

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

---

---

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

---

**Editores responsáveis por essa edição:**

Marcelo Dias Varella

Patrícia Perrone Campos Mello

Ardyllis Alves Soares

Jeffson Menezes de Sousa

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 11	n. 1	p. 1-735	Abr	2021
--	----------	-------	------	----------	-----	------

## **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 duas 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 Bercovici, 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

#### **EDITORES ADJUNTOS**

Patrícia Perrone Campos Mello, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Ardyllis Alves Soares, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Jéffson Menezes de Sousa, doutorando pelo Centro Universitário de Brasília, 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

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

#### **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. 11, n. 1 (abr. 2021) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)

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

CDU 34+338.26

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

# Sumário

<b>PARTE 1: POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>17</b>
<b>1. POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS GERAIS .....</b>	<b>18</b>
<b>UM MODELO POLÍTICO DE IMPLEMENTAÇÃO PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS: OS PAPÉIS DO DIREITO E DOS JURISTAS .....</b>	<b>20</b>
William H. Clune III	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>21</b>
1.1 O que é implementação? .....	23
1.2 Significado e importância de um modelo geral .....	23
<b>2 Um modelo “político” de implementação.....</b>	<b>25</b>
2.1 Atores e comportamentos durante a implementação.....	26
2.2 Interações-padrão durante a implementação .....	26
2.2.1 Ciclo ascendente versus ciclo descendente.....	28
2.2.2 Formação de políticas: obtenção e especificação do comando jurídico .....	28
2.2.3 Implantação de incentivos legais .....	30
2.2.4 Respostas das organizações reguladas .....	31
2.2.5 Interações implantação-resposta .....	33
2.2.6 Influência sobre as organizações reguladoras para mudar a política formal .....	34
2.2.7 Influência sobre os poderes legislativos para obter mudanças na legislação de base.....	37
2.2.8 As interações em ação.....	38
2.2.8.1 Simultaneidade .....	38
2.2.8.3 Tendências .....	40
2.2.8.4 Múltiplas instituições.....	41
<b>3 Algumas implicações do modelo para políticas públicas e pesquisa .....</b>	<b>42</b>
3.1 Prescrições parciais e viés do ciclo descendente.....	43
3.2 Graus de abstração e contextualização .....	44
3.3 Prescrições sistêmicas .....	45
3.4 Descrições longitudinais.....	46
3.5 Previsões longitudinais .....	48
3.6 Avaliação .....	48
3.6.1 Três padrões de sucesso relativo .....	49
3.6.2 Avaliação dos padrões em um ambiente politizado .....	51
3.6.3 Discordâncias fatuais sobre que padrão está presente.....	54
3.7 Metodologia de pesquisa .....	55

<b>4 Alteração de papel do direito e dos juristas.....</b>	<b>57</b>
4.1 Sentido diminuído da autonomia do direito.....	58
4.1.1 Atributos do direito moderno que diminuem a autonomia.....	58
4.1.2 Exemplo do declínio da autonomia do direito como fonte de valores: a indústria da judicialização.....	59
4.1.3 Declínio da autonomia do direito como fonte de segurança.....	60
4.1.4 Uma nota sobre a sobrevivência e as novas fontes de autonomia e o problema do reducionismo ...	62
4.2 Conflito entre racionalidade substantiva e participação política: tendências positivas e contradições no direito moderno .....	63
4.3 Novos papéis para os juristas .....	68
4.3.1 Novas funções de direito público .....	69
4.3.2 Novos papéis de direito privado.....	72
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>75</b>

**EVALUACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN GOBIERNOS LOCALES EN MÉXICO: DESAFÍOS DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA .....83**

Louis Valentin Mballa e Arturo Bermúdez Lara

<b>1 Introducción .....</b>	<b>84</b>
<b>2 Acercamiento teórico-conceptual: la participación ciudadana como modalidad de convergencia de los intereses.....</b>	<b>85</b>
<b>3 La participación ciudadana en un contexto democrático: entre cauces institucionales y convencionales.....</b>	<b>88</b>
<b>4 Marco contextual de la investigación y la conformación de los comités comunitarios para la participación ciudadana. ....</b>	<b>89</b>
<b>5 Del método.....</b>	<b>90</b>
<b>6 Análisis y discusión de los resultados .....</b>	<b>90</b>
6.1 De la conformación del Consejo para la participación ciudadana .....	91
6.2 Proceso de elaboración del Plan Operativo Anual .....	91
6.3 Integración y operación del CDSM.....	92
6.4 Mecanismos de atención de quejas, denuncias y sugerencias.....	96
6.5 Capacitación de los comités para el cumplimiento de sus funciones.....	97
6.6 Continuidad, transparencia y difusión de los resultados.....	99
<b>7 Conclusiones .....</b>	<b>100</b>
<b>Fuentes.....</b>	<b>102</b>

