilizado pelas organizações, já que a capacidade de gerenciamento é maior.

Já os conceitos de modelos de implantação, também propostos por NIST¹², são os seguintes: nuvem privada (*private cloud*), nuvem pública (*public cloud*), nuvem comunitária (*community cloud*) e nuvem híbrida (*hybrid cloud*).

- **Nuvem privada:** a estrutura da nuvem é dedicada exclusivamente à uma organização e seus *stakeholders* internos.
- **Nuvem pública:** o uso é aberto para o público em geral e atende diversos consumidores.
- **Nuvem comunitária:** a estrutura da nuvem é dedicada a um grupo específico, geralmente com um objetivo em comum.
- **Nuvem híbrida:** é composta por elementos de dois ou mais modelos que foram citados anteriormente.

Complementando os conceitos descritos acima, Armbrust *et al.*¹³ descrevem a nuvem privada como sendo grandes *datacenters* internos de organizações, que não estão disponíveis para o público em geral e descrevem nuvem pública como um modelo que possibilita o *pay-as-you-go*, um modelo que chama a atenção pelo seu sistema de pagamento por demanda de uso efetivo do serviço.

2.2. Vantagens e desvantagens

A grande discussão acerca da computação em nuvem se sustenta nas vantagens e desvantagens de sua utilização. Assim como toda tecnologia, produto ou serviço recente, ainda sofre com a resistência das pessoas e, conseqüentemente, das organizações, que analisam as vantagens e desvantagens do produto ou serviço para avaliar a viabilidade de sua utilização. A Computação em Nuvem traz várias vantagens para os seus usuários, em todos os níveis, do desenvolvedor que utiliza a plataforma, ao usuário que utiliza os softwares e às empresas que gerenciam seus dados.

11 Idem.

12 National Institute of Standards and Technology –NIST. *The NIST definition of cloud computing*. Gaithersburg, MD: NIST, 2011.

13 ARMBRUST, M., et al. *Above the clouds: a Berkeley view of cloud computing*. Technical report, EECS Department, University of California, Berkeley, 2009.

As principais vantagens na utilização desta tecnologia estão baseadas na redução dos investimentos em infraestrutura de TI, bem como a diminuição de custos com pessoal especializado na área, o que torna o serviço financeiramente acessível, já que não necessita do planejamento e execução de projetos de infraestrutura interna de *datacenters* nas organizações, o que diminui bastante o custo com esse tipo de operação, por exemplo. Armbrust *et al.*¹⁴ citam alguns obstáculos e oportunidades para o crescimento da utilização da Computação em Nuvem, como por exemplo, a escalabilidade do armazenamento, o que possibilita o usuário de utilizar mais ou menos espaço de armazenamento de acordo com sua necessidade e de forma instantânea, o que pode gerar um ganho em escala muito grande e vantagem competitiva, já que não se faz necessária a elaboração de um projeto para montar uma estrutura local para aumentar a capacidade de armazenamento, o que tem como consequência, além da redução de custos, o tempo economizado. Os autores destacam três aspectos na Computação em Nuvem que são vantajosos para os usuários:

- A impressão de recursos infinitos e a possibilidade de utilizar esses recursos sob demanda, o que elimina a necessidade alta de planejamento;
- Aumento nos recursos de *Hardware* somente quando necessário;
- Capacidade de pagar pelo uso no curto prazo.

Apesar das várias vantagens, o serviço também tem seus pontos negativos, ou pontos a melhorar. Depende da perspectiva do usuário ou da organização que utiliza a Computação em Nuvem. A questão da segurança dos dados e informações, apesar de ter evoluído muito nos últimos anos, ainda é vista por muitos usuários e organizações como um impeditivo para a utilização da tecnologia nos governos e grandes corporações, justamente pelo grau de confidencialidade e importância que os dados dessas organizações possuem.

No relatório do TCU¹⁵, uma das vantagens citadas foi o aumento da agilidade da Administração Pública Federal em acompanhar a evolução tecnológica, já que os processos formais de contratação pública é um fator que dificulta a manutenção de uma infraestrutura de TI, o que impede que existam atualizações que tornem o acompanhamento da evolução tecnológica possível. Além disso, também foi citado o suporte à iniciativas como o *Big Data*, outra tendência tecnológica em ascensão, e Dados Abertos, facilitando a transparência e maior participação da sociedade. Ainda de acordo com o órgão,

uma política de governo que regulamente e também incentive o uso da computação em nuvem pode contribuir para o alcance de benefícios não só para a administração pública, mas também para organizações da iniciativa privada, sejam elas usuárias ou provedoras de recursos de tecnologia da informação.

Quanto às vantagens de custo, as organizações, sejam elas públicas ou privadas, tem ganhos em escala muito grandes, já que uma estrutura tradicional de *datacenter* demanda diversos custos que envolvem um espaço adequado, custos altos com energia elétrica, manutenção dos equipamentos e profissionais. Já com a utilização dos serviços na nuvem, os custos diminuem consideravelmente, levando em conta que o serviço é pago de acordo com o uso, eliminando diversas despesas de uma estrutura tradicional de armazenamento e processamento de dados, aumentando a eficiência econômico-financeira das organizações. Ainda de acordo com Armsbrust *et al.*¹⁶, *pay-as-you-go* “capta mais diretamente o benefício econômico para o comprador”, já que é o termo que define o principal método de pagamento e ainda citam o benefício econômico da elasticidade.

14 Idem.

15 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 1739/2015*, de 2015. *Acórdão 1.739/2015-tcu-plenário*. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/comunidades/fiscalizacao-de-tecnologia-da-informacao/atuacao/destaques/computacao-em-nuvem.htm>

16 ARMBRUST, M., et al. *Above the clouds: a Berkeley view of cloud computing*. Technical report, EECS Department, University of California, Berkeley, 2009.

2.3. Políticas públicas sobre o uso da cn

A evolução e crescimento dos estudos sobre políticas públicas, em especial os que consideram o conceito de políticas públicas como “o governo em ação”, tratados por Vicente¹⁷, em específico a análise de políticas públicas de tecnologia da informação, são objetos de estudo de algumas pesquisas nos últimos anos. Alguns estudos utilizam modelos de análise de políticas públicas, como a análise institucional, as redes de políticas públicas, o modelo dos múltiplos fluxos, entre outros.

Vale destacar que, segundo Vicente¹⁸, o uso de modelos de análise permite que o pesquisador tenha uma melhor compreensão do problema e da política pública para ele desenhada, os papéis dos grupos envolvidos e a trajetória desde a emergência de um tema à agenda de decisão, passando pela formulação e posterior implementação da política pública.

Medeiros¹⁹, por meio da análise do processo de definição de agenda de políticas públicas de computação em nuvem, defendeu a necessidade de se ter políticas públicas mais consistentes na área de TI, no governo federal, dando especial atenção à computação em nuvem, como um item que deveria ser elevado à agenda de decisão de políticas públicas, se tornando uma ferramenta a ser utilizada em todas as esferas de governo.

O estudo realizado identificou que a maioria das normas, leis ou políticas públicas da área de TI estão dispersas, com sua gestão descentralizada em vários órgãos do governo federal, o que gera uma fragmentação da TI no governo, e aumenta a dificuldade de atuação dos gestores de TI.

Até então não foi identificada nenhuma política pública específica sobre computação em nuvem, embora exista um projeto de lei no legislativo federal sobre o tema. Em síntese, o que se identificou foi a possibilidade de se ter a computação em nuvem como solucionadora de diversos problemas existentes no serviço público, mas ainda não se evidenciou um consenso entre os grupos de interesse, para que se avancem as discussões sobre o tema.

Portanto, apesar de o tema estar em evidência, ainda não existe nenhuma iniciativa específica para o uso da computação em nuvem, apesar de terem sido abordados assuntos diretamente ligados à esta tecnologia e a viabilidade de sua utilização, como a Estratégia de Governança Digital - EGD, o Plano Nacional de Banda Larga e o Marco Civil da Internet.

A Estratégia de Governança Digital, projeto implementado pelo Governo Federal no início de 2016, através do decreto nº 8.638. A utilização da Computação em Nuvem é citada no documento como uma das iniciativas de um dos objetivos estratégicos definidos, o OE.07, descrito a seguir:

Os dados, os processos, os sistemas de informação, os serviços e a infraestrutura tecnológica devem ser compartilhados entre os órgãos e entidades de forma a reduzir custos e desperdícios e evitar esforços desnecessários e perda de dados e informações (Presidência da República²⁰).

A Iniciativa Estratégica IE.07.02 visa “compartilhar estruturas de datacenter nos órgãos e ampliar a oferta de serviços em nuvem nas empresas de governo”. A Iniciativa é apenas parte de um projeto que, apesar de ser bastante genérico, é mais um passo importante para a utilização da CN nos órgãos públicos e para posteriores políticas mais específicas.

O Plano Nacional de Banda Larga é um projeto que visava popularizar a utilização da Internet no país,

17 VICENTE, V. M. B. Políticas públicas: uma contribuição sucinta à edificação de um modelo para sua análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n.1, 2014 p. 28-47.

18 Idem.

19 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

20 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Decreto nº 8.638*, de 15 de janeiro de 2016. Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. *Estratégia de Governança Digital*. Recuperado em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8638.htm

disponibilizando o serviço em lugares remotos, além de melhorar a qualidade de conexão, fato de fundamental importância para a implantação da computação em nuvem, tendo em vista que Internet de qualidade é um dos requisitos necessários à utilização da CN. Apesar de não ter alcançado todos os objetivos propostos inicialmente através do decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010, o governo já prepara uma atualização para dar continuidade ao plano e tem projeto previsto ainda para o ano de 2017.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) pode ser considerado uma constituição para o ambiente virtual e afeta diretamente o uso da Computação em Nuvem, principalmente no que tange à privacidade dos dados. A utilização de *datacenters* acabou não sendo incluída no documento final, não havendo assim uma legislação específica para a utilização dos centros de dados.

Essas iniciativas acabam impulsionando novos projetos, propostas e discussões, como o PL 5276/2016, que “dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural”. O incentivo à essas propostas, mesmo ainda não sendo específicas para a CN, é benéfico, já que o Brasil ainda é muito carente de políticas públicas na área de Tecnologia da Informação, o que nos deixa atrasados em relação à diversos países que avançam nesse sentido. Segundo Medeiros²¹, é necessário pensar em políticas públicas para a computação em nuvem, como alternativa para minimizar o gap que existe entre a evolução tecnológica e sua incorporação nas atividades do Estado.

Para facilitar esse processo de inserção de tecnologias e criação de políticas públicas, é necessário que profissionais de Tecnologia da Informação tecnicamente capacitados assumam posições no serviço público, fomentando a discussão e introduzindo a utilização dessas tecnologias nas organizações públicas, o que possibilitaria o avanço do Estado. Ainda assim, Medeiros e Sousa Neto²² afirmam que a adoção de novas tecnologias na esfera pública se torna mais complexa em função de algumas características burocráticas do serviço público.

O Tribunal de Contas da União, através da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação - SEFTI, fez um estudo para avaliar os riscos em contratações de serviços de nuvem na Administração Pública Federal - APF. O resultado foi o acórdão 1.739/2015-TCU-Plenário, que contém diversas informações sobre o serviço, com o objetivo de facilitar as futuras auditorias do TCU em contratações de serviços de nuvem. Como consequência deste estudo, através da Secretaria de Tecnologia da Informação, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão elaborou um documento com recomendações sobre a contratação de Serviços de Computação em Nuvem por órgãos do Governo Federal. O documento orienta os gestores desses órgãos a contratar os serviços, evidenciando as vantagens, principalmente de custos, que a CN proporciona. Este é um importante passo, pois direciona e dá subsídios para que os gestores dos órgãos da APF utilizem o serviço, observando as vantagens oferecidas, otimizando e tornando mais eficiente a utilização dos recursos de TI.

A princípio, o governo não irá alocar todos os seus dados na nuvem, já que muitas informações confidenciais e estratégicas devem ser mantidas sob os cuidados do Estado. Porém, fazendo menção ao princípio da transparência, as informações que devem ser compartilhadas com a sociedade devem estar alocadas na nuvem. No artigo 1º, do decreto nº 8.135, de 4 de novembro de 2014, que dispõe sobre as comunicações de dados na APF, podemos observar a posição do governo quanto ao tema:

As comunicações de dados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão ser realizadas por redes de telecomunicações e serviços de tecnologia da informação fornecidos por órgãos ou entidades da administração pública federal, incluindo empresas públicas e sociedades de economia mista da União e suas subsidiárias (Presidência da República²³)

21 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

22 MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Uso da Computação em Nuvem no Setor Público: um Estudo de Caso com Gestores de TI do Estado do Rio Grande do Norte e do Governo Federal. *Revista Gestão & Tecnologia*, 16 (1), 2016, p. 161-182.

23 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Decreto nº 8.135*, de 04 de novembro de 2013. Dispõe sobre as comunicações de dados

A utilização de recursos no serviço público se torna mais dependente de eficiência a cada dia que passa, tendo em vista a escassez desses recursos, principalmente financeiros e materiais exigindo que os servidores utilizem de forma mais eficiente possível aquilo que estiver à sua disposição. No caso da computação em nuvem, fica evidente o melhoramento e a eficiência de utilização dos recursos, já que se trata de um serviço completamente flexível em diversos aspectos, como visto anteriormente nas vantagens apresentadas, o que torna a opção ainda mais vantajosa para as organizações públicas. Ainda de acordo com Medeiros e Sousa Neto²⁴, a atuação dos agentes públicos deve caminhar cada vez mais próxima dos pilares da transparência, responsabilidade nos gastos públicos e eficiência, o que pode ser proporcionado pela CN na área de TI.

Por outro lado, o próprio governo federal reconhece que algumas informações devem ser preservadas e que se garantam as condições de segurança, conforme NC 14/2012-DSIC/GSIPR:

5.2. Ao contratar ou implementar um serviço de computação em nuvem, o órgão ou entidade da APF deve garantir que:

5.2.1. O ambiente de computação em nuvem, sua infraestrutura e canal de comunicação estejam aderentes às diretrizes e normas de SIC, estabelecidas pelo GSIPR, e às legislações vigentes;

5.2.2. A legislação brasileira prevaleça sobre qualquer outra, de modo a ter todas as garantias legais enquanto tomadora do serviço e proprietária das informações hospedadas na nuvem;

5.2.3. O contrato de prestação de serviço, quando for o caso, deve conter cláusulas que garantam a disponibilidade, a integridade, a confidencialidade e a autenticidade das informações hospedadas na nuvem, em especial aquelas sob custódia e gerenciamento do prestador de serviço; (NC 14/2012-DSIC/GSIPR²⁵)

Além disso, a referida norma ainda adverte que as informações armazenadas em nuvem devem ser avaliadas em relação ao valor da informação, os controles de acesso, os modelos de serviço e implementação adotados e a localização geográfica do armazenamento físico.

Estas ações asseguram um padrão de segurança da informação necessário aos dados do governo e irão permitir que se aproveitem com mais efetividade os benefícios do uso da computação em nuvem já tratados neste trabalho, em especial a disponibilidade e a economia de recursos (redução de custos).

3. METODOLOGIA

O presente capítulo de metodologia consiste na apresentação de conceituações de caracterização da pesquisa, coleta e análise de dados, assim como tais foram aplicados.

O estudo possui tanto finalidade exploratória, quanto descritiva, em relação aos seus objetivos. É exploratório, segundo Vergara²⁶, por ter sido desenvolvido em um campo onde o conhecimento é escasso e desestruturado pretendendo, assim, conforme Marconi e Lakatos²⁷ afirmam, aumentar a intimidade dos pesquisadores com o meio pesquisado.

da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre a dispensa de licitação nas contratações que possam comprometer a segurança nacional. *Decreto N° 8.135, de 4 de novembro de 2013*. Brasília, DF. Recuperado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8135.htm

24 MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Uso da Computação em Nuvem no Setor Público: um Estudo de Caso com Gestores de TI do Estado do Rio Grande do Norte e do Governo Federal. *Revista Gestão & Tecnologia*, 16 (1), 2016, p. 161-182.

25 BRASIL. Departamento de Segurança da Informação e Comunicações. *Norma Complementar 14 de 30 de janeiro de 2012*. Estabelecer diretrizes para a utilização de tecnologias de Computação em Nuvem, nos aspectos relacionados à Segurança da Informação e Comunicações (SIC), nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal (APF), direta e indireta. Disponível em < http://dsic.planalto.gov.br/documentos/nc_14_nuvem.pdf>. Acesso em 12 nov. 2013.

26 VERGARA, S. C. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

27 MARCONI, M. D. A.; LAKATOS, E. M. *Fundamentos de pesquisa metodológica científica*. 5a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Para Yin²⁸, por investigar acontecimentos contemporâneos dentro de contextos de concretos, de “vida real”, tentar iluminar uma decisão, em específico, ou até mesmo um conjunto de decisões e apresentar o valor de poder “fornecer o conhecimento aprofundado de uma realidade delimitada que os resultados atingidos podem permitir e formular hipóteses para o encaminhamento de outras pesquisas”, conforme Triviños²⁹ o trabalho se caracteriza como um estudo de caso.

No que concerne a abordagem, de acordo com Flick³⁰, trata-se de uma pesquisa qualitativa por abordar o ambiente natural para entender e descreve, e, por vezes, até mesmo explicar fenômenos sociais ‘de dentro’ através da análise dos conhecimentos de indivíduos ou grupos, exame de interações e comunicações em desenvolvimento e investigação de documentos ou características similares de experiências ou interações.

Ainda assim, caracteriza-se como quantitativa ao utilizar estatística descritiva nos dados coletados em questionários estruturados com questões fechadas em Escala de Likert de cinco pontos.

Foram coletados nove questionários junto aos gestores de TI do órgão, e posteriormente realizado uma entrevista semiestruturada com o diretor geral da área de TI da AL/RN.

Os resultados são apresentados em percentis de 25, 50 e 75%, conforme exemplo abaixo:

- 25% = 1; 25% dos entrevistados responderam até a resposta 1.
- 50% = 2; 50% dos entrevistados responderam até a resposta 2.
- 75% = 3; 75% dos entrevistados responderam até a resposta 3.

Para evitar distorção da interpretação dos dados ao utilizar somente médias para a análise, os dados foram tratados no software Microsoft Excel, onde foi possível obter, além da média, o desvio-padrão e o coeficiente de variação (CV). O coeficiente de variação é obtido a partir da divisão do desvio-padrão (σ) pela média ($\bar{\mu}$). Na interpretação de Laponi³¹, se o resultado for superior a 50% a média obtida não é representativa, o que se observou em algumas respostas: $CV = \sigma / \bar{\mu}$.

4. RESULTADOS E DISCUSSÕES DO TRABALHO

Neste momento, apresentam-se os resultados da pesquisa, por meio da aplicação de questionário, dividindo-o em categorias, a saber: capacitação, implantação, infraestrutura, modelo, organizacional, políticas públicas e recursos. As variáveis foram avaliadas em termos de média e coeficiente de variação, onde se observou alguma distorção nas respostas dadas.

4.1. Categoria capacitação

A ausência de capacitação técnica, ou seja, para utilização da computação em nuvem por parte da área de TI como desenvolvimento de aplicações, gerenciamento e infraestrutura foram aspectos identificados como limitações para o seu uso no ambiente governamental na pesquisa de Medeiros³². Dessa forma, ao comparar a pesquisa realizada nos poderes executivo e judiciário com o legislativo, um dos primeiros objetos de avaliação foi a capacitação da equipe.

28 YIN, R. K. *Estudo de Caso: Planejamento e Métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2001.

29 TRIVIÑOS, A. N. S. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987.

30 FLICK, Uwe. *Qualidade na pesquisa qualitativa: Coleção Pesquisa Qualitativa*. Bookman, 2009.

31 LAPPONI, J. C. *Estatística usando excel*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

32 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

Medeiros e Sousa Neto³³ constataram que há um entendimento errado do conceito de nuvem, ou ainda há pouco conhecimento por parte dos gestores de TI. É interessante notar que a falta de capacitação não é um item de destaque nos estudos sobre as limitações no uso da computação em nuvem, mas se apresenta como aspecto considerado relevante na utilização pelo governo.

Os coeficientes de variação desta categoria foram inferiores a 50% (tabela 1), então, é possível todas as variáveis analisadas com maior confiabilidade em suas médias. Em relação à x16, o estudo atual repete o resultado de Medeiros³⁴, onde foi observado que os profissionais já utilizavam computação em nuvem no dia a dia deles, na vida pessoal.

No que se refere à capacitação da equipe, este resultado se apresenta divergente do estudo anterior. Isto pode ser atribuído ao fato de a AL/RN já possuir aplicações baseadas em computação em nuvem, como o acervo da TV Assembleia, conforme relatado pela entrevista ao Diretor de TI.

Tabela 1: Estatística Descritiva da Categoria Capacitação

	Variável	25%	50%	75%	Média	Desv/Pad	Variância	CV (%)
x16	A computação em nuvem já está incorporada à vida das pessoas, este fator influencia a decisão do governo em utilizá-la.	2	2	3	2,5455	1,2136	1,4727	47,68%
x27	Os profissionais da área de TI do governo já estão capacitados para a computação em nuvem	2	3	4	3,0000	1,3416	1,8000	44,72%
x29	Os servidores públicos não possuem conhecimento suficiente sobre computação em nuvem.	1,5	2	3	2,1818	0,9816	0,9636	44,99%
x45	Existem limitações técnicas para o uso da computação em nuvem.	2	4	5	3,5455	1,3685	1,8727	38,60%

Fonte: Dados da pesquisa de campo (2017).

A variável que trata do nível de conhecimento dos servidores indicou baixo conhecimento sobre o tema, fato este que se repete em relação a estudos anteriores sobre o tema no ambiente governamental. Medeiros³⁵ identificou o mesmo problema, mas ambos os estudos não conseguem avançar no tema, pois seria necessário utilizar outra abordagem para identificar se há algum nível de resistência às mudanças ou falta de conhecimento do tema.

Há um nível de concordância, tanto no estudo atual como no anterior de que ainda persistem limitações técnicas para o uso da computação em nuvem. O estudo anterior indicou a dependência da Internet e posterior continuidade dos serviços como a maior dessas limitações.

33 MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Cloud computing and Internet governance: trend topics in the Brazilian public service. *Anais do 12th CONTECSI*, São Paulo, 2014.

34 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

35 Idem

4.2. Categoria implantação

Os questionamentos nesta categoria buscaram identificar se os respondentes possuem conhecimento sobre aplicações de CN funcionando no governo. Interessante notar que das três afirmações, apenas uma possuiu média representativa. Embora as afirmações x31 e x37, mostrem um elevado nível de concordância, onde 50% responderam que concordam totalmente para x31, essa média não pode ser considerada. Isto pode indicar que as pessoas que trabalham no setor não conhecem a realidade do mesmo ou simplesmente não se envolvem em assuntos não referentes à sua área de atuação.

Tabela 2: Estatística Descritiva da Categoria Implantação

Variável		25%	50%	75%	Média	Desv/Pad	Variância	CV (%)
x31	Já existe alguma aplicação de computação em nuvem onde trabalho.	1	1	4	2,3636	1,8040	3,2545	76,32%
x36	Um órgão do governo está desenvolvendo aplicações de computação em nuvem.	3	4	4,5	3,5455	1,4397	2,0727	40,61%
x37	Um órgão do governo já adquiriu uma aplicação baseada em computação em nuvem.	2	3	4	2,9091	1,5136	2,2909	52,03%

Fonte: Dados da pesquisa de campo (2017).

Em relação a afirmação que indaga se algum órgão do governo já adquiriu alguma aplicação em CN, a média se aproximou de 3, e o coeficiente de variação foi superior a 50%. Denota-se aqui uma falta de integração externa, com outros órgãos do governo local em outros poderes ou no próprio poder legislativo em outros estados.

4.3. Categoria infraestrutura

Nesta categoria as variáveis estão voltadas para a infraestrutura necessária para a operacionalização da computação em nuvem nas organizações públicas brasileira. Ela decorre das limitações encontradas na pesquisa de Medeiros³⁶, elencadas como dependência da Internet, continuidade dos serviços e segurança.

Tabela 3: Estatística Descritiva da Categoria Infraestrutura

Variável		25%	50%	75%	Média	Desv/Pad	Variância	CV (%)
x14	O governo não consegue acompanhar a velocidade com que as mudanças tecnológicas acontecem.	1	2	2,5	2,0000	1,1832	1,4000	59,16%

36 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

Variável		25%	50%	75%	Média	Desv/Pad	Variância	CV (%)
x15	Ainda falta muito para o governo utilizar computação em nuvem.	1,5	2	3	2,3636	1,3618	1,8545	57,62%
x34	Existem estudos sobre a utilização da computação em nuvem no governo.	2	3	4	3,0909	1,4460	2,0909	46,78%
x8	Internet Banda Larga é prioritária no Brasil.	2	2	3,5	2,6364	1,2863	1,6545	48,79%
x9	Internet Banda Larga é um entrave para a computação em nuvem.	1,5	3	4	2,9091	1,5136	2,2909	52,03%

Fonte: Dados da pesquisa de campo (2017).

Considera-se aqui também o *gap* que existe entre a evolução tecnológica e sua incorporação nas atividades do Estado. Dessa forma, 50% dos respondentes consideram que realmente existe esse *gap* tecnológico.

A pergunta seguinte está associada também à categoria anterior, como uma forma de verificação. Assim como os respondentes consideram que existem poucas aplicações de computação em nuvem atualmente em uso no Brasil, aqui eles consideram que ainda falta muito para que esse contexto mude (x15). E isto pode ser explicado, segundo Medeiros³⁷ pela ausência de uniformidade de ações em relação às políticas públicas de TI e pela ausência de especialistas discutindo o tema até elevá-lo a uma agenda de decisão no governo.

As duas questões seguintes (x8 e x9) abordam a política de Banda Larga brasileira. Os estudos de Rauen³⁸, Medeiros e Sousa Neto³⁹ e Medeiros⁴⁰, são conclusivos no sentido de que é preciso ainda avançar bastante em termos de infraestrutura de Internet no Brasil. Especialmente em se tratando de Banda Larga fixa, realidade ainda distante de muitas cidades distantes dos grandes centros e regiões metropolitanas.

Os respondentes consideram que a banda larga deveria ser prioritária, mas que ainda é um entrave para o avanço da computação em nuvem também neste estudo.

4.4. Categoria modelo

A categoria modelo está relacionada aos modelos de implantação descritos pelo NIST⁴¹. São eles: nuvem pública, nuvem privada e nuvem híbrida. Cabe aqui fazer uma distinção entre nuvem pública, que é ofertada pelos *players* externos, por meio de celebração de contrato de prestação de serviço. Já a nuvem privada é a que é desenvolvida internamente, conforme conceituação proposta pelo NIST.

37 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

38 RAUEN, C. V. Mudança tecnológica e definição de agenda de políticas públicas: regulação para universalização da banda larga no Brasil. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. v. 3, n. 1, 2011, p. 89-110.

39 MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Cloud computing and Internet governance: trend topics in the Brazilian public service. *Anais do 12th CONTECSI*, São Paulo, 2014.

40 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

41 National Institute of Standards and Technology –NIST. *The NIST definition of cloud computing*. Gaithersburg, MD: NIST, 2011.

Tabela 4: Estatística Descritiva da Categoria Modelo

Variável		25%	50%	75%	Média	Desv/Pad	Variância	CV (%)
x40	O governo deve utilizar o modelo de nuvem privada.	1	2	2	1,9091	0,9439	0,8909	49,44%
x41	O modelo de nuvem pública é o mais adequado para o governo.	1,5	2	4	2,6364	1,4334	2,0545	54,37%
x42	O governo deve pensar em um modelo híbrido de computação em nuvem.	1	2	2	2,0000	1,3416	1,8000	67,08%

Fonte: Dados da pesquisa de campo (2017).

Interessante notar que não houve uma definição clara do modelo por meio das indagações feitas em x40, x41 e x42. Todos os respondentes concordam total ou parcialmente em, pelo menos, 50% que o modelo deve ser privado, público e híbrido.

Em Medeiros e Sousa Neto⁴² os resultados em relação aos modelos foram semelhantes. À época esse resultado foi atribuído ao baixo conhecimento dos conceitos de computação em nuvem. Esses conceitos ainda se mostram difusos, ou seja, pouca coisa mudou sobre o aprofundamento dos conceitos e aplicações de computação em nuvem no ambiente governamental nos últimos anos.

4.5. Categoria organizacional

A categoria organizacional trata das questões relacionadas ao uso da computação em nuvem e seus benefícios para as organizações públicas. Nos estudos de Medeiros e Sousa Neto⁴³ agilidade, eficiência e produtividade foram os principais benefícios elencados.

Para Medeiros⁴⁴, redução de custos, agilidade, melhoria do serviço, melhor uso dos recursos públicos e disponibilidade foram os benefícios mais apontados.

No atual estudo, até 75% dos respondentes afirmam concordar total ou parcialmente que a computação em nuvem melhora os processos e torna a gestão pública mais eficiente, características presentes em Kim⁴⁵ e Kundra⁴⁶.

42 MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Cloud computing and Internet governance: trend topics in the Brazilian public service. *Anais do 12th CONTECSI*, São Paulo, 2014.

43 MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Uso da Computação em Nuvem no Setor Público: um Estudo de Caso com Gestores de TI do Estado do Rio Grande do Norte e do Governo Federal. *Revista Gestão & Tecnologia*, 16 (1), 2016, p. 161-182.

44 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

45 KIM, W. Cloud computing: today and tomorrow. *Journal of Object Technology*, v.8, n. 1, 2009.

46 KUNDRA, V. *Federal Cloud Computing Strategy*. Recuperado de http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/egov_docs/vivek-kundrafederal-cloud-computing-strategy-02142011.pdf

Tabela 5: Estatística Descritiva da Categoria Organizacional

Variável		25%	50%	75%	Média	Desv/Pad	Variância	CV (%)
x13	Os gestores de TI possuem resistência em utilizar a computação em nuvem.	1,5	2	3	2,2727	1,1909	1,4182	52,40%
x19	Computação em nuvem tem um forte apelo para a maior eficiência dos processos.	1	2	2	1,9091	1,1362	1,2909	59,51%
x3	O governo necessita da computação em nuvem para melhorar seus processos.	1	1	2	1,3636	0,5045	0,2545	37,00%

Fonte: Dados da pesquisa de campo (2017).

O contraponto a estas questões é o questionamento sobre resistências ao uso da computação em nuvem. 50% dos respondentes concordam que há resistências quanto à adoção da computação em nuvem no governo. A saída para minimizar esta resistência é o investimento em capacitação dos profissionais de TI.

4.6. Categoria políticas

A categoria de políticas públicas (tabela 6) é o ponto do trabalho que mais se assemelha com o estudo anterior de Medeiros⁴⁷. A primeira e segunda afirmação estão relacionadas ao status da computação em nuvem enquanto postulante a política pública. Onde o tema se faz presente no governo, mas ainda não se evidencia em um conjunto de normas e regulamentações para o seu uso. Talvez isto se explique pela ausência de eventos que evidenciem a necessidade de seu uso. São chamados por Kingdon⁴⁸ de eventos focalizadores.

Para os respondentes a CN ainda não faz parte das discussões no âmbito do legislativo, não sendo considerado como ação prioritária para o momento atual. As afirmações x12 e x21 tratam da importância da computação em nuvem como um novo paradigma e que deveria existir políticas públicas voltadas para o seu uso. Dessa forma, há um entendimento consensual em relação a estes temas.

Já se existem grupos de especialistas discutindo o uso da computação em nuvem, 50% afirmam concordar com a afirmação. Além disso consideram o seu uso como uma decisão política. É possível destacar, como tratado em Kingdon⁴⁹ e em Medeiros⁵⁰, a ausência de um empreendedor político. Da mesma forma, os respondentes advogam que é importante ter a participação de outros atores na discussão sobre o uso da computação em nuvem.

Medeiros⁵¹ identificou em seu estudo uma enorme fragmentação das ações da área de TI no governo federal, além disso, uma atuação descentralizada na gestão da TI, não existindo um órgão centralizador das políticas e estratégias. Para o legislativo as políticas e normas também não estão claras (x23), embora exista um órgão centralizador para a sua gestão (x24).

47 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

48 KINGDON, John W. *Agendas, alternatives, and public policies*. 2nd Pearson Education Limited, 2014.

49 Idem.

50 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

51 Idem.

Também foi identificado que não existem políticas públicas de CN definidas no ambiente do legislativo (x26). O mesmo resultado foi percebido nos estudos anteriores de Medeiros⁵² e Medeiros e Sousa Neto⁵³.

A questão x28 está também relacionada à elevação da CN como integrante da agenda de decisões do governo e observa o ambiente político. Não há um consenso de que o ambiente político atual é favorável, resultado divergente da pesquisa anterior. Em relação à CN estar inserida na agenda de TI, 50% dos respondentes concordam. Ou seja, CN é um tema debatido junto aos profissionais de TI, mas ainda não colocado como prioridade para a área.

Tabela 6: Estatística Descritiva da Categoria Políticas

	Variável	25%	50%	75%	Média	Desv/Pad	Variância	CV (%)
x10	Computação em nuvem já faz parte da agenda de discussões da TI governamental.	2	3	4	2,8182	1,3280	1,7636	47,12%
x11	Computação em nuvem não é prioridade no governo.	1	2	3	2,2727	1,3484	1,8182	59,33%
x12	A computação em nuvem é um novo paradigma para o governo.	1	1	1,5	1,4545	0,9342	0,8727	64,23%
x17	Existem especialistas discutindo, pesquisando aplicações de computação em nuvem para o governo, dentro da estrutura do governo.	1,5	2	3,5	2,5455	1,3685	1,8727	53,76%
x18	Utilizar computação em nuvem é uma decisão política.	1	2	2,5	2,0000	1,0000	1,0000	50,00%
x21	O governo já deveria estar pensando em políticas públicas de TI voltadas para a computação em nuvem.	1	1	1	1,4545	1,0357	1,0727	71,21%
x22	Outros atores precisam fazer parte da discussão sobre utilização da computação em nuvem no governo.	1	1	1,5	1,7273	1,4206	2,0182	82,25%

52 Ibidem.

53 MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Uso da Computação em Nuvem no Setor Público: um Estudo de Caso com Gestores de TI do Estado do Rio Grande do Norte e do Governo Federal. *Revista Gestão & Tecnologia*, 16 (1), 2016, p. 161-182.

Variável		25%	50%	75%	Média	Desv/Pad	Variância	CV (%)
x23	Existe clareza nas políticas públicas de TI existentes.	3,5	4	4,5	3,7273	1,2721	1,6182	34,13%
x24	Existe um órgão (ou secretaria) gestor de TI.	1	1	4	2,3636	1,7477	3,0545	73,94%
x25	Existe apenas um órgão que pensa as políticas públicas de TI.	2	3	4	3,0000	1,4832	2,2000	49,44%
x26	Já existem políticas públicas para a computação em nuvem definidas.	3	4	4,5	3,7273	1,1037	1,2182	29,61%
x28	O ambiente político é favorável para a adoção da computação em nuvem.	2	3	4	3,0909	1,3003	1,6909	42,07%
x30	O governo já pensa em utilizar computação em nuvem.	1,5	2	3,5	2,5455	1,3685	1,8727	53,76%
x32	Computação em nuvem já faz parte da agenda de TI.	1,5	2	3	2,4545	1,2933	1,6727	52,69%
x33	Computação em nuvem é estratégica para o governo.	1	2	3	2,2727	1,1909	1,4182	52,40%
x35	O governo já optou pela utilização da computação em nuvem.	1,5	3	4	2,9091	1,5783	2,4909	54,25%
x4	O governo deve regulamentar o uso da computação em nuvem.	1	1	2	1,3636	0,5045	0,2545	37,00%
x43	Cabe ao governo federal pensar em políticas públicas para a computação em nuvem.	1	2	2,5	1,8182	0,8739	0,7636	48,06%
x5	Já existem normas suficientes para a computação em nuvem no Brasil.	2	3	3,5	2,9091	1,1362	1,2909	39,06%

Variável		25%	50%	75%	Média	Desv/Pad	Variância	CV (%)
x6	As políticas públicas de TI no Brasil favorecem a utilização da computação em nuvem.	2	3	4	2,9091	1,3003	1,6909	44,70%

Fonte: Dados da pesquisa de campo (2017).

As demais afirmações, CN é estratégica para o governo, o governo deve regulamentar o seu uso e o governo federal deve pensar em políticas públicas para a CN possuem bom percentual de concordância, o que coaduna com a pesquisa de Medeiros⁵⁴.

As duas últimas afirmações divergem um pouco do estudo anterior, onde não foram identificadas regulamentações para o uso da computação em nuvem no governo, apenas um projeto lei específico para o tema e uma norma de segurança quanto à guarda de dados. Ainda se as políticas públicas favorecem o uso da CN, foi identificado por Medeiros⁵⁵ que ainda não se tinha este incentivo, inclusive pelo fato de a questão de como se pagar pelo seu uso não estava pacificada. Para o poder legislativo esta questão ainda não está fechada, pois não há um bom nível de concordância.

4.7. Categoria recursos

Nesta categoria estão presentes afirmações relacionadas à adoção da CN e seus impactos para o ente público. As questões x1, x2, x20 e x39 são bem parecidas e objetivam identificar a aderência direta dos respondentes ao tema, ou seja, o nível de aceitação dos gestores de TI à utilização da computação em nuvem na AL/RN.

Nos quatro casos é consensual que as organizações devem investir e utilizar aplicações de computação em nuvem. Kundra⁵⁶ em seu estudo sobre o uso da computação em nuvem pelo Governo Norte Americano identificou ganhos de produtividade e redução drástica de custos com investimentos em infraestrutura de TI. Esses fatores ajudam a compreender a quase total aceitação do tema.

Em relação aos riscos ao utilizar a computação em nuvem (x38), apenas 25% afirmam concordar com o risco. Cabe destacar alguns riscos identificados em Paquette, Jeager e Wilson⁵⁷: tangíveis como acesso, disponibilidade e integridade ou intangíveis que envolvem questões legais, normas, e formas de auditar. Alguns destes riscos foram percebidos também em Medeiros⁵⁸ e foram tratados como limitações. São eles: disponibilidade e acesso, integridade dos dados e questões legais.

54 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

55 Idem.

56 KUNDRA, V. *Federal Cloud Computing Strategy*. Recuperado de http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/egov_docs/vivek-kundrafederal-cloud-computing-strategy-02142011.pdf

57 PAQUETTE, S.; JAEGER, P.; WILSON, S. Identifying the security risks associated with governmental use of cloud computing. *Government Information Quarterly*, 27, 2010, 245-253.