**PATERNALISMO LIBERTÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: INTERVENÇÃO E TRANSPARÊNCIA ..... 105**

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Victor Hugo Domingues

<b>1 Introdução.....</b>	<b>106</b>
<b>2 Paternalismo libertário: conceito, justificativa e aplicação .....</b>	<b>107</b>
2.1 Paternalismo Forte e Fraco.....	110

2.2 Paternalismo Libertário e a Questão Terminológica .....	111
2.3 Paternalismo Libertário Público e o Setor Privado.....	113
<b>3 Considerações finais .....</b>	<b>117</b>
<b>Referências.....</b>	<b>118</b>
<b>2. POLÍTICAS PÚBLICAS E COVID-19 .....</b>	<b>121</b>
<b>LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O USO SECUNDÁRIO DE DADOS PESSOAIS NO PODER PÚBLICO:</b>	
<b>LIÇÕES DA PANDEMIA .....</b>	<b>123</b>
Miriam Wimmer	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>124</b>
<b>2 A pandemia e o compartilhamento de dados no poder público: iniciativas, reações e novos paradigmas .....</b>	<b>125</b>
2.1 Principais iniciativas de compartilhamento de dados pessoais envolvendo o poder público.....	125
2.2 Compartilhamento e proteção de dados pessoais: principais reações.....	128
2.3 Os novos parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal .....	130
<b>3 Riscos e benefícios do uso secundário de dados pessoais no âmbito do poder público .....</b>	<b>132</b>
<b>4 O princípio da finalidade e a divisão informacional de poderes.....</b>	<b>134</b>
4.1 Autodeterminação informativa e o princípio da finalidade: delineamentos sobre a compatibilidade de finalidades secundárias no poder público .....	135
4.2 Usos secundários no poder público: é possível remediar a incompatibilidade de finalidades?.....	136
<b>5 Considerações finais: consequências para o debate brasileiro.....</b>	<b>138</b>
<b>Referências .....</b>	<b>139</b>
<b>EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS DE INOVAÇÃO NOS SETORES INDUSTRIAIS BRASILEIROS: SUGESTÕES PARA A CRISE DA COVID-19 .....</b>	
Michelle Márcia Viana Martins e Chrystian Soares Mendes	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>145</b>
<b>2 O marco legal da inovação: consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento .....</b>	<b>148</b>
<b>3 Investimentos em inovação e crise econômica.....</b>	<b>150</b>
3.1 Contexto internacional .....	150
3.2 O caso brasileiro.....	151
<b>4 Metodologia .....</b>	<b>152</b>
4.1 Análise Envoltória de Dados.....	152
4.2 Fonte de dados, variáveis utilizadas e procedimentos metodológicos .....	154
4.3 Evidências empíricas.....	155
<b>5 Resultados .....</b>	<b>157</b>
5.1 Descrição dos setores contemplados por PIs.....	157
5.2 Resultados da análise de eficiência.....	159
<b>6 Considerações Finais .....</b>	<b>163</b>

Referências .....	164
<b>COMPLIANCE EM TEMPOS DE CALAMIDADE PÚBLICA: ANÁLISE SOBRE A FLEXIBILIZAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA DE DADOS E INFORMAÇÕES DURANTE O ENFRENTAMENTO DA COVID-19 NO BRASIL .....</b>	<b>169</b>
Luciana Cristina da Conceição Lima, Alcindo Fernandes Gonçalves, Fernando Cardoso Fernandes Rei e Cláudio Benvenuto de Campos Lima	
1 Introdução .....	170
2 Situação de calamidade em tempos de pandemia: necessidade de ação do estado versus responsabilização jurídica .....	172
3 Flexibilização das regras sobre transparência das informações e dados: impactos sobre a avaliação da conformidade legal e efetividade das medidas implementadas pela administração pública durante a pandemia do COVID-19. ....	175
4 Compliance na gestão pública: importância do fortalecimento e coordenação das medidas de controle em período de emergência e calamidade para evitar corrupção .....	178
5 Considerações finais .....	184
Referências.....	184
<b>3. POLÍTICAS PÚBLICAS E ACCOUNTABILITY .....</b>	<b>188</b>
<b>ACCOUNTABILITY E DESENHO INSTITUCIONAL: UM “PONTO CEGO” NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO .....</b>	<b>190</b>
Danielle Hanna Rached	
1 Introdução .....	190
2 Accountability política e extrapolítica .....	192
3 As dimensões de accountability política .....	195
4 As funções (e disfunções) da accountability política .....	200
5 Considerações finais: a forma em busca de uma substância .....	206
Referências.....	208
<b>ESTRATÉGIAS REGULATÓRIAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO .....</b>	<b>211</b>
Eduardo Jordão e Luiz Carlos Penner Rodrigues da Costa	
1 Introdução .....	212
2 Comando e controle .....	213
2.1 Proibição direta de condutas .....	213
2.2 Proibição de circunstâncias favoráveis à corrupção.....	217
3 Informação.....	218
3.1 Auditorias.....	219
3.2 Acesso à Informação .....	221
4 Incentivos .....	225
4.1 Aumento de salários.....	226