58 MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

Tabela 7: Estatística Descritiva da Categoria Recursos

Variável		25%	50%	75%	Média	Desv/Pad	Variância	CV (%)
x1	Computação em nuvem deve ser utilizada na esfera pública.	1	1	2	1,6364	1,0269	1,0545	62,76%
x2	O governo precisa investir em aplicações de computação em nuvem.	1	1	1	1,2727	0,6467	0,4182	50,81%
x20	Aumento da eficiência justifica os investimentos computação em nuvem.	1	1	2	1,5455	0,9342	0,8727	60,45%
x38	É arriscado utilizar computação em nuvem no governo.	2	3	4,5	3,2727	1,4206	2,0182	43,41%
x39	Computação em nuvem vai reduzir os custos da TI no governo.	1	2	2	1,7273	0,9045	0,8182	52,37%
x44	O entrave para o uso da computação em nuvem no governo é a forma de pagamento.	2,5	3	4	3,0909	1,3751	1,8909	44,49%

Fonte: Dados da pesquisa de campo (2017).

Quanto à forma de pagamento, entrave observado nos poderes executivo e judiciário parece não se apresentar no poder legislativo. Nos dois poderes estudados anteriormente observou-se a existência de uma norma rígida para a contratação de serviços de TI (IN 04/2015 e Res. 182/2013), no caso atual, no poder legislativo, a entrevista realizada não identificou entraves também em relação a este tema. Deste modo seria interessante observar se essa realidade ainda persiste nos poderes executivo e judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De uma forma geral, os coeficientes de variação calculados revelaram que as médias obtidas refletem um padrão representativo da amostra. Para as perguntas que apresentaram um coeficiente de variação superior a 50%, a média apresentou-se pouco representativa, o que ocorreu repetidas vezes. Isto pode indicar que algumas categorias não podem ser explicadas neste estudo.

Contudo, de uma forma geral, resgatando-se o objetivo deste estudo, que consistiu em averiguar a aderência da computação em nuvem ao poder legislativo do estado do RN, é possível concluir que existe uma boa aderência, inclusive por meio de ações que já vem sendo realizadas.

No entanto, definições mais claras de políticas de estímulo ao seu uso, regulamentação quanto à forma de contratação não foram evidenciadas nesta pesquisa. Ainda se faz presente recorrentemente, como em outros estudos apresentados, a necessidade de capacitar os profissionais de TI e os usuários destes serviços.

Pelo exposto, Internet continua sendo um entrave para a expansão dos serviços de computação em

nuvem no RN. Também não ficou evidenciado qual modelo é o mais adequado ao poder legislativo local.

Em relação às políticas públicas, percebe-se que ainda há um longo caminho a percorrer, especialmente em se tratando de poder legislativo, onde, aparentemente, não se evidencia uma integração com outras unidades do legislativo municipal ou de outras unidades da federação.

Em termos de limitações da pesquisa, considera-se que avaliar este contexto, com observações apenas dos gestores de TI do legislativo do Estado do Rio Grande do Norte foi considerado decisivo para não se obter respostas mais conclusivas em algumas categorias analisadas, como modelo e implantação.

6. RECOMENDAÇÕES

As recomendações aqui apresentadas se dividem em duas partes. A primeira no sentido de se ter um aprofundamento maior do presente estudo. Daí duas estratégias podem ser adotadas: (i) buscar a validação do instrumento por meio de técnicas estatísticas que avaliem a confiabilidade do mesmo e (ii) expandir o estudo para outras unidades da federação, podendo fazer uso, inclusive, da integração existente nas Escolas Legislativas para fins de mapeamento da utilização da TI no Poder Legislativo brasileiro, em especial no tocante ao uso da computação em nuvem.

Um terceiro estudo pode abordar teorias que avaliam a aceitação de tecnologias (Modelo TAM, por exemplo) para identificar a familiaridade dos servidores públicos do poder legislativo quanto ao uso de aplicações baseadas em computação em nuvem.

A segunda parte remete às ações pertinentes a serem executadas no órgão para minimizar o *gap* tecnológico existente. Basicamente, recomenda-se que a Assembleia Legislativa do RN possa investir mais em capacitação e disseminar junto aos seus colaboradores as ações já realizadas, ou seja, as aplicações que já utilizam computação em nuvem, objetivando desmistificar as barreiras à sua utilização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMBRUST, M., et al. *Above the clouds: a Berkeley view of cloud computing*. Technical report, EECS Department, University of California, Berkeley, 2009.

BRASIL. Departamento de Segurança da Informação e Comunicações. *Norma Complementar 14 de 30 de janeiro de 2012*. Estabelecer diretrizes para a utilização de tecnologias de Computação em Nuvem, nos aspectos relacionados à Segurança da Informação e Comunicações (SIC), nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal (APF), direta e indireta. Disponível em < http://dsic.planalto.gov.br/documentos/nc_14_nuvem.pdf>. Acesso em 12 nov. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5276/2016*, de 13 de maio de 2016. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. *Pl 5276/2016*. Brasília, DF. Recuperado em 30 outubro, 2016, de <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>

FLICK, Uwe. *Qualidade na pesquisa qualitativa*: Coleção Pesquisa Qualitativa. Bookman, 2009.

HAIR JUNIOR, J. F., et al. *Fundamentos de métodos de pesquisa em administração*. Porto Alegre: Bookman, 2005.

KIM, W. Cloud computing: today and tomorrow. *Journal of Object Technology*, v.8, n. 1, 2009.

KINGDON, John W. *Agendas, alternatives, and public policies*. 2nd Pearson Education Limited, 2014.

KUNDRA, V. *Federal Cloud Computing Strategy*. Recuperado de http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/egov_docs/vivek-kundrafederal-cloud-computing-strategy-02142011.pdf

LAPPONI, J. C. *Estatística usando excel*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MARCONI, M. D. A.; LAKATOS, E. M. *Fundamentos de pesquisa metodológica científica*. 5a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARSTON, S.; LI, Z.; BANDYOPADHYAY, S.; ZHANG, J.; GHALSASI, A. Cloud computing: the business perspective. *Decision Support Systems*, v. 51, n. 1, p. 176-189, 2011

MEDEIROS, M. F. M. *Computação em nuvem no governo: caminhos para a formação de uma agenda governamental*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 2014.

MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Cloud computing and Internet governance: trend topics in the Brazilian public service. *Anais do 12th CONTECSI*, São Paulo, 2014.

MEDEIROS, M. F. M.; SOUSA NETO, M. V. Uso da Computação em Nuvem no Setor Público: um Estudo de Caso com Gestores de TI do Estado do Rio Grande do Norte e do Governo Federal. *Revista Gestão & Tecnologia*, 16 (1), 2016, p. 161-182.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. *Boas Práticas, Orientações e Vedações Para Contratação de Serviços de Computação em Nuvem*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/eixos-de-atuacao/governo/sistema-de-administracao-dos-recursos-de-tecnologia-da-informacao-sisp/ncti-nucleo-de-contratacoes-de-tecnologia-da-informacao/orientacoes-e-vedacoes-para-contratacao-de-solucoes-de-ti>.

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY –NIST. *The NIST definition of cloud computing*. Gaithersburg, MD: NIST, 2011.

PAQUETTE, S.; JAEGER, P.; WILSON, S. Identifying the security risks associated with governmental use of cloud computing. *Government Information Quarterly*, 27, 2010, 245-253.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Decreto nº 7.175*, de 12 de maio de 2010. Institui o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL; dispõe sobre remanejamento de cargos em comissão; altera o Anexo II ao Decreto no 6.188, de 17 de agosto de 2007; altera e acresce dispositivos ao Decreto no 6.948, de 25 de agosto de 2009; e dá outras providências. *Plano Nacional de Banda Larga*. Brasília, DF. Recuperado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7175.htm.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Decreto nº 8.135*, de 04 de novembro de 2013. Dispõe sobre as comunicações de dados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre a dispensa de licitação nas contratações que possam comprometer a segurança nacional. *Decreto Nº 8.135, de 4 de novembro de 2013*. Brasília, DF. Recuperado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8135.htm

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Decreto nº 8.638*, de 15 de janeiro de 2016. Institui a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. *Estratégia de Governança Digital*. Recuperado em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8638.htm

RAUEN, C. V. Mudança tecnológica e definição de agenda de políticas públicas: regulação para universalização da banda larga no Brasil. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*. v. 3, n. 1, 2011, p. 89-110.

TIGRE, Paulo Bastos; NORONHA, Vitor Branco. Do mainframe à nuvem: inovações, estrutura industrial e modelos de negócios nas tecnologias da informação e da comunicação. *Revista de Administração*, v. 48, n. 1, 2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão nº 1739/2015*, de 2015. *Acórdão 1.739/2015-tcu-plenário*. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/comunidades/fiscalizacao-de-tecnologia-da-informacao/atuação/destaques/computacao-em-nuvem.htm>

TRIVIÑOS, A. N. S. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987.

VAQUERO, L.; RODERO-MERINO, L.; CACERES, J.; LINDNER, M. A break in the clouds: towards a cloud definition. *SIGCOMM Comput. Commun. Rev.*, 39(1):50–55, 2009.

VERAS, Manoel. *Cloud Computing: Nova Arquitetura da TI*. São Paulo: Brasport, 2012.

VERGARA, S. C. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

VICENTE, V. M. B. Políticas públicas: uma contribuição sucinta à edificação de um modelo para sua análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n.1, 2014 p. 28-47.

YIN, R. K. *Estudo de Caso: Planejamento e Métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2001.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O processo penal e a engenharia
de controle da política criminal**
The criminal procedure and
engineering of the criminal
policy's control

Antonio Henrique Graciano
Suxberger

José Wilson Ferreira Lima

O processo penal e a engenharia de controle da política criminal*

The criminal procedure and engineering of the criminal policy's control

Antonio Henrique Graciano Suxberger**

José Wilson Ferreira Lima***

RESUMO

O artigo desenvolve uma abordagem teórico-argumentativa sobre a política criminal que dispõe sobre a priorização de tramitação de processos penais em casos de crimes graves (art. 394-A do Código de Processo Penal), como resposta ao crescente índice de criminalidade, contextualizando-a com a Teoria do Eficientismo. Utiliza como marco teórico a abordagem do Direito Processual Penal a partir das políticas públicas, para inserir o estudo da alteração legislativa do Código de Processo Penal no campo da tecnologia jurídica. Metodologicamente, a pesquisa analisa o atual estágio do processo político de enfrentamento da criminalidade, que pretende conferir maior celeridade para o processo penal em que se apuram infrações mais graves e se isso representa algum avanço em termos de política criminal, considerando que, até então, nenhuma medida foi adotada para a adequação dos ritos processuais que atendam a essa proposta de celeridade, de forma abrangente em toda a extensão do Sistema Persecutório-Penal. A abordagem legislativa do Direito Processual Penal como tecnologia jurídica é inovadora e deriva da necessidade de visualizar o funcionamento do sistema de justiça criminal a partir de seus arranjos institucionais.

Palavras-Chave: Processo Penal. Políticas Públicas. Política Criminal. Prioridade de Tramitação de Processos. Eficientismo. Celeridade Processual.

ABSTRACT

The article develops a theoretical-argumentative approach on the criminal policy in the processing priority of the criminal's prosecutions in cases that more severity crimes (article 394-A of the Criminal Code Procedure), in response to the growing crime rate, contextualizing it with the Theory of Efficiency. The papers uses the public policies' framework focused on the Criminal Law Procedure. It asserts the approach of the Criminal Procedure Code as a juristic technology. Methodologically, the research analyzes the current stage of the political process to facing crime, that intend to grant greater celerity to the criminal process in which more serious offenses are investigated and if this represents advance in term of criminal policy, considering that no steps was taken to adjust of the procedural rites to answer this proposal of celerity, in a comprehensive manner throughout the Perse-

* Recebido em 23/03/2017

Aprovado em 25/03/2017

** Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor do Máster Oficial em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e Universidade Internacional da Andaluzia. Professor da Fundação Escola Superior do MPDFI (FESMPDFI) e da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Mestre e Doutor em Direito. Promotor de Justiça no Distrito Federal.

*** Mestre em Direito pelo Instituto de Direito de Brasília. Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Promotor de Justiça no Distrito Federal.

cution-Criminal System. The Criminal Law Procedure's approach as a juristic technology presents itself as an innovation and responds the demand for viewing the criminal justice system considering its institutional arrangements.

Keywords: Criminal Process. Public Policies. Criminal Policy. Procedural Prioritization. Efficient Cause. Procedural Celerity.

1. INTRODUÇÃO

A atual situação de violência generalizada em todos os setores da sociedade brasileira impôs a toda população uma verdadeira mudança de comportamento, de modo a tornar as pessoas mais acuteladas em suas rotinas diárias, vivendo, quase que incondicionalmente, segundo critérios de autoproteção e de autodefesa, além de terem o medo e a desconfiança intensificados, em razão da falência dos sistemas convencionais de persecução e de reprovação penal. O índice de criminalidade em elevação constante e o evidente descrédito na ação estatal de promoção da paz e tranquilidade públicas são grandezas que, na atualidade, estão diretamente relacionadas e, devido a isso, políticas específicas de recrudescimento da resposta penal têm sido, frequentemente, empregadas pelo Parlamento brasileiro como técnica de enfrentamento e de combate ao crime.

Em decorrência dessa opção política, algumas infrações penais passaram a ser mais severamente punidas, a exemplo dos crimes hediondos e, não sendo isso suficiente, buscou-se na seara do processo penal um importante apoio coadjuvante na tarefa de combate ao crime. Devido a isso, a experiência legislativa posta em prática tem procurado aproximar o direito penal do direito processual penal, fazendo com que estes, ao serem empregados, se complementem e tornem mais efetiva a atuação do Estado na persecução criminal. Nesse contexto, exemplificativamente, enquanto, por um lado, o Código Penal (CP) em associação com a Lei de Crimes Hediondos dispõem sobre as infrações que serão consideradas hediondas (infrações gravíssimas), o Código de Processo Penal (CPP) passou, por outro lado, a dispor que os processos que apurem a prática desses crimes terão prioridade de tramitação em todas as “instâncias”¹.

O exemplo, embora singular, é um importante vetor para a definição de um novo estágio do processo político de enfrentamento da criminalidade, entendendo-se que, conferir maior celeridade para o processo penal em que se apuram infrações mais graves, representa um passo à frente em termos de políticas públicas na esfera criminal.

Neste artigo, pretende-se examinar em que medida a legislação mais recente tem guardado coerência com o projeto de política criminal a partir do cruzamento do eixo constitucional com as propostas de um modelo de processo penal mais eficiente. O recorte metodológico focalizará, criticamente, a legislação e doutrinas pertinentes com o objeto de estudo, segundo a perspectiva do eficientismo ou funcionalismo do aparelho punitivo do Estado, que envolve a inserção do processo penal numa engenharia jurídica preordenada para atuar no controle de políticas criminais.

A abordagem da alteração legislativa do Código de Processo Penal responde a uma preocupação de visualização do sistema de justiça criminal com base em seus arranjos institucionais. Centrar a abordagem no enfoque próprio dos arranjos institucionais guarda pertinência com o modo pelo qual se dá a convergência entre o funcionamento do Estado e a formação dos seus respectivos arranjos institucionais. Essa preocupação tem sua base na chamada “política jurídica”, que cuida da compreensão do fenômeno governamental dentro ou a partir do Direito. O estudo das políticas públicas, nesse sentido, constitui uma aproximação da tecnologia jurídica incidente na realização do Estado.²

1 BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

2 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.).

Por isso, o presente estudo lastreia-se, como opção teórica, na chamada tecnologia jurídica, tal como a apresenta Albert Calsamiglia.³ A abordagem da alteração legislativa operada para assegurar tramitação prioritária a feitos, decerto, não provoca grandes indagações do ponto de vista da dogmática jurídica, entendida como estado “puro” da ciência, situada no debate epistemológico das funções do Direito e que exercita funções racionalizadora e ordenadora.⁴ A chamada tecnológica jurídica situa-se entre a dogmática e a dita técnica jurídica, esta mais ocupada da prática dos instrumentos jurídicos. A tecnologia jurídica, pois, ocupa-se de modo mais próximo dos arranjos institucionais para a prática daquelas prescrições jurídicas positivadas. E muitas vezes o fracasso das previsões normativas situam-se justamente no modo como esses arranjos operam as prescrições positivadas em texto legal.

A problemática quanto à reserva das garantias individuais fundamentais do indivíduo será abordada topicamente no curso do estudo, mas, em que pese sua relevância, não será o objeto principal de análise.

2. PRIORIDADE DE TRAMITAÇÃO: ART. 394-A DO CPP

A Lei n. 13.285, de maio de 2016, dispôs, expressamente, sobre a necessidade de que os processos que apurem a prática de crimes hediondos tenham prioridade de tramitação em todas as “instâncias”⁵. Com essa leitura, é fácil perceber a disposição anunciada do Estado em não apenas punir mais gravemente determinadas práticas delitivas, mas também que isso ocorra em curto prazo. Essa proposta pode estar associada à ideia de punibilidade rápida e eficiente, o que possa atingir o consciente coletivo e iluminá-lo com a mensagem de que medidas estão sendo adotadas para o combate à criminalidade.

Para se estabelecer um comparativo, convém verificar que a legislação processual penal em vigor outorga três distintos tipos de procedimentos para a apuração judicial de crimes, segundo a quantidade da pena atribuída (art. 394 do CPP), de modo que: *i*) o rito será o ordinário quando o máximo da sanção cominada para a infração foi igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade; *ii*) se esta for inferior a 4 (quatro) anos, o rito será o sumário e, por último, *iii*) para as infrações classificadas como de menor potencial ofensivo o rito será o sumaríssimo⁶. Desse modo, como os crimes hediondos (art. 1º), definidos pela Lei n. 8.072/1990⁷, têm suas penas privativas de liberdade em patamar acima de 4 (quatro) anos, a prioridade de tramitação dos respectivos processos acompanhará o rito ordinário, que é o legalmente previsto.

Sob essa óptica, uma primeira observação merece destaque. É que o art. 394-A do CPP, cuja redação foi determinada pela Lei n. 13.285/2016, faz referência à prioridade de tramitação de processos que apurem a prática de crimes hediondos em todas as “instâncias”, as quais, somente, podem ser entendidas como “instâncias judiciais”, isso porque o inquérito policial, por não ser processo, não está abrangido por tal expressão. Sendo correta essa conclusão, não haveria instrumento legal que obrigasse que a atividade policial priorizasse a investigação de tais infrações com maior celeridade, entendendo-se, nesse contexto, a investigação policial em sua dimensão mais ampla, com abrangência não apenas à atividade investigativa estrita,

A política pública como campo multidisciplinar. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

3 CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 22, p. 235-276, 1982. Ejemplar dedicado a: Metodologías y Derecho Privado.

4 CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 22, p. 235-276, 1982. Ejemplar dedicado a: Metodologías y Derecho Privado. p.249.

5 BRASIL. Lei n. 13.285, de 10 de maio de 2016. Acrescenta o art. 394-A ao Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13285.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

6 BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

7 BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.

mas também como a de produção de perícias criminais, médico-legais, de exames de código de genético e papiloscópicos, entre outros.

Mesmo assim, retornando à questão da programação legislativa para a tramitação prioritária de processos, e sabendo-se que a política criminal representa, apenas, uma entre as várias formas de manifestação das políticas públicas, tem-se que os objetivos e metas dessas políticas são definidas, extrajudicialmente, no campo específico da política, cabendo ao final ao arcabouço jurídico a função primordialmente instrumental de realizá-los⁸. Essa compreensão da dimensão da política criminal e de sua relação com o campo de atuação do direito penal é sustentada segundo o enfoque de que a “política criminal, que se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal, encontra-se fora do âmbito jurídico”⁹. Ademais, a política criminal encerra “manifestação de poder”, algo que a situa como emanção da vasta gama de políticas públicas que o Estado deveria desenvolver para alcançar seus objetivos, especialmente na área criminal, o que se ajusta com a proposta de enfrentamento do problema delitivo¹⁰.

Como consequência dessa compreensão, cabe assinalar que o instrumental jurídico disponível para o exame perspectivado no ordenamento jurídico “não é o mais adequado para captar o caráter eminentemente dinâmico e funcional das políticas públicas”¹¹, de modo que a política criminal, como espécie de políticas públicas, pode não alcançar o êxito pretendido na razão direta de que o processo penal não foi dinamizado com a edição da Lei n. 13.285/2016, mas apenas superficialmente tangenciado com uma nova medida denominada de “tramitação prioritária” — que em si é pouco eficaz e inadequada numa proposta mais ampla de eficientismo da persecução criminal quanto às infrações penais mais graves.

3. O EFICIENTISMO PERSECUTÓRIO E OS FALSOS SENTIDOS

Uma inovação legislativa como a apontada pode gerar a crença de que o curso do processo penal versando sobre crimes mais graves, como os hediondos, possa ser mais abreviado. Aliás, foi acreditando nisso que o legislador buscou garantir, mediante o emprego de norma-garantia, nos termos consagrados na Constituição Federal (CF), que todos terão assegurados a razoável duração do processo e os meios que possibilitem a celeridade de sua tramitação no âmbito judicial e também no administrativo¹². De certo modo, o conteúdo da norma processual inserida no art. 394-A do CPP reflete essa pretensão de busca pela celeridade. Mas, obviamente, não se pode confundir “prioridade de tramitação” com “celeridade processual”, isso porque, enquanto a primeira refere-se a um ato mecânico de se colocar um processo gravado com o atributo da prioridade à frente de outros que não detêm essa qualificação, a segunda tem a ver com maior propriedade com o rito mais abreviado do procedimento, às vezes contando com a simplificação e redução de atos processuais (é devido a isso que os ritos são classificados como ordinário, sumário e sumaríssimo). Logo, compreende-se que a prioridade de tramitação atua, externamente, ao processo, enquanto a celeridade processual abarca seu âmago, sua essência interna relacionada com atos e fases, associando-se mais adequadamente com a noção de simplificação do procedimento, o que não ocorre, obviamente, com o rito ordinário. Devido a isso, não há condições fáticas que apontem para o eficientismo da medida legislativa destacada anteriormente, podendo-se afirmar que:

8 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 194.

9 ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 12.

10 CARDOZO POZO, Rodrigo Cristhian. Más allá del puente: algunas consideraciones sobre el rol de la política criminal. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Chile, ano 16, n. 1, p. 68, 2009.

11 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 89, jan./mar. 1997.

12 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

Ao centrar esforços na discussão estritamente jurídica de mudança de textos normativos, ocupamos da falsa percepção de que visamos a um sistema de justiça criminal mais eficiente. Seria ótimo se pudéssemos, a esta altura, discutir a eficiência do sistema de justiça criminal brasileiro ou mesmo de seu aparato de segurança pública. Nossa discussão, contudo, é antecedente. Nossa preocupação é de efetividade. É dizer: nosso sistema de justiça criminal não funciona e é por isso que discutir seu aprimoramento (eficiência) soa, quando não falso, muito pretensioso¹³.

Com efeito, os sentidos do observador devem estar a postos, atentos, pois tal diferença pode não ser perceptível no momento de formular as políticas reputadas necessárias para o enfrentamento da criminalidade. Nesse contexto, ao proclamar a prioridade de tramitação de processos em que se apuram crimes hediondos, o legislador pode ter, evidentemente, incorrido na falsa percepção de que isso favoreceria à rápida solução de processos criminais quanto às infrações mais graves. Assim, tratando-se de um observador externo, alheio à realidade quanto aos números e ao fluxo dos processos criminais, o legislador tratou sob a forma de macro política uma questão sensível, porém complexa, que se associa ao ideal de razoável duração do processo que, enquanto garantia constitucional, se atingida em termos “razoáveis”, poderia refletir sobre a percepção social negativa de impunidade generalizada:

A norma jurídica pode estabelecer (reconhecer) um direito, seja no plano constitucional, seja no ordinário, por isso ela deve estar necessariamente garantida, para sua efetividade, por normas de procedimento que permitam realizá-las no menor prazo possível ou, ao menos, em um prazo razoável, posto que os direitos fundamentais, ao estarem previstos na Constituição, conformam meios para alcançar determinados fins ou valores próprios do Estado de Direito¹⁴.

Enquanto observador externo, o legislador, ao lançar olhares críticos sobre as políticas desenvolvidas para dar efetividade à persecução criminal e à punição de autores de crimes mais graves, deixa de considerar o contrafluxo das questões internas da própria persecução criminal, anteriores ao processo judicial, e que se articulam, prevalentemente, à ordem administrativa das instituições policiais, que carecem de uma adequada organização dirigida para a obtenção de fins, insuficiência de recursos e tecnologias etc.

Aspectos formais que envolvem a atividade persecutória em nível administrativo, como uma teoria de atos, prazos e práticas policiais específicas, engenhosamente engendrada para superar a morosidade, a ineficiência e até mesmo o descrédito social acerca do exercício da atividade investigativo-policial, geralmente, não entram na pauta de debates políticos, quando se fala da produção de políticas públicas voltadas para o combate à criminalidade.

Desse modo, é legítimo questionar sobre a relevância de estudos críticos, valorativos e minuciosos, voltados para as práticas policiais de modo a atender o postulado constitucional que determina seja garantido a todos a razoável duração do processo, ou, em outras palavras, que favoreça a rápida solução do crime, com a redução de prazos e atos, também, na esfera policial.

4. CONCORDÂNCIA PRAGMÁTICA ENTRE FINS E MEIOS

Parece razoável considerar que a ordem política vigente buscou emparelhar o direito penal, na perspectiva do recrudescimento das penas, com o direito processual penal, para atuar de forma mais eficiente e de modo a tornar visível a resposta estatal em virtude do enfrentamento da criminalidade de rua, de sangue, isto é, da mais violenta. Sob esse ponto de vista, faz sentido que a pretensão de que o curso do processo judicial se desenvolva dentro de um marco temporal razoável esteja associada, por exemplo, à garantia de

13 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Segurança pública e os dilemas de uma democracia em crise. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013. p. 348.

14 TOZZINI, Carlos A. *Garantías constitucionales en el derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2005. p. 17-18.

priorização de tramitação de processos que versarem sobre as infrações penais mais graves. Entretanto, um sistema como esse para ser útil, funcional e especialmente orientado para reduzir o tempo de espera processual, e antecipar o quanto possível a aplicação da resposta penal, não pode ignorar outras facetas do sistema persecutório de forma mais abrangente, de modo que a eficiência desse sistema exige ampla concordância pragmática entre os fins e os correspondentes meios. A essa altura, é muito apropriada a ponderação feita por SILVA SÁNCHEZ, que distingue duas categorias de exercício da política criminal: a prática e a teórica. Para ele, enquanto a primeira corresponde ao conjunto de atividades empíricas, organizadas para a proteção de indivíduos e da própria sociedade, a segunda apresenta-se como um conjunto de princípios teóricos que haveriam de compor a base da referida prática na luta contra o delito¹⁵. Nesse sentido, revela-se oportuna essa associação racional e complementar, segundo a qual:

A teoria é condição da ação racional porque estabelece suas normas, porém, por outro lado, não é um fim em si mesmo, mas visa sempre uma prática. [...] Porém, a reflexão teórica tem sempre a prática como objetivo, e após desenvolvermos essa reflexão devemos voltar à nossa prática, agora de forma mais amadurecida, refletida, e teremos assim uma prática racional¹⁶.

A propósito, percebe-se que os fins dessa política criminal estão sendo tratados no estreito campo das infrações penais mais graves, ou simplesmente dos crimes hediondos, por uma questão de recorte estratégico de abordagem. Portanto, está-se tratando de crimes em relação aos quais se busca assegurar a razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a celeridade processual. Aditivamente, tem-se que a mencionada norma do art. 394-A do CPP, ao impor seja observada a prioridade de tramitação desses processos, realiza o ciclo formal-normativo por completo. Entretanto, essa associação não significa, necessariamente, a eficiência dessa política, tampouco representa que os resultados conduzam à redução da criminalidade ou da percepção social negativa da impunidade, numa relação direta de causa e efeito. Essa compreensão cinge-se ao fato de que não há concordância pragmática entre os fins politicamente definidos com os meios normativamente dispostos. Ademais, o instrumento processo penal não tem afinidade com a prevenção de práticas delitivas, devendo-se considerar que:

A tendência de transportar para o processo penal a finalidade de prevenção de crimes deve ser vista com cautela. Em verdade, o processo penal (em sentido estrito) age quando o delito já foi praticado, para investigar e punir os responsáveis, sem prejuízo de medidas político-criminais preventivas (mas que não são propriamente atos de investigação criminal)¹⁷.

Acrescente-se a isso a avaliação de Binder, para quem as tarefas do direito penal e do direito processual penal devem convergir para ajudar a construir um sistema (lembre-se: Sistema Jurídico-Penal), que seja o mais eficiente possível quanto à aplicação do “castigo” devido aos infratores. Além disso, esse sistema deve buscar a perfeição, a qual se alcançará quando o sistema se tornar o mais eficiente possível quanto ao “castigo”, ao mesmo tempo em que, também, garanta a melhor proteção da liberdade do cidadão. Essa perspectiva foi denominada de “doutrina da dupla eficiência”¹⁸. Esclarece-se, contudo, que essa performance não está sendo alcançada na medida em que:

[...] o direito penal e o direito processual penal, por um conjunto de circunstâncias vinculadas em grande medida à burocratização do saber e do trabalho universitário, não está reagindo adequadamente, não está tomando conta de sua obrigação de dar respostas às crises e às tensões atuais da sociedade; do mesmo modo, nosso sistema judicial, tampouco reage frente ao mesmo problema¹⁹.

15 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal e pessoa*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p. 21.

16 MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 13. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2010. p. 58.

17 ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 192-193.

18 BINDER, Alberto M. Relaciones entre la dogmática penal y la política criminal. In: CÓPPOLA, Patricia. *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Advocatus, 2006. p. 44.

19 BINDER, Alberto M. Relaciones entre la dogmática penal y la política criminal. In: CÓPPOLA, Patricia. *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Advocatus, 2006. p. 43-44.

Desse modo, parece mais proveitoso que a concordância entre fins e meios no contexto de um planejamento legislativo, que busque o aprimoramento das políticas criminais, também considere a possibilidade de ajustar teorias e práticas específicas do direito penal e do direito processual penal, conjuntamente.

5. ASPECTOS GERAIS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A investigação de fatos criminosos conduzida por órgão policial, qualquer que seja sua qualificação orgânica (militar, civil, federal, legislativa etc.), é atividade, eminentemente, pública, que tem a finalidade de esclarecer o fato criminoso e determinar sua autoria, podendo, ainda, se classificar nesses casos como investigação criminológica. Se, entretanto, essa investigação for dirigida com a finalidade de se produzirem perícias criminais ou médico-legais, ou exames de confrontação de códigos genéticos (DNA), por exemplo, será qualificada como investigação criminalística, referindo-se ao “conjunto de técnicas usadas para a apuração do fato e a descoberta da autoria”²⁰. Nesse aspecto, convém destacar que investigação não se confunde com instrução, pois enquanto a primeira é atividade pública e administrativa que “está fora do processo”; a segunda, também atividade pública e de natureza jurisdicional, é dirigida para a formação do “conjunto de dados probatórios colhidos no curso do processo e que têm por finalidade formar a convicção do juiz”²¹.

Outra diferenciação importante diz respeito a forma de documentação dos atos. Na investigação criminal, o inquérito policial é o instrumento formal de consubstanciação dos atos praticados, que se qualifica como peça informativa e compreende “o conjunto de diligências realizadas pela autoridade para apuração do fato e descoberta da autoria”²². Resumidamente, a principal finalidade do inquérito policial consiste em servir de base para a ação penal²³, a partir de uma valoração *a posteriori* feita pelo Ministério Público.

Como se percebe, investigação policial e processo judicial são artifícios criados pela engenharia política para compor o instrumental de atuação do Estado em duas grandes áreas onde tem ingerência: *i*) a persecução criminal policial e a *ii*) persecução criminal judicial. Na primeira, fala-se que “não há acusado ou réu, mas simplesmente indiciado, que não chega a ser sujeito ou titular de direitos, mas apenas objeto de investigação”²⁴; na segunda, porém, ao indivíduo, quando passa a integrar a relação jurídico-processual, são conferidas as prerrogativas de parte processual, com as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outras asseguradas pela Constituição.

Todavia, na concepção do Estado de Direito, como criação da modernidade, o indivíduo deve ser sempre tratado como sujeito de direitos, sendo-lhe assegurados os direitos decorrentes dessa sua condição, em razão da assimilação do paradigma do Constitucionalismo, em qualquer das etapas dos procedimentos persecutórios, pena de se inviabilizar o projeto constitucional de proteção dos direitos individuais fundamentais, com retrocesso ao Estado medieval, no mínimo. Não foi com outro propósito, que o Supremo Tribunal Federal decidiu:

A pessoa que sofre persecução penal, em juízo ou fora dele, é sujeito de direitos e dispõe de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado. A unilateralidade da investigação penal não autoriza que se desrespeitem as garantias básicas de que se acha investido, mesmo na fase pré-processual, aquele que sofre, por parte do Estado, atos de persecução criminal²⁵.

Sendo, enfim, o inquérito policial uma peça informativa, as informações nele concentradas não são,

20 GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento policial: inquérito*. 9. ed. Goiânia: AB-Editora, 2002. p. 5.

21 GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento policial: inquérito*. 9. ed. Goiânia: AB-Editora, 2002. p. 6.

22 GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento policial: inquérito*. 9. ed. Goiânia: AB-Editora, 2002. p. 7-8.

23 GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento policial: inquérito*. 9. ed. Goiânia: AB-Editora, 2002. p. 9.

24 GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento policial: inquérito*. 9. ed. Goiânia: AB-Editora, 2002. p. 13.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. *Habeas-corpus* n. 93.767/DF, Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5546788>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

em geral, prova, uma vez que foram produzidas unilateralmente²⁶. Mas, ainda assim, ele deve traduzir e refletir harmonia e respeito incondicional com os direitos e as garantias fundamentais declinados no texto constitucional em favor do investigado, de modo que a razoável duração das investigações policiais deve também estar integrada à política criminal orientada para a agilização e dinamização da persecução criminal considerada em toda a sua extensão.

Reconhecendo-se, portanto, que a abreviação da persecução criminal pode ser um fator favorável para o exercício pleno do poder punitivo do Estado, diante da prática de infrações penais mais graves, não pode a política criminal cindir a persecução criminal e somente entabular propostas legislativas de tramitação prioritária para o processo judicial, deixando de lado: *i*) toda a problemática atinente com a morosidade do aparelho policial do Estado e a completa falta de regulamentação normativa dessa atividade, de modo a torná-la mais célere e eficiente, e *ii*) a possibilidade de se dispor de ritos processuais mais objetivos e céleres, com a proposta de se reduzir o tempo de persecução e, conseqüentemente, conferir sentido lógico e real à pretensão de razoável duração do processo. Desse modo, em relação ao contexto da interlocução que a política criminal busca fazer entre o direito penal e o direito processo penal, não se pode ignorar que:

Não é o simples aumento da pena que vai resolver o problema, embora, talvez, momentaneamente, nos dê a sensação de amenizá-lo. Até que a certeza da impunidade continue arraigada na mente do criminoso; até que a demora na persecução criminal e o medo de as vítimas reconhecerem seus algozes levem ao fracasso a ação penal em grande número de casos; em suma, até que não haja uma profunda reforma no trato da questão criminal, começando pelo inquérito policial até o sistema penitenciário, reforma essa que traga uma confiável investigação policial e uma certeza da imediata condenação e real cumprimento da pena, continuaremos a assistir à edição de leis como a de n. 8.072/90, de muita polêmica e pouca eficácia²⁷.

6. NORMAS PROCESSUAIS E EFETIVIDADE DA RESPOSTA PENAL

Ao acrescentar o art. 394-A no CPP, o legislador não criou apenas mais uma norma entre as tantas outras existentes naquele código. Mais do que isso, ele deu um sinal, algo semelhante a um aviso, indicando uma opção política voltada para a busca de concretização e efetivação da punição de responsáveis pelas práticas delitivas mais graves. Certamente, na visão do legislador, essa norma encerra muito mais que um comando jurídico que há de ser cumprido pelas instâncias judiciárias ao lado de tantas outras que orientam e dão suporte à normatividade processual penal. O legislador espera que, ao se dar plenitude à aplicação de tal norma, haverá a conseqüente agilização do processo penal, predisposto no caso específico para a punição de infratores não quanto a qualquer crime, mas sim contra aqueles que mais gravemente ofendem bens jurídicos de maior dignidade penal. Essa expectativa, embora proporcionada por norma de incidência processual, relaciona-se, mais próxima e intensamente, com o caráter pragmático da atuação jurisdicional, tratando-se de expectativa de resposta penal em tempo mais abreviado. No campo de compreensão do legislador, como agente positivador de políticas públicas:

O pragmatismo da cultura política dominante dialoga com esse valor, ao reforçar a importância dos resultados práticos da ação político-social. A efetividade ideal do direito, dessa forma, não reside em um ato de vontade do gestor público, mas decorre da cultura institucional, baseada na adoção de práticas que reforçam o tratamento jurídico expresso e sistemático das conseqüências da ação, seus desdobramentos e seus contrafeitos. O acompanhamento desses ao longo do tempo e sua qualificação pelo direito é a tônica do que se chama de “regime de efeito”²⁸.

Então, como se comporta ou deveria se comportar o Poder Judiciário, como agente executor dessa

26 ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Investigação criminal: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 160.

27 MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5.

28 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 258.

política criminal, especialmente produzida para dinamizar a tramitação de processos criminais, ao se considerar, por exemplo, que há, por um lado, a expectativa de efetividade pelo Parlamento e, por outro lado, há todo um conjunto de limitações estruturais e operacionais ligadas ao desempenho da atividade jurisdicional, para a qual a priorização de tramitação é apenas um referente simplório, com reduzida possibilidade de ser um fator, verdadeiramente, impulsionador da marcha processual.

Nesse aspecto, embora seja legítimo admitir que, nas últimas décadas, o Poder Judiciário melhorou, substancialmente, seu desempenho, especialmente em razão do emprego de novas tecnologias, que favorecem em larga margem o desempenho da atividade judicante e cartorária, há, paralelamente a isso, uma onda crescente de judicialização das demandas, o que gerou um fluxo contínuo de elevação do número de processos:

O processo judicial vem-se modernizado e atualizando, não apenas no Brasil, de modo a buscar corresponder ao anseio social. São exemplos disso os processos coletivos, a abertura ao tratamento dos interesses difusos e coletivos, a adoção das tecnologias de informação e comunicação, e uma série de inovações processuais e procedimentais que decorrem da litigiosidade de massa, isto é, a ampliação das formas de acesso à justiça e, ligado a isso, o aumento da importância social dessas formas de solução de controvérsias, em busca de maior amplitude e eficácia²⁹.