4.2 WhistleBlowing e Acordos de leniência.....	228
<b>5 Instituições.....</b>	<b>230</b>
5.1 Anti-corruption Agencies (ACAs).....	231
5.2 Sobreposição ou Multiplicidade Institucional.....	233
<b>6 Considerações finais .....</b>	<b>235</b>
<b>Referências.....</b>	<b>236</b>
<b>O CONTROLE E A AVALIAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS IMPLEMENTADAS POR DESONERAÇÕES TRIBUTÁRIAS NO BRASIL .....</b>	<b>243</b>
Vinicius Garcia e Carlos Araújo Leonetti	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>244</b>
<b>2 Desonerações tributárias .....</b>	<b>247</b>
2.1 Conceito.....	247
2.2 Mensuração .....	249
<b>3 Limitações legais das desonerações tributárias .....</b>	<b>251</b>
3.1 Limites formais.....	251
3.1.1 Princípio da anualidade: limite formal das despesas públicas ao qual a desoneração tributária não está submetida.....	252
3.2 Limites materiais.....	254
<b>4 O controle pelo Tribunal de Contas da União das desonerações tributárias federais posteriores à CF/88 .....</b>	<b>255</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>260</b>
<b>Referências.....</b>	<b>262</b>
<b>4. POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE SAÚDE .....</b>	<b>266</b>
<b>A LIVRE OPÇÃO PELA CESARIANA: UM “NUDGE ÀS AVESSAS” .....</b>	<b>268</b>
Bruna Menezes Gomes da Silva e Júlio Cesar de Aguiar	
<b>1 Considerações iniciais.....</b>	<b>269</b>
<b>2 O parto cirúrgico no Brasil .....</b>	<b>270</b>
<b>3 A preferência pela cesariana .....</b>	<b>272</b>
<b>4 O movimento legislativo em defesa da livre opção pela cesariana: a construção de um “nudge às avessas” .....</b>	<b>275</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>277</b>
<b>Referências .....</b>	<b>278</b>
<b>AUTISMO: ASPECTOS JURÍDICOS DA ACESSIBILIDADE E RESPEITO .....</b>	<b>283</b>
Fabiana Barrocas Alves Farah e Danilo Fontenele Sampaio Cunha	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>284</b>
<b>2 As pessoas com deficiência e a legislação .....</b>	<b>285</b>

3 O (Des) respeito diante da deficiência e do autismo .....	288
4 O autismo e a necessidade da inclusão .....	290
5 Considerações Finais .....	295
Referências.....	296
<b>SAÚDE E DOENÇAS RARAS: ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO AO TRATAMENTO E SUAS LIMITAÇÕES.....</b>	<b>301</b>
Danilo Henrique Nunes e Lucas de Souza Lehfeld	
1 Introdução .....	302
2 Aspectos jurídicos da saúde no Brasil .....	303
2.1 O Sistema Único de Saúde (SUS) .....	304
3 Fornecimento de medicamentos pelo SUS e o papel da ANVISA.....	306
4 Doenças raras e medicamentos órfãos .....	307
4.1 Da judicialização de medicamentos órfãos .....	310
5 Doenças raras e judicialização: parâmetros após a decisão do RE N.º 657718 .....	312
6 Considerações finais .....	313
Referências.....	314
<b>5. OUTRAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM ESPÉCIE .....</b>	<b>318</b>
<b>REGULAÇÃO DAS ÁGUAS: UMA ANÁLISE EMPÍRICA DA PRODUÇÃO NORMATIVA DOS ÓRGÃOS REGULADORES FEDERAIS .....</b>	<b>320</b>
Bianca Borges Medeiros Pavão, Natasha Schmitt Caccia Salinas e Thauany do Nascimento Vigar	
1 Apresentação .....	321
2 Metodologia da pesquisa .....	322
3 Fragmentação e duplicidade de competências regulatórias .....	323
4 A Lei das Águas e o funcionamento do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos ..	326
5 Caracterização da atividade normativa dos órgãos reguladores das águas .....	330
6 Considerações finais .....	338
Referências.....	339
<b>“LET THE ALGORITHM DECIDE”: IS HUMAN DIGNITY AT STAKE?.....</b>	<b>343</b>
Marcela Mattiuzzo	
1 Introduction .....	344
2 Striving for individualization and human scrutiny .....	348
3 Discrimination and accountability .....	354
4 Conclusion: algorithms and the case of ICU beds during the covid-19 pandemic .....	360
References.....	365