Ocorre que esse superfluxo de demandas é, também, consequência do novo perfil da jurisdição instalada pela CF de 1988. Se, no passado pouco, esta tangenciava questões sociais e individuais, atualmente, são estas as que, provavelmente, mais ocupam os foros em todas as áreas e níveis da atuação jurisdicional, incluindo-se os novos direitos, como meio ambiente, defesa do consumidor, direitos das minorias, comunicação e transmissão de dados, *internet* etc.

Também em razão da “modernização” da tutela de direitos, com a conseqüente explosão de demandas submetidas ao crivo judiciário, uma proposta como a de “priorização de tramitação” processual é uma circunstância que, somente, pode ser avaliada não como solução, mas antes como a própria revelação do problema e de tudo mais que, direta ou indiretamente, está associado com a proposta de efetividade desse segmento de prestação de serviços públicos: a Jurisdição Criminal.

Diante da realidade que se apresenta em face de grandes demandas judiciais (aspecto quantitativo), da ausência de recursos suficientes para respostas rápidas e eficazes para a solução dessas demandas e ainda do apelo social diante da ordem crescente da criminalidade, políticas públicas consideradas num contexto valorativo mais aberto são importantes instrumentos de atuação estatal na ordem econômica e privada, em atenção às limitações e imposições constitucionais, formatadas com o propósito de assegurar as condições de realização dos comandos da Constituição³⁰, o que exige, portanto, que essas políticas se tornem efetivas e não permaneçam, apenas, como promessas decorrentes de um vasto programa constitucional.

Sob esse ponto de vista, pode-se dizer que o arranjo normativo desenhado no plano político que buscou aproximar o CP, quanto aos crimes hediondos, do CPP, determinando a prioridade de tramitação processual, tornou-se efetivo, mesmo considerando-se as limitações estruturais e operacionais do Poder Judiciário. Desse modo, se toda a expectativa do legislador se resumir em que os processos penais versando sobre crimes hediondos tenham tramitação preferencial, é possível afirmar que essa expectativa foi satisfeita, ainda que não em margem absoluta (100%), mas, ao menos, em larga margem de atuação da jurisdição. Se, não obstante, sua expectativa tiver sido a de imprimir maior celeridade processual, muito provavelmente, a frustração geral deve ter tomado conta do cenário político.

Aliás, a essa segunda situação impõe-se acrescentar que é da essência do processo penal, orientado pelo regime constitucional democrático, um melhor trato e sujeição aos princípios constitucionais predispostos para assegurar os direitos individuais fundamentais da pessoa submetida à investigação criminal, razão pela qual a sua velocidade de atuação (maior ou menor celeridade) segue acompanhada da maior ou menor dignidade do bem jurídico objeto de tutela jurisdicional.

29 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192.

30 APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 143-144.

Aliado a isso, no arcabouço das políticas públicas, a presença de elementos múltiplos, como atores, partes, fatores econômicos e estruturais, impõe que se observe os possíveis conflitos não apenas entre os próprios elementos envolvidos, mas também entre as normas substantivas e processuais, isto é, no plano em que elas se comunicam:

Há que se ter presente que vivemos em um ambiente de pluralismos que repercutem nos campos do direito e da política e de suas institucionalidades. Pluralismos de instâncias, de atores e, em especial, de ordens normativas que “dialogam” transversal e, muitas vezes, tensionadamente³¹.

Entre a eficiência da persecução penal e os limites fixados com o objetivo de garantir as regras de um julgamento equânime — compreensivo do conceito de processo justo — há uma tensão inexorável, sobre a qual se tem construído impassível antagonismo entre o binômio eficácia/garantias³².

E disso resulta, obviamente, que ao se fazer atuar as políticas públicas, estas podem ou não serem satisfeitas, ou seja, podem ou não alcançar a efetividade esperada³³. É dizer, como as políticas públicas “buscam a efetivação de normas constitucionais ou infraconstitucionais compatíveis com o Texto Fundamental”³⁴, as realidades desassociadas ou mal elaboradas entre o direito penal e o direito processual penal, por exemplo, pode antes de aproximá-los posicioná-los nos extremos.

7. ANÁLISE CONTEXTUALIZADA DA PRIORIDADE DE TRAMITAÇÃO DE PROCESSOS

Até os tópicos precedentes, toda a abordagem desenvolvida seguiu em torno de aspectos teóricos relacionados com a política criminal e a efetividade de sua programação. Nesse tópico, ao contrário, pretende-se relacionar particularidades entre a prioridade de tramitação de processos em que se apuram crimes hediondos e alguns aspectos da teoria processual de ritos, em especial buscando destacar concretamente o plano normativo em que esses ritos têm incidência.

A prioridade de tramitação de processos não é novidade no ordenamento jurídico nem é algo limitado à esfera de aplicação do processo penal. A respeito disso, vale lembrar que o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) contém extensa lista de situações em que a prioridade é garantida ao idoso, indo desde o atendimento imediato e personalizado até a prioridade no recebimento de restituições financeiras, como o imposto de renda³⁵, por exemplo, entre outras tantas prioridades relacionadas com diversas políticas públicas especialmente propostas em benefício da pessoa idosa (art. 3º). Além dessas, o Estatuto dispõe sobre a garantia de prioridade na tramitação de processos e procedimentos e na execução de atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60(sessenta) anos, em qualquer instância, sabendo-se que essa prioridade se estende, também, ao âmbito da Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e Defensoria Pública (art. 71).

De igual modo, o Código de Processo Civil (CPC, Lei n. 13.105/2015) determina que se observará a prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, quanto aos procedimentos judiciais que envolvam

31 MORAIS, José Luís Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 62.

32 ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel. Proceso Acusatorio: hastag constitucional? *Forum03 – Anuario de Derecho Constitucional*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Educa, p. 57-110, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=Revistas&d=forum3>>. Acesso em: 3 mar. 2017p. 60.

33 MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *Políticas públicas: o controle judicial e o papel das funções essenciais à justiça*. Curitiba: Prismas, 2015. p. 49.

34 MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *Políticas públicas: o controle judicial e o papel das funções essenciais à justiça*. Curitiba: Prismas, 2015. p. 57.

35 BRASIL. *Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.

idosos, crianças e adolescentes³⁶. Seguindo nessa mesma linha, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) disciplina inúmeras situações de atuação do Poder público e de suas políticas setoriais que serão prestadas com prioridade em favor das pessoas com deficiência³⁷.

Como se pode observar, a prioridade de tramitação de processos ou de preferências de acesso às políticas governamentais não é medida estranha no contexto jurídico, político e social brasileiro. Mas, especialmente quanto à medida instituída pelo art. 394-A do CPP, alguns recortes precisam ser evidenciados em razão da pretensão quanto à sua efetividade e concretude. Para ilustrar essa análise, as infrações penais serão reunidas em 4(quatro) grupos, segundo a gravidade da ofensa ao bem jurídico e os correspondentes ritos processuais.

GRUPOS	INFRAÇÕES	LEGISLAÇÕES	PROCEDIMENTOS
A	Menor Potencial Ofensivo	Lei n. 9.099/1995	Composição Civil de Danos – art. 74.
			Transação Penal – art. 76.
B	Médio Potencial Ofensivo	Lei n. 9.099/1995	Suspensão Condicional do Processo – art. 89.
C	Graves	CP	Rito Ordinário – CPP
D	Gravíssimas Hediondas	CP + Lei n. 8.072/1990	Rito Ordinário – CPP

O que essa associação permite conferir de imediato é que no tratamento das infrações do grupo A — de menor potencial ofensivo — o legislador cuidou de dispor sobre um procedimento específico, mais adequado à proposta de resolução de conflitos pela via consensual, com a possibilidade de composição civil de danos e de transação penal. No passo seguinte, ao dispor sobre as infrações do grupo B — de médio potencial ofensivo — o legislador igualmente regulamentou um procedimento específico, que permite a pronta suspensão condicional do processo. Em todos esses casos, isto é, os relativos com as infrações de menor e médio potencial ofensivo, foi proposta uma teoria de base que possibilitou a criação desses instrumentos procedimentais, tendo sido inspirada nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando com isso, sempre que possível, a conciliação ou a transação penal entre os atores envolvidos, o que viabilizou a institucionalização da justiça consensual no processo penal brasileiro³⁸.

Esse novo sistema tornou-se possível com a edição da Lei n. 9.099/1995, que instituiu um modelo de política criminal de vertente consensual no âmbito da justiça criminal³⁹, atendendo-se ao comando da CF de 1988, que determinava a criação de juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo (art. 98, I).

Visto por outro ângulo, para as infrações penais graves (grupo C) e as gravíssimas (grupo D), não há ritos diferenciados, pois, para essas duas espécies, o rito ordinário é o aplicável⁴⁰. Como consequência dessa particularidade, um crime de furto praticado com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração (art. 155, § 4º, I, do CP), de um aparelho celular, por exemplo, para o qual é prevista a pena mínima de reclusão de 2(dois) anos, tendo como vítima pessoa idosa, e um crime de estupro com resultado morte (art. 213, § 2º, do CP, combinado com o art. 1º, V, da Lei n. 8.072/1990), para o qual é cominada a pena mínima de reclusão de 12(doze) anos, guardam em comum, sob a óptica do procedimento, que ambos seguirão o rito ordinário

36 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.

37 BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.

38 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/L9099.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.

39 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099 de 26.9.1995. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 41.

40 Lembrar, não obstante, que há ritos especiais usualmente empregados para a apuração de crimes graves, a exemplo do aplicável aos crimes submetidos à competência do Tribunal do Júri.

e tramitarão com prioridade, atendendo-se, portanto, às diretrizes previstas no art. 71 da Lei n. 10.741/2003, quanto ao primeiro crime, e no art. 394-A do CPP, quanto ao segundo.

É importante frisar que num caso ou noutro o órgão judiciário, ao cumprir os comandos legais que determinam a prioridade de tramitação dos respectivos processos, terá atendido como máxima efetividade a proposta política endereçada para a agilização dessas tais demandas judiciais, ainda que não se alcance com rapidez a resposta penal prevista em razão de percalços próprios do procedimento ordinário, caracterizado por inúmeras fases e atos preordenados para atenderem às garantias processuais fundamentais das pessoas submetidas à persecução criminal. Isso revela, não obstante, que o pragmatismo que dá suporte às normas que determinam a prioridade de tramitação processual pode não corresponder ou implicar em pragmatismo quanto à eficiência da aplicação concreta da resposta penal.

Diante da realidade implacável que envolve a atuação jurisdicional, especialmente limitada por questões estruturais, a falta, por vezes, do instrumental material adequado, aliada às injunções jurídicas e até econômicas, que compõem o quadro de restrições quanto ao dinamismo da prestação desta espécie de serviço público, formam a base do dilema conflituoso interno da instância jurisdicional:

A correta verificação ou estabelecimento dos fatos relevantes para a resolução da questão penal, como pressuposto da aplicação do direito objetivo ao caso concreto que o processo persegue, e da possibilidade de se chegar a uma decisão justa, se verá normalmente prejudicada no procedimento que não dota a jurisdição dos mecanismos adequados para tal verificação⁴¹.

Essa visão parte da construção crítica de que, sempre, haverá uma margem de prejuízo resultante do confronto entre o eficientismo penal e a defesa das garantias individuais no bojo do processo penal, a exemplo da constatação de RUSCONI sobre o embate entre os princípios da oportunidade e da legalidade:

Todas as tendências dirigidas a “simplificar” o processo, a introduzir o acordo como uma saída possível, a implementar a “oportunidade” como um critério limitador do princípio da legalidade processual terminam por reduzir o espaço vital do *favor rei*⁴².

Nesse contexto, não é tanto pelo fato de se empregar o rito ordinário de forma comum ao processamento de crimes de gravidades diversas, que representa maior empecilho à rápida e eficiente aplicação da resposta penal, mas antes a falta de um critério metodológico claro e bem definido, bem como a ausência de uma política criminal adequada e suficientemente elaborada para o processamento das infrações penais gravíssimas (hediondas) e sua investigação no âmbito policial.

8. PROPOSTA DE EFICIENTISMO PROCESSUAL PENAL

Para viabilizar alguma proposta que permita a eficiente realização da persecução penal em torno de crimes mais graves é preciso, primeiramente, dimensionar a extensão da problemática que envolve essa discussão. Servindo de referencial muitíssimo apropriado para esse propósito, fala-se da “questão penal”, uma rotulação para a angustiante realidade do sistema de persecução penal (Sistema Jurídico-Penal), que emperra e congestionam as instâncias formais responsáveis pelo exercício do controle penal. Em torno desse problema, assenta-se a Teoria do Eficientismo, segundo a qual se propõe maior funcionalidade na administração da “questão penal”, de onde essa funcionalidade corresponde aos instrumentos que cuidam das reais

41 RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XI*, Valparaíso, Chile, p. 643-686, 2013. Disponível em: <cortheidh.or.cr/tablas/r32235.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2017.

42 RUSCONI, Maximiliano A. Principio de inocencia e in dubio pro reo. In: CONGRESO NACIONAL SOBRE EL PROCESO PENAL, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, p. 44-58, nov. 1997. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174765.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2017.

consequências esperadas de sua atuação⁴³. Essa questão ou problema pendente de resolução é atravessada por outro problema circunstancialmente provocativo, que é o versado pela Teoria Garantista, a qual reclama pela necessária sujeição do Estado, como agente da política criminal, às regras do Estado Democrático de Direito. Essa teoria sustenta que cumpre ao direito também ser instrumento de defesa e limite das interferências do poder do Estado frente à questão penal⁴⁴.

Nesse contexto, o Sistema Jurídico-Penal, compreendido como resultado da agregação dos subsistemas do direito penal e do direito processual penal e, para alguns, também do subsistema de execução penal, reclama sua reconstrução, a qual decorreria da composição entre o pensamento sistemático, a dogmática jurídica e o pensamento problemático, isto é, a própria política criminal⁴⁵. Nesse aspecto, compete à política criminal a relevante missão de ordenar os rumos do sistema punitivo estatal:

Um sistema punitivo estatal que se pretenda moderno, funcional, evoluído quanto à orientação e às consequências, somente pode comprometer-se com uma função de antecipar e evitar a ocorrência dos conflitos; numa palavra: ser inspirado por motivos de política criminal⁴⁶.

Como visto, é possível estabelecer o vínculo que une o direito penal à política criminal, como parte ativa integrante do Sistema Jurídico-Penal:

Distinguem-se no plano da Ciência Penal, a dogmática jurídica — à qual corresponde a função liberal do Estado de Direito de assegurar a igualdade na aplicação do Direito e a liberdade individual contra o ataque do Estado — da política criminal, cuja missão inclui os métodos adequados, no sentido social, para a luta contra o delito, ou seja, a chamada missão social do Direito Penal. Enquanto o Direito Penal, como “magna carta do delinquente”, protege não a comunidade e sim o indivíduo que se rebela contra ela, garantindo-lhe o direito de ser castigado somente sob os pressupostos e limites legais, à política criminal pertenceria a ideia de finalidade dessa parcela do ordenamento jurídico⁴⁷.

Pode-se observar, em rápida síntese, que as normas que integram o sistema processual penal expõem a organização operativa dos direitos fundamentais e das correspondentes garantias, advindas da ordem constitucional e, como tais, essas normas formam o principal eixo de orientação da política criminal estatal, de modo que nesse contexto à política criminal corresponde todo o conjunto de princípios, garantias e decisões que influenciam, diretamente, o sistema penal⁴⁸.

Essa associação do direito penal com o direito processual penal — denominada de Sistema Jurídico-Penal — para se tornar operativa, funcional e eficiente não pode ignorar os padrões mínimos garantistas do indivíduo que venha a ser submetido a procedimentos persecutório-penais e, em larga escala por conta dessa realidade, é que se identifica a irracionalidade do modelo persecutório-penal brasileiro, notadamente quanto às infrações penais graves (grupo C) e gravíssimas (grupo D), o que pode ser resumido nos seguintes termos: *i*) a crescente onda da criminalidade faz elevar o número dos processos penais no âmbito da justiça criminal em todo país; *ii*) a inaplicabilidade de modelos de justiça consensual quanto aos crimes graves e gravíssimos exige a manutenção do sistema processual fundado em um rito composto de várias fases e atos, todos com complexidades cartorárias, burocráticas, formalistas e de elevado custo para o Estado, além da evidente demora não provocada deliberadamente pelo servidorismo público (subjativismo), mas sim em razão do excesso de formalismos e de garantias processuais a serem cumpridas (objetivismo), sob pena de se produzirem nulidades.

E esse conjunto de fatores em concurso revela a irracionalidade do modelo persecutório-penal vigente, considerando que:

43 FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 11.

44 FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 11.

45 FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 27.

46 FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 32.

47 FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 29-30.

48 RUSCONI, Maximiliano A. Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal? In: BAIGÚN, David et al (Coord.). *Estudios sobre la justicia penal*: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005. p. 433.

- i) foi planejado na medida da organização política e social brasileira da primeira metade do século XX, tratando-se de um modelo ultrapassado, de elevado custo e baixíssimo nível de eficiência;
- ii) as eventuais reformas produzidas ao longo de várias décadas não se mostraram satisfatoriamente adequadas para a conjugação plena do processo penal com a sociedade moderna que, em razão principalmente das inovações culturais e tecnológicas, avança numa velocidade maior do que a que o processo penal pode desenvolver;
- iii) evidentemente, a compreensão pessoal dos próprios direitos é um fator impulsionador do indivíduo no sentido de cobrar do Estado o atendimento a todos os seus direitos;
- iv) as instâncias formais de controle social em relação ao infrator agora também são controladas por outras instâncias formais, legítimas e socialmente admitidas, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Imprensa, dando-se ênfase às práticas processuais de feição garantista.

Essa irracionalidade decorrente pode, então, ser traduzida como a persistência de se manter o Sistema Jurídico-Penal, com a conjugação do direito penal e do direito processual penal, de forma explicitamente anacrônica e dissimulada, de onde se extrai que a tramitação prioritária de processos penais não foi instituída de forma a se conciliar com um processo penal ritualisticamente célere, abreviado. Em outras palavras, é irracional na medida em que também é pouco funcional, pouco eficiente e minimamente garantista.

Devido a isso, a irracionalidade mostra-se anacrônica na medida em que o Estado Democrático de Direito vê-se ameaçado pela expansão do Estado Penal. Verifica-se uma busca da segurança em lugar da busca pela liberdade. O discurso da segurança pública passa a preceder o discurso dos direitos humanos, a proteção de poucos, em contraposição à proteção de todos os indivíduos. “Presencia-se a política de despolitização, com a exacerbação do individualismo, multiplicação das desigualdades sociais e reificação da humanidade”.⁴⁹

Essa afirmada irracionalidade apresenta-se, também, de maneira dissimulada. Afinal, os ditos marginalizados progressivamente perdem as condições materiais para o exercício de suas liberdades civis e políticas, assim como são igualmente privados dos meios de exigir o cumprimento dos chamados direitos de prestação positiva do Estado ou mesmo aqueles oriundos de um dever de solidariedade geral. Eles se tornam “descartáveis”, vivem sem leis protetivas garantidas efetivamente. São condenados à essa marginalidade socioeconômica e a condições hobbesianas de existência — muito por força da ausência de um “soberano” — e, por isso, perdem a capacidade de se apresentarem como titulares de direitos públicos subjetivos. Isso não significa, contudo, que serão dispensados das obrigações estabelecidas pelo Estado: este os mantém vinculados ao sistema jurídico por meio de suas normas penais.⁵⁰

9. Considerações finais

Desse modo, para se estabelecer, enfim, uma proposta de eficientismo processual penal é preciso considerar que:

- i) uma política criminal genericamente constituída por leis processuais deve integrar um sistema e não apenas atuar de forma autônoma e isolada, ignorando o contexto do Sistema Persecutório-Penal na qual se encontra inserida;
- ii) a exemplo do art. 394-A do CPP, por não haver um mecanismo de controle final de resultados, verifica-se que a medida pode não corresponder à funcionalidade e à eficiência esperada no campo da política criminal que a originou;
- iii) a total ausência de sistematização de critérios voltada para à análise, avaliação e acompanhamento quanto à implantação da política criminal, especialmente pelo Parlamento, quando este atua como seu

49 SOUZA, Taiguara L. S. e. Estado penal versus Estado democrático de direito: a hipertrofia do poder punitivo e a pauperização da democracia. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 237-255, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_237.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

50 MORAIS, José Luís Bolzan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A crise do Welfare State e a hipertrofia do Estado penal. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 161-186, jul. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p161/25064>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

agente instituidor, com o propósito de promover os ajustes necessários — *accountability* — e buscar justificações, promover motivações, além de selecionar meios, formular novos planos de execução, alocar recursos etc.⁵¹;

iv) um tópico muito importante é o de se exigir de todas as agências formais que exercem o controle penal (Parlamento, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados, Imprensa etc.) e da sociedade civil, por intermédio de suas representações setoriais, uma discussão aberta e séria sobre os rumos da codificação processual penal, especialmente no que tange o repertório de normas do procedimento persecutório em todas as suas fases (policial, judicial e de execução), para que apontem prioridades no contexto de uma reforma da política criminal, com a definição de uma teoria geral de procedimentos, onde sejam clarificados os limites do eficientismo penal e do garantismo individual, além da conjugação de metas de custos/benefícios para o exercício pleno da atividade persecutória e aplicação das correspondentes sanções penais;

v) se faz necessário garantir a simetria de oportunidades entre acusação e defesa em toda a extensão do desdobramento da linha investigação policial/processo judicial, acentuando-se a necessidade de atuação inafastável e incondicional dos órgãos de defesa (Defensoria Pública e Advocacia Privada), de forma contínua desde os primeiros momentos da efetivação da prisão ou da instauração do procedimento investigativo, durante todo o curso do processo judicial e, após, na fase da execução;

vi) a ampliação dos limites de aplicabilidade dos modelos consensuais de resolução de conflitos quanto aos crimes dos grupos A e B, nos termos da Lei n. 9.099/1995, incluindo-se a possibilidade de pagamento de indenizações pecuniárias como forma extintiva da persecução e da consequente punibilidade, quanto aos crimes dos grupos C e D, pode ser um caminho a ser considerado na perspectiva de uma reformulação mais abrangente e alternativa ao modelo persecutório-penal em vigor.

Ademais, todos esses fatores considerados em conjunto devem ser apresentados à sociedade civil não como uma justificativa para as falhas estruturais constantes na administração da chamada “paz e tranquilidade públicas”, mas como oportunidade de reflexão e de propostas de revisão do atual modelo persecutório-penal, marcado pela influência do formalismo exacerbado, pela ineficiência e pelo alto custo e, mais ainda, pela insatisfação de toda a coletividade em toda a extensão do território nacional.

Em suma, a “prioridade de tramitação” de processos criminais, desarticulada de uma política exaustiva de avaliação de novos critérios processuais, no contexto de uma ampla discussão para a modernização do processo penal brasileiro, não resulta num instrumento de política criminal com lastro teórico e pragmático adequado e suficiente para operar como um redutor de tempo e otimizador de rotinas cartorárias, a ponto de ser um fator favorecedor da eficiência do atual sistema persecutório-penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Investigação criminal: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016.

BINDER, Alberto M. Relaciones entre la dogmática penal y la política criminal. In: CÓPPOLA, Patricia. *Derechos fundamentales y derecho penal*. Córdoba: Advocatus, 2006. p. 40-56.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

51 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 184.

- BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 13.285, de 10 de maio de 2016*. Acrescenta o art. 394-A ao Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13285.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.
- BRASIL. *Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 26 fev. 2017.
- 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/L9099.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual penal. *Habeas-corpus* n. 93.767/DF, Brasília, DF, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5546788>>. Acesso em: 26 fev. 2017.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198>>. Acesso em: 26 fev. 2017.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Sobre la Dogmática Jurídica presupuestos y funciones del saber jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 22, p. 235-276, 1982. (Ejemplar dedicado a: Metodologías y Derecho Privado).
- CARDOZO POZO, Rodrigo Cristhian. Más allá del puente: algunas consideraciones sobre el rol de la política criminal. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Chile, ano 16, n. 1, p. 59-90, 2009. Disponível em: <<http://revistaderecho.ucn.cl/index.php/rducn/article/view/445/444>>. Acesso em: 3 mar. 2017.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013. p. 181-200.
- FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.
- GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento policial: inquérito*. 9. ed. Goiânia: AB-Editora, 2002.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.9.1995*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 13. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2010.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAIS, José Luís Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MORAIS, José Luís Bolzan de; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A crise do Welfare State e a hipertrofia do Estado penal. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 161-186, jul. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p161/25064>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *Políticas públicas: o controle judicial e o papel das funções essenciais à justiça*. Curitiba: Prismas, 2015.

RODRÍGUEZ VEGA, Manuel. Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XI*, Valparaíso, Chile, p. 643-686, 2013. Disponível em: <corteidh.or.cr/tablas/r32235.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2017.

ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel. Proceso Acusatorio: hastag constitucional? *Forum03 – Anuario de Derecho Constitucional*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Educa, p. 57-110, 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/greenstone/cgi-bin/library.cgi?a=d&c=Revistas&d=forum3>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUSCONI, Maximiliano A. Principio de inocencia e in dubio pro reo. In: CONGRESO NACIONAL SOBRE EL PROCESO PENAL, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, p. 44-58, nov. 1997. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174765.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

RUSCONI, Maximiliano A. Un sistema de enjuiciamiento influido por la política criminal? In: BAIGÚN, David et al (Coord.). *Estudios sobre la justicia penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005. p. 431-448.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal e pessoa*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

SOUZA, Taiguara L. S. e. Estado penal versus Estado democrático de direito: a hipertrofia do poder punitivo e a pauperização da democracia. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 237-255, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_237.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Segurança pública e os dilemas de uma democracia em crise. In: MACHADO, Bruno Amaral (Coord.). *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013. p. 345-366.

TOZZINI, Carlos A. *Garantías constitucionales en el derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Gestão de Presídios por
Parcerias Público-Privadas: uma
análise das atividades passíveis de
delegação**

**Prisons Management through
Public-Private Partnerships: an
analysis of activities capable of
delegation**

Fernando Borges Mânica

Rafaella Brustolin

Gestão de Presídios por Parcerias Público-Privadas: uma análise das atividades passíveis de delegação*

Prisons Management through Public-Private Partnerships: an analysis of activities capable of delegation

Fernando Borges Mânica**

Rafaella Brustolin***

RESUMO

Neste artigo são analisados os modelos de parcerias público-privadas – PPPs trazidos pela Lei nº 11.079/04, especificamente no que tange a sua adequação à Constituição Federal e aos requisitos previstos pela Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/84. Pelo método hipotético-dedutivo, é aferida a viabilidade jurídica de transferência para a iniciativa privada de cada uma das atividades envolvidas na gestão de uma unidade prisional. Após análise do contexto histórico-normativo da Lei das PPPs e das exigências trazidas pela Lei de Execuções Penais, conclui-se que, à exceção de algumas atividades típicas de Estado descritas no texto, as demais tarefas envolvidas na execução penal podem ser objeto de delegação por meio de concessão administrativa.

Palavras-Chave: Parcerias Público-Privadas. Execução Penal. Delegação.

ABSTRACT

This article analyzes the public-private partnerships (PPPs) introduced by Law 11.079/04, in particular with regard to their adequacy to the Law on Criminal Executions - Law nº 7.210/84. By the hypothetical-deductive method, the legal feasibility of transferring to the private initiative of each of the activities involved in the management of a prison unit is assessed. After analyzing the historical-normative context of the PPPs Law and the demands brought by the Law of Penal Executions, it is concluded that, with the exception of some typical State activities described in the text, the other tasks involved in criminal execution may be delegated through administrative concession.

Key Words: Public-Private Partnerships. Criminal Execution. Delegation.

* Recebido em 10/03/2017
Aprovado em 10/04/2017

** Doutor em Direito do Estado pela USP, Mestre e Graduado pela UFPR, Pós-Graduado em Terceiro Setor pela FGV-SP, Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo-PR, coordenador da Pós-Graduação em Direito da Universidade Positivo-PR. Procurador do Estado do Paraná. Coordenador Científico da ADVCOM Consultores.

*** Bacharel em Direito pela Universidade Positivo – PR. Foi pesquisadora no Programa de Iniciação Científica (PIC) no ciclo 2016.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva discutir a viabilidade jurídica da contratação de parcerias público-privadas – PPPs, previstas pela Lei n. 11.079/04, para gestão de unidades prisionais no Brasil. Para tanto, parte-se da hipótese de que as PPPs podem constituir uma alternativa válida, constitucionalmente, para a construção e gestão de estabelecimentos prisionais, em atenção às exigências trazidas pela Lei de Execuções Penais – Lei n. 7.210/84. Nesse mote, pelo método hipotético-dedutivo, é aferida a viabilidade jurídica de transferência para a iniciativa privada de cada uma das atividades envolvidas na gestão de uma unidade prisional.

O tema é importante, especialmente, em razão dos inúmeros problemas que o sistema penitenciário vem enfrentando, como se percebe da condição precária em termos materiais e estruturais de penitenciárias por todo o país.

O estudo inicia pela análise da Lei das PPPs, com ênfase em sua origem, vocação, modalidades contratuais e hipóteses de uso em tarefas estatais não passíveis de exploração lucrativa. Em seguida, a investigação volta-se para a disciplina jurídica da execução penal, nos termos da Lei nº 7.210/84, em especial no tratamento dado à estrutura necessária para que o cumprimento das penas ocorra de acordo com a Constituição Federal. Na sequência, conciliam-se os dois capítulos anteriores, voltando-se o foco para a constitucionalidade das parcerias público-privadas, com análise detida das atividades que, dentro de um complexo prisional, podem ser delegadas à iniciativa privada. Ao final, apresentam-se as conclusões.

2. NOÇÕES GERAIS DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A crise econômica dos países da Europa ocidental, que se iniciou na década de 1970 e se alastrou pelo mundo nos anos seguintes, deixou à mostra os limites materiais do até então modelo de Estado-providência, revelando a necessidade premente de se conterem os gastos públicos.¹

Maria Sylvania Zanella Di Pietro resume a realidade enfrentada, atualmente, aduzindo que o governante de todos os níveis se depara com duas questões das mais intrincadas. Uma, a de que a situação é de crise, especialmente financeira, o que leva à constatação de que “a Constituição Federal atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento”. Outra, a de que há uma procura desesperada por soluções: “busca de institutos novos, de medidas inovadoras, que permitam ao Estado lograr maior eficiência na prestação dos serviços que lhe estão afetos”.²

Ademais, curial ressaltar que a Constituição Federal de 1988 impôs nítidos limites à atuação direta do Estado na economia. É nesse sentido que o artigo 173, *caput*, estabelece que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”. O artigo 174, por sua vez, atribui ao Estado a função de “agente normativo e regulador da atividade econômica”, cumprindo-lhe as tarefas de “fiscalização, incentivo e planejamento”.

Segundo Augusto Neves Dal Pozzo e Pedro Jatene, fundamental à concretização dos direitos sociais insculpidos como valores fundamentais do Estado Democrático de Direito seria o desenvolvimento de infraestrutura pública, posto que conferiria ao cidadão a adequada prestação de serviços públicos. Desse modo, como o aparato estatal não tinha condições de desenvolvimento estrutural vigoroso, a ele era imprescindível a colaboração do setor privado,³ sem lhe tirar a titularidade da função, mas permitindo a realização de uma

1 TEIXEIRA, Marco Antônio de Rezende. Parcerias público-privadas: aspectos histórico-teóricos e experiências práticas. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* — RPGMBH, Belo Horizonte, n. 1, 2008. p. 250-251.

2 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28-29.

3 Nesse sentido, como bem destacam José Osório do Nascimento Neto e Luciano Elias Reis “Administração Pública, a fim de alcançar a finalidade pública colimada, não dispõe de autossuficiência. Não consegue, individualmente, efetuar todos os atos

série de atividades em regime de colaboração.⁴

A Constituição de 1988, portanto, redireciona o poder público para o cumprimento de um novo papel: o Estado deixa de ser o executor e passa a planejar e fiscalizar. Essa redefinição estatal tornou-se, ainda, mais evidente a partir da Emenda Constitucional no 19/98, que introduziu na Carta Magna o princípio inafastável da eficiência.

Não apenas a busca e o cumprimento dos meios legais e aptos ao êxito são apontados como necessários ao bom desempenho das funções administrativas mas também o resultado almejado. Com o advento do princípio da eficiência, é correto dizer que a Administração Pública deixou de se legitimar, apenas, pelos meios empregados e passou — após a Emenda Constitucional n. 19/98 — a legitimar-se também em razão dos resultados obtidos.

Nesse contexto, e ainda em consonância com as diretrizes da Reforma Gerencial,⁵ no ano de 2004 elaborou-se a Lei nº 11.079,⁶ de 30 de dezembro de 2004, a qual trouxe ao direito brasileiro novo modelo de contrato de concessão pública, denominado parceria público-privada. Essa lei regulamentou a possibilidade de realização de determinados arranjos que não eram possíveis anteriormente. Sua legislação específica tem como objetivo a transferência a prestação exclusiva de serviços geralmente onerosos das mãos do Estado, no entanto, diversamente do proposto pelas concessões comuns,⁷ em arranjo contratual em que cabe ao parceiro público a remuneração parcial ou integral do particular contratado.

A definição legal do instituto da parceria público-privada consta no art. 2º da Lei Federal nº 11.079/04, o qual conceitua, também, suas modalidades e algumas vedações à seu objeto. Nas palavras de Marçal Justen Filho,

Parceria Público-Privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.⁸

Assim, definem-se as parcerias público-privadas como contratos que estabelecem vínculo obrigacional entre a Administração Pública e a iniciativa privada com o objetivo da implementação ou gestão, total ou

necessários para a consecução e efetivação dos interesses públicos primários. Por isso, resta indispensável que a Administração Pública firme ajustes com terceiros, para buscar junto a eles a contribuição necessária para o alcance de seus desideratos”. NASCIMENTO NETO, José Osório do; REIS, Luciano Elias. O princípio da diferença da teoria da justiça de Rawls face às transferências voluntárias e à gestão associada de serviços públicos pela administração pública: análise indispensável para a distribuição justa de recursos públicos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 1, n. 1, p. 25, 2011.

4 DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os Principais Atrativos das Parcerias Público-Privadas para o Desenvolvimento de Infraestrutura Pública e a Necessidade de Planejamento Adequado para sua Implementação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.52.

5 Note-se que o Artigo 4º da Lei nº 11.079/2004 faz questão de legitimar a parceria público-privada instituindo como diretriz para sua celebração a busca pela “eficiência no cumprimento das missões do Estado”, traço claro dos objetivos da Reforma Gerencial.

6 Importante salientar que já existiam, no direito brasileiro, em legislação infraconstitucional, dispositivos acerca da celebração de parcerias entre o público e o privado. Os Estados de Minas Gerais, com a Lei nº. 14.868/03, de Santa Catarina, com a Lei nº. 12.930/04, e de São Paulo, com a Lei nº. 11.688/04 são exemplos de estados que possuem lei estadual com regras específicas sobre o tema. No entanto, com o advento da lei federal específica, as normas que regulam as parcerias público-privadas integram um plexo normativo amplo, sem derogar regras específicas, e, por isso, não podem ser analisadas de forma isolada. ROSENBERG, Luís Paulo. O enfoque multidisciplinar das Parcerias Público-Privadas. In: TALAMINI, Eduardo; SPEZIA JUSTEN, Monica (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.13.

7 As concessões comuns foram, legalmente, regulamentadas pela Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que tratou das possibilidades de concessões e permissões dos serviços públicos para a iniciativa privada, mantendo ao Estado a titularidade dos serviços. O modelo trazido pela Lei pressupõe contratos administrativos entre o público e o privado, mais especificamente contratos de concessão em sentido amplo, em que a contraprestação é obtida pelo concessionário contratado (ente privado) sempre e unicamente por pagamento pelos usuários do serviço, por meio de cobrança de tarifas. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.336.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549.

parcial, de obras, serviços ou atividades de interesse público, sob contrato administrativo de concessão, de modalidade patrocinada ou administrativa, em que o parceiro privado assume a responsabilidade pelo financiamento, investimento e exploração do serviço, atentando-se, além dos princípios administrativos gerais, aos princípios específicos desse tipo de parceria, dispostos em sua Lei federal.

Desse modo, observando-se os padrões da legislação brasileira, nota-se que a PPP dispõe de uma arquitetura jurídica que permite ao particular ser mais que simples executor de tarefas determinadas pela administração, eis que a ele é outorgada a responsabilidade de produzir infraestrutura para, posteriormente, utilizá-la para a venda de serviços ao parceiro público, durante um prazo determinado. Há que se destacar algumas características basilares da PPP; o investimento privado é amortizado pela exploração econômica do empreendimento (ou pela contraprestação pecuniária do ente público); o pagamento ao particular só ocorre após a efetiva disponibilização do serviço; a remuneração do contratado é uma contrapartida pela utilidade-fim (e não uma remuneração individualizada por tarefa); a PPP visa obter a máxima eficiência na aplicação dos recursos públicos e, para tanto, “o contratado assume obrigações de resultado e não apenas de meio, e tem flexibilidade na forma de execução”.⁹ Ademais, a lei que disciplina as PPPs veda a lei a celebração de parceria para contratos cujo valor seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), cujo período de vigência seja inferior a cinco anos, e quando o único objeto for o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Portanto, o estudo das PPPs apresenta, assim, não só uma dimensão jurídica, que se evidencia na evolução construtiva dos instrumentos de parceria entre o setor público e privado, mas também uma dimensão econômica, retratada na sua vocação a configurar um certo modo de financiamento de infraestrutura pública, e outra política, por significar a PPP uma técnica afetada à política desenvolvimentista.¹⁰

3. MODALIDADES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A lei federal nº 11.079/04 instituiu duas modalidades de contratação por meio de PPPs. A diferenciação entre ambas reside, essencialmente, à forma de remuneração do parceiro privado e ao objeto adotado em cada uma delas.

Quanto à remuneração, tem-se que a modalidade patrocinada se caracteriza pelo fato de a remuneração do ente privado advir do pagamento de tarifa pelo usuário e, adicionalmente, de contraprestação do ente público.

Luciano Ferraz aduz que “as concessões patrocinadas são típicos contratos de concessão de serviços públicos de que trata a Lei n. 8.987/95”, vislumbrando-se uma relação tripartite, com a presença do poder concedente (administração pública), concessionário (ente privado) e usuário. Destaca o autor que, em termos de remuneração, o parceiro privado faz jus, além da tarifa cobrada diretamente dos usuários, a uma contraprestação pecuniária a ser paga pelo parceiro público.¹¹

Ainda no que tange ao sistema de remuneração, em complemento, Di Pietro leciona que, enquanto na concessão tradicional a contraprestação do poder público é excepcional, na concessão patrocinada ela é obrigatória. Segundo a autora:

9 TEIXEIRA, Marco Antônio de Rezende. Parcerias público-privadas: aspectos histórico-teóricos e experiências práticas. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* — RPGMBH, Belo Horizonte, n. 1, p. 250-251, 2008.

10 Dá-se o nome de desenvolvimentismo a qualquer tipo de política econômica baseada na meta de crescimento da produção industrial e da infraestrutura, com participação ativa do estado, como base da economia e o consequente aumento do consumo. OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico* (Lei n. 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 33-37.

11 FERRAZ, Luciano. Parcerias público-privadas: sistemática legal e dinâmica de efetivação. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* — RPGMBH, Belo Horizonte, n. 1, p. 211-217, 2008. p. 212.

[...] contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.¹²

Desse modo, pode-se conceituar a PPP na modalidade patrocinada como o contrato de concessão especial, por meio do qual o parceiro privado presta um serviço público à sociedade, cabendo-lhe a responsabilidade pelos investimentos em infraestrutura, sendo sua remuneração oriunda do pagamento de tarifa pelos usuários e de contraprestação pelo parceiro público.

Já na concessão administrativa, o usuário direto ou indireto dos serviços ofertados pelo ente privado é a própria administração pública, cabendo a ela, com exclusividade, pagar a remuneração ao parceiro privado.

Tem-se, portanto, que a modalidade administrativa é encampada pelos contratos de prestação de serviços, tendo, de um lado, como ofertante, o parceiro privado, e, de outro lado, como consumidor do serviço, a administração pública (de forma direta ou indireta). Nesse sentido, segundo Ferraz:

As concessões administrativas são contratos de prestação de serviços de que a Administração é a usuária direta ou indireta (a relação é bilateral: contratado + Administração), ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Em verdade, este tipo de contrato é uma prestação de serviços em prol da Administração Pública com longo prazo, escapando da limitação temporal de cinco anos (excepcionalmente seis anos) prevista na Lei n. 8.666/93.¹³

Quanto ao objeto da contratação, as concessões comuns e patrocinadas podem ter como objeto serviços públicos e serviços públicos precedidos da execução de obra pública.¹⁴

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos Administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob regime de Direito Público — portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Já as concessões administrativas poderão ter como seu objeto a prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Trata-se, portanto, de definição ampla, que pressupõe a prestação de serviços prestados direta ou indiretamente à Administração. Quando prestados diretamente, serão serviços gerais tomados pela Administração (à semelhança do que se passa com a prestação de serviços regulada pela Lei nº 8.666/93). Quando prestados indiretamente, à Administração estarão endereçados, diretamente, aos administrados, figurando, daí, a Administração como usuária indireta. Nessa hipótese, o objeto da concessão administrativa poderá envolver a prestação de serviços públicos econômicos (passíveis da aplicação do sistema tarifário) ou de outros serviços não tarifáveis (técnica ou juridicamente) prestados aos usuários, mas tomados (remunerados) pela Administração.

Esses serviços podem ser classificados em serviços administrativos, sendo estes aqueles prestados diretamente à Administração e serviços públicos tarifáveis ou econômicos, sendo estes aqueles tomados,

12 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 28-29.

13 FERRAZ, Luciano. Parcerias público-privadas: sistemática legal e dinâmica de efetivação. Revista da *Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* — RPGMBH, Belo Horizonte, n. 1, p. 211-217, 2008. p. 212-213.

14 De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos Administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob regime de Direito Público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 620.

indiretamente, pela Administração.¹⁵

As concessões administrativas de serviços administrativos podem envolver serviços de uso restrito pela Administração ou outros de que se utiliza diretamente a coletividade. A concessão para manutenção de estabelecimento prisional, principal foco deste estudo, figura como um exemplo desse modelo, no qual, tais serviços não podem ser considerados fruíveis pelos administrados. Os presidiários, *in casu*, encontram-se em condição de custodiados do Estado, e a atividade prestada é feita diretamente à Administração.

Já os serviços públicos tarifáveis ou econômicos figuram em condição técnica plena para figurarem-se conforme a concessão comum de serviços públicos ou a concessão patrocinada, mas, por uma decisão política do Estado, opta-se pela desoneração dos usuários do serviço, com o financiamento inteiramente custeado pela Administração. Essa figura na relação como usuária indireta.

Por fim, há a possibilidade da concessão administrativa para a delegação da gestão de serviços sociais e serviços públicos não econômicos, instaurando relação triangular, em que a Administração é usuária indireta dos serviços prestados e a população usuária direta. Esses serviços não são considerados unicamente públicos, mas também sociais, havendo, segundo a Constituição, a necessidade de sua gratuidade, como é o caso da saúde e educação. Ademais, além destas, é possível adotar como objeto a concessão do uso do bem público e a concessão de obra pública.¹⁶

Portanto, a criação dessa nova fórmula contratual — a concessão administrativa — viabilizou um arranjo para a obtenção de serviços para o Estado antes impossível: aquele em que o particular investe, financeiramente, na criação de infraestrutura pública necessária à existência do serviço e ajuda a concebê-la.¹⁷

4. NOÇÕES GERAIS DE EXECUÇÃO PENAL E REQUISITOS BÁSICOS DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

No Estado Democrático de Direito, o aparato estatal detém, em seu monopólio, o direito de punir, também chamado de *ius puniendi*. Esse direito confere ao Estado poderes para, após a identificação das condutas tidas como ilícitas e reprováveis pela sociedade, aplicar a pena e reprimir todos aqueles que não respeitarem à legislação pátria. Segundo as lições de Antônio José Miguel Feu Rosa, o direito de punir é: “a reação social contra aquele que fez o que não devia fazer, ou não fez o que devia fazer, afrontando, por conseguinte, disposição legal. Tem, portanto, como pressupostos, uma disposição supra individual e sua violação.”¹⁸

À vista disso, entende-se a execução penal como a legitimação do direito de punir por meio da aplicação de uma pena. Esta é a consequência da prática de uma conduta tida como típica, a qual gera a obrigação de sujeição à pena nos termos e limites estabelecidos pela sentença condenatória proferida em juízo. Dessa maneira, instaura-se relação jurídico-administrativa entre aquele que praticou tal conduta e aquele que é legitimado a puni-la, sendo este o Poder Estatal.¹⁹ O liame jurídico entre o condenado e a Administração Pública, sendo esta representada pela autoridade penitenciária responsável pelo estabelecimento onde se

15 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 170.

16 A concessão de uso de bem público se dá por contrato administrativo pelo qual o poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica. A concessão pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, mas deverá ser sempre precedida de autorização legal e, normalmente, de concorrência para o contrato. A concessão de obra pública, por sua vez, vislumbra acerca de um contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários de obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona. GASPARI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 860-861.

17 SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 29.

18 ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 4.

19 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2014. p. 243.

cumprimento da pena, é o que se conhece por relação jurídico-penitenciária, a qual tem seu início com a entrada no estabelecimento penal e extinção com a sua saída.

Entretanto, apenas com o advento da Lei de Execução Penal, em 11 de julho de 1984, o estudo do chamado direito penitenciário consolidou-se no Brasil. A lei de execução penal brasileira tem como sua principal base, presente em sua Exposição de Motivos, a busca pela efetivação da execução penal por meio da preservação dos bens jurídicos e da reincorporação do homem que praticou um delito à comunidade, promovendo-se valores de reintegração, reeducação e ressocialização do apenado à sociedade após o cumprimento de sua pena.

Desse modo, a tendência moderna é de que a execução da pena deve estar programada de modo a corresponder à ideia de humanizar, além de punir. Deve afastar-se a pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em não criminoso. Por isso, diz Miguel Reale Junior, não deve deixar-se de visar à educação do condenado, criando-se condições por meio das quais possa, em liberdade, resolver os próprios conflitos da vida social, sem recorrer ao caminho do delito.²⁰

Para isso, conforme disciplinado na Lei 7.210/84, os estabelecimentos penais devem cumprir normas e requisitos específicos para a efetivação do objetivo da lei de execuções penais, de modo que se preze pela garantia de seu objetivo ressocializador.

A começar pela estrutura material do presídio, a qual não pode chocar-se com a base ético-pedagógica do sistema penitenciário, e da arquitetura, que deve ser funcional para evitar-se o desperdício do tempo, impedirem-se problemas carcerários, tais como fugas, rebeliões, prática de crimes dentro do estabelecimento, entre outros, e possibilitar-se o adequado desenvolvimento da execução penal. De acordo com Alvíno Augusto de Sá:

[...] há que se repensar profundamente a questão carcerária, e a começar da própria edificação, do próprio arranjo arquitetônico do presídio. Tal arranjo pode estar a serviço, seja de uma piora gradativa da qualidade de adaptação da conduta do preso, rumo à reincidência, seja de uma melhora gradativa, rumo à ressocialização e readaptação social.²¹

Assim, observa-se a extrema importância da construção de estabelecimentos prisionais que, a partir de seu projeto arquitetônico e funcional, contém com a utilização dos materiais adequados à construção do edifício e com o implemento de aparatos tecnológicos que possam contribuir com a execução penal, se prezando a garantir o correto cumprimento da pena, de acordo com o que prevê a lei federal que a disciplina.

Outro requisito de necessária observação diz respeito às modalidades de estabelecimentos prisionais, as quais não podem ser confundidas. Segundo o entendimento moderno,²² o que diferencia os estabelecimentos penais e os caracteriza são as condições gerais que configuram e consubstanciam os diversos regimes de execução das sanções. Segundo artigo 82 da referida Lei, os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e também ao egresso.

As chamadas penitenciárias destinam-se aos reclusos condenados a cumprir penas em regime fechado, segundo o disposto no artigo 83. Já as cadeias públicas devem ser destinadas ao recolhimento dos presos provisórios, à espera da sentença condenatória. Esses dois modelos são o principal foco deste estudo, sobre os quais se propõe a implementação de parcerias público-privadas para seu gerenciamento.²³

20 REALE JUNIOR, Miguel. *Novos Rumos do Sistema Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 77.

21 SÁ, Alvíno Augusto de. Arquitetura carcerária e tratamento penal. *Revista dos Tribunais*, v. 651, p.247-257, jan. 1990.

22 Os estabelecimentos penais obsoletos não eram diferenciados de acordo com estas características, pois se destinavam apenas à reclusão dos indivíduos em espera de sua sentença condenatória. GIAMBERARDINO, André; PAVARINI, Massimo. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 181.

23 Em nosso ordenamento jurídico, inexistem profundos estudos acerca da utilização de modelos como as Parcerias Público-Privadas para os outros modelos de cumprimento de pena. Visto à necessidade imediata de profundas mudanças nos estabelecimentos referentes aos regimes aberto e provisório, propõe-se a utilização desse modelo, sumariamente, nesses casos.

No entanto, curial salientar que embora os presos pertencentes a categorias diversas devam ser alojados em diferentes estabelecimentos, de acordo com o sexo, situação processual e regime penitenciário, dispõe a lei, em seu artigo 86, que “o mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados”. Desse modo entende-se que o modelo de estrutura a ser estudado pode se aplicar em todos os casos, devido à dificuldade material de construção de centros penitenciários distintos em sítios diversos.

Portanto, seja qual for o modelo de estabelecimento, sua arquitetura deve ter preocupações mais amplas, partindo-se do pressuposto de que as horas do preso deverão ser repartidas em descanso, trabalho, educação, atividades recreativas, religiosas ou esportivas, independente do tipo de estabelecimento em que este se encontra. Disto decorre a exigência de que o estabelecimento prisional contenha locais adequados para o desenvolvimento de todas estas tarefas, para que, possa-se realizar o cumprimento de pena de todos os cidadãos de acordo com a legalidade e o respeito aos seus direitos. Além disso, são desaconselháveis as prisões de grandes dimensões, não convindo excederem a capacidade de 350 condenados, limite máximo geralmente indicado pelos estudos penitenciários.

Por esse motivo, o legislador não se preocupou em estabelecer critérios taxativos a cada um dos modelos de estabelecimentos prisionais. O que deve ser observado, independentemente do modelo, são as regras mínimas trazidas pela Lei de Execução, segundo determinações internacionais de reclusão.

Outro requisito de extrema importância diz respeito às condições da cela dos apenados. A Lei de Execução adota, sem exceções, a regra da cela individual, com requisitos básicos de salubridade e área mínima. Por esse motivo, determina-se que, na penitenciária,²⁴ a cela individual deve conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório, tendo como requisitos básicos: (a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e (b) área mínima de seis metros quadrados. Essas regras básicas deveriam estar presentes em todas as penitenciárias para garantir condições mínimas e preservar os direitos fundamentais do preso. Dessa maneira, obedece-se, também, ao disposto nos itens 9 a 14 das regras mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955 pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes.²⁵

Além destes, no que tange às áreas comuns, os estabelecimentos devem, de acordo com seus requisitos mínimos à promoção da Execução Penal e conforme suas respectivas naturezas, conter, em suas dependências, áreas e serviços relacionados à assistência promovida pela Administração, bem como à educação, trabalho, recreação e prática esportiva. Além destes, devem conter espaço reservado ao estágio de estudantes universitários.²⁶

Nesse sentido, especial atenção merecem as atividades assistenciais que devem ser prestadas pela administração de um estabelecimento prisional. No eixo assistencial, estão atividades materiais, relativas à saúde, jurídicas, educacionais, sociais e religiosas, todas contempladas nos Artigos 10 a 27 da Lei nº 7.210/84, e indispensáveis à execução penal.

Outro requisito diz respeito à localização das penitenciárias. Por razões de segurança, determina-se que a penitenciária de penais diz respeito aos órgãos responsáveis por sua fiscalização. Os homens seja construída em local afastado de centros urbanos. Entretanto, a localização do estabelecimento não deve restringir a

24 A lei não traz esse requisito para as cadeias públicas, no entanto, as Regras Mínimas de Tratamento de Reclusos da ONU dispõe que as celas ou quartos destinados ao isolamento noturno não deverão ser ocupadas por mais de um preso.

25 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Regras mínimas para o tratamento de reclusos* – 1955. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. Acesso em 30 ago. 2016.

26 MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 12. ed. ver. ampl. atual de acordo com a Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 127.

possibilidade de visitação aos presos, o que é fundamental no processo de sua reinserção social. O cumprimento de pena no local de residência do condenado é mera faculdade, não um direito líquido do condenado, não se retirando do juiz competente o poder de decidir sobre a conveniência e oportunidade do cumprimento da pena em qualquer estabelecimento penal.

Por fim, outra exigência ao funcionamento dos estabelecimentos penais deverão, segundo a Lei, ser organizados e regulados por meio dos chamados órgãos de execução penal. Esses órgãos incluem o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Juízo da Execução, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato e o Conselho da Comunidade. Tais órgãos resguardam valioso contingente de informações, de análises, de deliberações e de estímulo intelectual e material às atividades de prevenção à criminalidade e ao escopo ressocializador da Lei de Execuções Penais.

5. ATIVIDADES QUE COMPÕEM A EXECUÇÃO PENAL PASSÍVEIS DE DELEGAÇÃO À PARTICULARES

As parcerias público-privadas com objeto prisional tratam-se de concessões administrativas de serviços administrativos prestados diretamente à Administração e sua análise merece especial atenção. Isto porque, devido às funções típicas estatais a que se relaciona, o modelo exige cuidados quanto à delimitação de suas possibilidades de delegação.

De acordo com a Lei 11.079/04, ao que preconiza o cânone do seu inciso III do Artigo 4º, a atividade jurisdicional, de poder de polícia, sendo este, em seu sentido amplo, e de regulação, além das demais atividades típicas do Estado encontram-se indelegáveis como atribuições típicas do estado, e, portanto, não podem ser objeto de concessões em parcerias público-privadas. No entanto, caracterizam a atividade de execução de pena, que se revela de natureza complexa, um conjunto de atividades de natureza distinta: a função jurisdicional, a função administrativo-jurisdicional e a função administrativa.²⁷

A atividade jurisdicional compreende funções precípua do Poder Judiciário, como a elaboração de sentenças judiciais (condenatórias, constitutivas ou declaratórias) e, conjuntamente a estas, o controle de sua aplicação prática, que é, por óbvio, indelegável aos particulares.

Já as atividades que envolvem função administrativo-jurisdicional são as relacionadas à concretização da função jurisdicional, tais como as atribuições de caráter disciplinar. São competências desempenhadas pelos órgãos fiscalizadores citados alhures, por exemplo, e, evidentemente, não podem ser objeto de trespasse. Nessa categoria incluem-se a atividade regulatória e o exercício do poder de polícia, expressamente vedados à delegação pelo artigo 4º, inciso III, da Lei das PPPs.

As atividades que englobam a noção de polícia administrativa encontram-se vocacionadas à disciplina e manutenção da ordem pública e gozam da prerrogativa do Estado em utilizar a força como maneira de coerção aos particulares. Esta é uma manifestação imperativa em decorrência do poder político legitimado, denominada como polícia administrativa. Ora, adjacente ao conceito de poder de polícia trazido como exteriorização do poder republicano estatal, há o conceito de polícia judicial, o qual engloba as atividades instrumentais à prevenção de ilícitos penais e à repressão criminal, estas são intransferíveis aos privados pela evidência de que é o Estado o único legitimado à escolha política acerca dos interesses sociais subjacentes à manifestação coativa do Poder Público.²⁸

27 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: Parceria Público-Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 258.

28 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia - em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.389-390.

Já a atividade de regulação diz respeito ao exercício estatal de fiscalização, mormente assistido em casos de descentralização de funções administrativas por meio da delegação de atividades e serviços a pessoas jurídicas de direito privado, por meio das Agências Reguladoras. Estas são dotadas de independência decisória e devem, necessariamente, estar sob disciplina de direito público, sem a possibilidade de delegação de sua função.

Em relação à expressão “demais atividades típicas do Estado”, não restam incontestes quais as atividades indelegáveis de acordo com o que delimita o texto legal e sua desinente aplicação concreta. Ao que parece, a despeito da ausência taxativa do Artigo 4º, inciso III da Lei 11.079/04, cabe ao contrato de parceria público-privada delimitar quais são as competências delegadas e, dentre as vedações trazidas pelo artigo, se seriam passíveis de tal delegação.

No entanto, apesar da reconhecida indelegabilidade de competências sobre as quais implicam o poder decisório e coercitivo do Estado, são notórias algumas hipóteses que possibilitam aos particulares o desempenho de atividades materiais e instrumentais, ou seja, aquelas não dotadas de manifestação dos poderes exclusivos do Estado. Essas atividades, classificadas como preparatórias ou sucessivas, são, também, conhecidas como “serviços instrumentais” à expressão jurídica do poder de polícia e, portanto, as atividades meramente administrativas que compõem a complexa atividade de execução da pena.

Desse modo, os serviços meramente instrumentais e muitas vezes de conteúdo técnico, que não exprimem funções dotadas da imperatividade e tampouco poder de decisão do Estado, bem como serviços de mera estruturação e verificação, encartadas no exercício de atividade de polícia, mediante, basicamente, o credenciamento alinhavado, são passíveis de transferência, enquanto as atividades de emissão de um ato jurídico administrativo não configuram essas espécies, segundo Adilson Abreu Dallari.²⁹

As atividades assistenciais previstas nos artigos 10 a 27 da Lei de Execução Penal que expressem relação meramente instrumental e não envolvam qualquer tipo de coerção são delegáveis, por exemplo. A assistência material, disciplinada nos Artigos 12 e 13 da Lei nº 7.210/84, compreendida em funções de fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços de limpeza e lavanderia não apresenta quaisquer manifestações de coerção ou atividade decisória, podendo ser trespassada a fim de promover os direitos fundamentais já há muito não preservados em ambiente carcerário.

Já assistência à saúde e educação, compreendidas nos Artigos 14 e 17 a 21 da referida Lei, poderão ser caracterizadas como meramente administrativas caso não expressem relação direta com as condições da execução da pena. Por estarem estritamente relacionadas ao escopo ressocializador, podem caracterizar progressão de regime dos presos, por exemplo. No caso da assistência à saúde, um diagnóstico dado que embasa a progressão de regime contém carga decisória e não pode ser realizado por particulares, como o trabalho exercido por psiquiatras, à título exemplificativo. Por isto, como regra poderão ser delegadas, excluídas as exceções supramencionadas.

A despeito dos serviços de assistência jurídica aos reclusos, previstos nos Artigos 15 e 16, há na lei a imposição da prestação jurídica gratuita realizada pela Defensoria Pública, com a presença de agentes desse órgão dentro e fora dos estabelecimentos prisionais. Este conta como requisito à construção de estabelecimentos prisionais, os quais, em sua construção e manutenção, deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública instalada dentro dos complexos prisionais.

Quanto aos Artigos 22 e 23 e 25 a 27, referentes à Assistência Social prestada dentro e fora do estabelecimento prisional, deve ser observado, novamente, o caráter de poder decisório incumbido nos atos prestados por estes dentro do estabelecimento. Tais atividades mantêm relação direta com a progressão de pena e com as aplicações de sanções aos apenados. Por meio de relatórios e diagnósticos enviados ao juízo responsável e

²⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 50.

ao diretor do estabelecimento, bem como as demais atribuições especificadas nos incisos I a VII do Artigo 23, essa assistência pode ter caráter sancionatório, não cabendo, em regra, sua delegação ao particular.

Já as funções desempenhadas pelo pessoal em um estabelecimento prisional distinguem-se de acordo com suas atividades específicas. A possibilidade de contratação privada contrapõe-se à necessidade de prestação de tais tarefas por servidores públicos.

Por esse motivo, entende-se que a contratação de pessoal que realize funções de direção e gerência não poderá ser delegada, sendo estes, necessariamente, servidores públicos. Isto, porque detém, em seus atos, carga decisória quanto às coerções aplicadas aos reclusos e representam prolongamento da função jurisdicional típica estatal.

Quanto ao pessoal especializado ou técnico e ao pessoal de instrução técnica, há que se observar a possibilidade de caráter decisório em suas atividades de acordo com o caso concreto. No entanto, em regra, poderão ser contratados particularmente. Já quanto ao pessoal de vigilância, é vedada a possibilidade de delegação de sua contratação, visto à pujante manifestação típica de função de coerção estatal.

No entanto, no que tange à indelegabilidade absoluta de tarefas relacionadas à segurança dos estabelecimentos prisionais, existe o entendimento de que atividades que compreendem a segurança e monitoramento interno apresentam alguns pontos de conexão com o exercício de coerção pelo Estado, havendo, portanto, ofícios que não exprimem, diretamente, a coerção estatal.³⁰ A estas, é imprescindível que se analise, de maneira específica, como se realizam tais tarefas e como se ligam ao exercício punitivo.

Por isso, em relação à segurança interna, existem atividades que não geram dúvidas quanto à possibilidade de delegação, como o fornecimento de materiais e equipamentos, visto à maior efetividade dos particulares em buscar novos aparatos tecnológicos que possam garantir melhores condições de controle dos presos.³¹

Entretanto, tais possibilidades devem ser objeto de ampla programação prévia pela Administração, com indicação precisa dos equipamentos a serem utilizados, os locais onde serão instalados e seus respectivos modos de funcionamento. Nesse caso, a instalação por particulares, também, parece possível, pois não há autonomia auferida, de acordo com critérios fixados pela Administração. No entanto, curial frisar que quaisquer inovações devem passar pelo crivo da Administração, responsável em analisar se é possível atribuir ao particular o controle de tal tarefa. Ainda, de acordo com a Aline Lícia Klein,

Parece-nos que a delegabilidade dessas atividades dependerá da avaliação do grau de programação prévia que se sujeitam e da margem de autonomia conferida ao particular na sua operação. Reputamos ser possível a atribuição de algumas dessas atividades a particulares desde que todos os aspectos e critérios de seu exercício sejam previamente determinados pela Administração, de modo objetivo, e não envolvam o exercício de coerção.³²

Destarte, no âmbito de atividades de apoio tecnológico ao controle da vigilância e segurança em estabelecimentos prisionais, desde que conforme regulamentação por parte da Administração, é possível ao parceiro privado o provimento de serviços dessa natureza. Para Vernalha Guimarães, “não há, na hipótese, qualquer vício legal ou constitucional invocável com fundamento na “quebra de um equilíbrio imanente entre privados” ou mesmo pelo risco do exercício ilegítimo da coação entre um particular em face de outro.³³

30 KLEIN, Aline Lícia. A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 698.

31 Relevante citar a evolução tecnológica trazida por torneleiras eletrônicas, já utilizadas no Brasil e desenvolvidas por empresas privadas, as quais, em parcerias com o Estado implantaram-se sistema para vigilância, sem que o particular retire da esfera do Estado seu poder coercitivo.

32 KLEIN, Aline Lícia. A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 699.

33 O autor, ainda, cita as inúmeras atividades que pressupõe o uso da violência a privados, sem a transferência do poder de polícia, regulamentadas em nosso ordenamento, como a Lei 7.012/1983, a qual dispõe sobre empresas privadas de vigilância. GUIMA-

Como último aspecto a considerar-se acerca da possibilidade de delegação, há ao trabalho realizado pelos presos dentro dos estabelecimentos prisionais. Essa forma de arranjo contratual corresponde à possibilidade de gestão mista de presídios, havendo a exploração do trabalho remunerado dos reclusos por particulares.³⁴

De acordo com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a aplicação desse modelo apresenta óbices por tratar-se de disposição vedada pela Constituição Federal.³⁵ Desse modo, apenas os trabalhos voluntários poderiam ser considerados para tanto, o que faz decorrer dificuldade de sua aplicação prática como modelo a ser estruturado. Ademais, a possibilidade de uma equação financeira pautada exclusivamente pela exploração do trabalho facultativo dos presos não é discutível, pois se verifica arranjo com desequilíbrio em desfavor da Administração contratante, em razão da natural instabilidade da força do trabalho carcerário.³⁶

No entanto, não há vedação legal à hipótese (trabalho facultativo), estando, na própria Lei de Execução Penal, a possibilidade de o produto de remuneração contribuir à manutenção do preso em estabelecimento prisional. Além deste, segundo o parágrafo 2º do Artigo 34 da LEP, introduzido pela lei 10.792/03: “Os Governos Federal, Estadual e Municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio aos presídios”.

Além disso, nos Artigos 31 a 34 da LEP, há a possibilidade do trabalho interno realizado em favor de pessoa jurídica de direito privado em âmbito federal, em casos de fundações ou empresas públicas. Desse modo, apenas se constar de autorização supletiva, por tratar-se de matéria não afeta ao regramento geral federal, em vista à autonomia administrativa dos entes federativos, a utilização de tal forma de trabalho é juridicamente possível. Ao trabalho externo, admite-se, de acordo com o artigo 36, o trabalho apenas em serviços ou obras públicas, com, em ambos os casos, consentimento do preso.

Destarte, é possível a utilização do trabalho remunerado como fator de composição da remuneração ao prestador-gerador de serviços gerais no sistema de cogestão de presídios, como forma de receita acessória à contraprestação paga pelo Estado. No entanto, a hipótese deverá atender aos demais princípios da Lei de Execução Penal, inclusive e precipuamente no que tange ao caráter educativo do trabalho. Este deverá ser motivado como forma de promoção da ressocialização e combate ao ócio comumente observado em ambiente carcerário. Além disso, sua fiscalização deverá ser feita por meio de agentes públicos, seja no trabalho em favor de empresa particular ou pública.

Por fim, há que se frisar que, em se tratando de parcerias público-privadas com estabelecimentos prisionais como objeto, por versar-se de atividades exclusivamente estatais e sua aplicação prática, o arranjo contratual entre o parceiro público e o privado deverá ser elaborado com cláusulas específicas e regulamentadas de acordo com suas exatas possibilidades de delegação.³⁷ Por esse motivo, um dos principais objetivos a serem atingidos com a prévia programação dos critérios e procedimentos a serem observados na execução das atividades delegadas é assegurar a objetividade e impessoalidade na atuação dos particulares envolvidos.

RÃES, Fernando Vernalha. “As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

34 Essa possibilidade já constou, inclusive, de proposta de Edmundo Oliveira, Pós-Doutor (Ph.D.) em Direito Penal e Criminologia e consultor da Organização das Nações Unidas (ONU), em reunião ordinária do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, realizada no Ministério da Justiça, em Brasília, no dia 27.01.1992. “Proposta de regras para o programa de privatização no sistema penitenciário brasileiro”. OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 198.

35 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: XLVII - não haverá penas: c) de trabalhos forçados.

36 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 432.

37 Oportuno mencionar a existência do PL 513/2011, de autoria do Senador Vicentinho Alves, que estabelece normas gerais para a contratação de Parceria Público-Privada para a construção e administração de estabelecimentos penais visto a relevância pública da matéria, em trâmite no Senado Nacional.

A necessidade de objetividade na execução de atividades delegadas encontra-se, diretamente, vinculada ao princípio da impessoalidade. O risco de que elementos subjetivos influenciem o desempenho da atividade pública consiste em um dos óbices opostos ao exercício privado de atividades de polícia.³⁸

Assim, torna-se possível afastar grande parte das críticas que o modelo enfrenta. Os argumentos representativos da tese opositora à ideia se alternam (a) na impossibilidade de delegação de atividades envolvidas com coerção; (b) na imoralidade de se produzir juridicamente a submissão de um particular a outro; (c) na impossibilidade de se transferir atividades concretizadoras da função jurisdicional do Estado.

Não se contrapõe à proposta das PPPs o argumento da impossibilidade de delegação de atividades envolvidas com coerção. Conforme elucidado, atividades meramente acessórias (administrativas) não apresentam óbice constitucional quanto à sua delegação a particulares e não exprimem relação de coação, tampouco poder de polícia, tendo caráter, meramente, instrumental a execução da pena.

Quanto ao argumento da natureza ética que condena a manifestação de força de um indivíduo sobre o outro, não há, no modelo tratado, manifestação de força de indivíduo particular sobre outro, visto que todos os servidores do quadro que exprimam qualquer função disciplinar devem ser servidores públicos. Isto porque estes representam alongamento do Estado, não havendo inconstitucionalidades em suas funções.

Além disso, quanto à referida imoralidade no caso, vale ressaltar que, no ordenamento pátrio, existem inúmeras atividades que pressupõem o uso da violência por privados, sem a transferência do poder de polícia. Cita-se a Lei nº 7.012/84, que dispôs, dentre outras matérias, sobre o funcionamento de empresas que exploram o serviço de vigilância e o processo expropriatório, sede em que, muito embora haja a reserva pela pessoa política da competência de editar o ato declaratório de utilidade pública ou interesse social, empresas concessionárias poderão desempenhar os atos decorrentes da desapropriação, conforme o Artigo 3º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Além destes, a prisão em flagrante e o exercício da legítima defesa do interesse alheio também são exemplos.

No que diz respeito à impossibilidade de transferência de atividades concretizadoras da função jurisdicional, não parece que tal argumento tenha procedência. Como visto, a atividade de execução de pena caracteriza-se como complexa, não havendo apenas atividades jurisdicionais atreladas ao seu exercício. Ademais, as atividades de mero suporte material ao funcionamento de presídios não apresentam implicação com atribuições decisórias, não guardando relação direta com a atividade jurisdicional. Cita-se, nesse caso, a hipótese dos juízes, no âmbito de sua função jurisdicional, utilizarem-se de serviços técnicos prestados por peritos privados para a formulação de seu juízo de convicção, bem como as atividades desenvolvidas por estagiários e conciliadores.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como cediço, o sistema penitenciário vem enfrentando inúmeros problemas, especialmente devido à condição precária em termos materiais e estruturais dos diversos estabelecimentos prisionais no Brasil. Nesse contexto, as PPPs do tipo concessão administrativa configuram alternativa constitucionalmente admitida e legalmente adequada para a gestão prisional, desde que observados alguns limites à delegação de parcela das tarefas envolvidas na execução penal.

38 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “Para execução desta atividade material, objetiva, precisa por excelência, e desde que retentora de dados para controle governamental dos interessados, nada importa que os equipamentos pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada. É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela impessoalidade (daí por que não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma igualdade completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.856.

Dentre as tarefas envolvidas na execução penal, a assistência material prestada dentro do complexo prisional compreende funções como o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços de limpeza e lavanderia. Por não apresentar quaisquer manifestações de coerção ou atividade decisória, inexistem no caso óbices constitucionais ou legais quanto à viabilidade de sua delegação à particulares. Já as atividades relacionadas com a saúde e educação também caracterizam-se como meramente administrativas nas hipóteses em que não exprimam relação direta com as condições da execução da pena, devendo-se analisar à luz do caso concreto a possibilidade ou não de delegação ao parceiro privado.

De outro bordo, os serviços de suporte ao desempenho de competências estatais envolvidos na execução penal (função jurisdicional e de polícia) de igual modo podem ser prestados pelo particular, pois sua realização não implica interferência nas atribuições típicas do Estado. Esses serviços de suporte integram a chamada função administrativa, que atinge atividades classificadas como preparatórias ou sucessivas, também conhecidas como serviços instrumentais à expressão jurídica do poder de polícia e à função jurisdicional.

Por fim, o cerne da atividade jurisdicional e da atividade administrativa de polícia, bem como as demais atividades que compõem o núcleo da execução penal, tais como a assistência jurídica, a assistência social, a segurança, a contratação de pessoal e a organização do trabalho dos reclusos, em regra, não podem ser desempenhadas pelos parceiros privados, por exprimirem relação direta ou indireta com as atividades típicas estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Thiago Souza; SILVA, Silva; ROVER, Aires Jose. Gestão pública e parcerias público-privadas: teoria do estado e tecnologias de governança difusa para controle social. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 6, n. 3, 2016.

BRASIL. *Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei 3.365 de 21 de junho de 1941*. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 11.079 de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 12.313 de 19 de agosto de 2010*. Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a assistência jurídica ao preso dentro do presídio e atribuir competências à Defensoria Pública. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. *Lei n.º 9.582 de 19 de dezembro de 1997*. Autoriza o Poder Executivo a abrir ao Orçamento Fiscal da União, em favor de Encargos Financeiros da União - Recursos sob Supervisão do Ministério da Fazenda,

crédito especial até o limite de R\$40.023.300,00, para os fins que especifica. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

CORREA, Gustavo Freitas. CORSI, Lucas Cavanha. O primeiro complexo penitenciário de parceria público-privada no Brasil. *FGV Pesquisa*, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://gypesquisa.fgv.br/sites/gypesquisa.fgv.br/files/conexao-local/o_primeiro_complexo_penitenciario_de_parceria_publico-privada_do_brasil.pdf>. Acesso em: 6 set. 2016.

DAL POZZO, Augusto Neves; JATENE, Pedro. Os Principais Atrativos das Parcerias Público-Privadas para o Desenvolvimento de Infraestrutura Pública e a Necessidade de Planejamento Adequado para sua Implementação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Luciano. Parcerias público-privadas: sistemática legal e dinâmica de efetivação. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte — RPGMBH*, Belo Horizonte, n. 1, p. 211-217, 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia- em especial a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP: Parceria Público-Privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KLEIN, Aline Lícia. A utilização de Parcerias Público-Privadas para a gestão de Estabelecimentos Prisionais. In: JUSTEN FILHO, Marçal; WALLBACH SCHWIND, Rafael. (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 12. ed. ver. ampl. atual de acordo com a Lei 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2014.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; REIS, Luciano Elias. O princípio da diferença da teoria da justiça de Rawls face às transferências voluntárias e à gestão associada de serviços públicos pela administração pública: análise indispensável para a distribuição justa de recursos públicos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 1, n. 1, 2011.

OLIVEIRA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria Público-Privada: Aspectos de Direito Público Econômico (Lei n. 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Parcerias Público-Privadas: Indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o>>

da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>. Acesso em: 30 ago. 2016.

PAVARINI, Máximo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: Uma Introdução Crítica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

REALE JUNIOR, Miguel. *Novos Rumos do Sistema Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROSENBERG, Luís Paulo. O enfoque multidisciplinar das Parcerias Público-Privadas. In: TALAMINI, Eduardo; SPEZIA JUSTEN, Monica (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÁ, Alvino Augusto de. Arquitetura carcerária e tratamento penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 651. jan. 1990.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIXEIRA, Marco Antônio de Rezende. Parcerias público-privadas: aspectos histórico-teóricos e experiências práticas. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte* — RPGMBH, Belo Horizonte, n. 1, 2008.

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.

Ativismo judicial e controle de políticas públicas

Rodrigo Monteiro da Silva

Jurisdição Voluntária no CPC/2015 como meio de resolução de ‘controvérsias’ com a Administração Pública

Jefferson Carús Guedes

A mediação comunitária como ferramenta de acesso a justiça e desenvolvimento no espaço local

Daniela Arguilar Camargo

Legitimidade constitucional da atuação internacional dos municípios brasileiros: uma leitura à luz da teoria da Constituição Dirigente

Regina Claudia Laisner e Danilo Garnica Simini

Judicialização de políticas públicas em prol dos animais: uma visão de saúde única

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Clarice Gomes Marotta

Judicialização da saúde, ativismo judicial e o conseqüente desequilíbrio do orçamento público

Juvêncio Borges Silva e João Paulo Jucatelli

A (RE) articulação das políticas públicas de gênero no Brasil com base no princípio jurídico da subsidiariedade e da descentralização

Tamiris Alessandra Gervasoni e Marli Marlene Moraes da Costa

Desenvolvimento sustentável, educação e democracia: o caso “Escola Sem Partido”

Veyzon Campos Muniz

Políticas de acesso aberto para trabalhos científicos: interesse público e direitos de autor

Eduardo Altomare Ariente

Financiamento cultural no Brasil contemporâneo

Frederico Augusto Barbosa da Silva

Naturaleza y Constitución

Livio Perra

Regulação ambiental da atividade minerária: uma análise econômica de *compliance*

Lorena Machado Rogedo Bastianetto e Magno Federici Gomes

O Neodesenvolvimentismo e a questão ambiental: o papel da hidroeletricidade no sistema energético brasileiro

Andreza Aparecida Franco Câmara

O compartilhamento de dados e informações pessoais de consumidores: o abuso dos fornecedores e as propostas apresentadas no PLS 181/2014

Héctor Valverde Santana e Rafael Souza Viana

Utilização da computação em nuvem no poder legislativo: percepções dos gestores e entraves ao uso

Igor Vinicius de Lucena Diniz, Lucas dos Santos Costa e Marcos Fernando M. Medeiros

O processo penal e a engenharia de controle da política criminal

Antonio Henrique Graciano Suxberger e José Wilson Ferreira Lima

Gestão de Presídios por Parcerias Público-Privadas: uma análise das atividades passíveis de delegação

Fernando Borges Mânica e Rafaella Brustolin