## **DAS ACEPÇÕES DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS ÀS VOZES SILENCIADAS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS** 371

Thaís Araújo Dias e Monica Mota Tassigny

1 Introdução .....	372
2 Itinerário metodológico .....	373
3 Caracterização da produção científica brasileira acerca do fenômeno do refúgio frente aos direitos dos refugiados.....	375
4 Acepções de refugiado expressas no sistema jurídico brasileiro e nos documentos internacionais refletidas na literatura corrente .....	380
5 Políticas públicas brasileiras e refúgio: a necessidade de ouvir a voz dos refugiados .....	385
6 Considerações finais .....	389
Referências.....	391

## **PLANEJAMENTO FAMILIAR: “INIMIGO” A SER COMBATIDO, “ALIADO” LIBERTADOR OU FALSO “AMIGO”?** .....

395

Vinicius Ferreira Baptista

1 Introdução .....	396
2 Planejamento familiar e a esterilização: autonomia ou imperfeição? .....	397
3 O Planejamento familiar e a família “sustentável: desejo ou controle? .....	402
5 Considerações finais: entre a autonomia e a imperfeição .....	415
Referências.....	416

## **A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A JUVENTUDE COMO OFENSA AOS DIREITOS HUMANOS .....**

419

William Timóteo e Ilzver de Matos Oliveira

1 Introdução .....	420
2 Direitos humanos e participação social na construção de políticas públicas .....	421
3 Desafios enfrentados pela juventude .....	424
4 Políticas de juventude e os entes estatais .....	426
5 Considerações finais .....	429
Referências.....	430

## **ANÁLISE CÊNICA DOS FEMINICÍDIOS EM CURITIBA: PROPOSTAS PREVENTIVAS E REPRESSIVAS .....**

433

Ticiane Louise Santana Pereira, Octahydes Ballan Junior e Antonio Henrique Graciano Suxberger

1 Introdução .....	434
2 Panorama dos feminicídios no Brasil .....	438
3 Feminicídios em Curitiba .....	440
4 Propostas preventivas e repressivas .....	443
5 Considerações finais .....	447
Referências.....	448

**ORIGIN AND CONSEQUENCES OF THE WAR ON DRUGS. FROM THE UNITED STATES TO ANDEAN COUNTRIES ..... 451**

Silvio Cuneo e Nicolás Oxman

1 Introduction .....	452
2 The failure of the war on drugs as a criminal policy: a background .....	453
3 The “new threat” issue in the international context .....	455
4 Application of an interventionist criminal policy in the andean countries .....	459
5 Results: mass imprisonment and selective prison overcrowding in andean countries .....	462
6 Conclusions .....	464
References.....	466

**TRABALHO DECENTE: COMPORTAMENTO ÉTICO, POLÍTICA PÚBLICA OU BEM JURIDICAMENTE TUTELADO?..... 471**

Silvio Beltramelli Neto e Mônica Nogueira Rodrigues

1 Introdução .....	472
2 O advento da concepção do Trabalho Decente segundo a OIT: contexto e pretensões .....	472
3 Amartya Sen: o enfoque das capacidades e o Desenvolvimento Humano .....	474
4 Mercado, Estado e direitos humanos no pensamento seniano.....	480
5 A teoria aplicada à prática: os Relatórios Desenvolvimento Humano e o IDH .....	483
6 Trabalho Decente: motor do Desenvolvimento Humano .....	484
7 O Trabalho Decente à luz do enfoque das capacidades .....	487
8 Trabalho Decente: comportamento ético, política pública ou direito? .....	488
9 Considerações finais .....	491
Referências.....	492

**EL FINAL DE UNA POLÍTICA PÚBLICA: ANÁLISIS DEL CICLO POLÍTICO DEL PROYECTO DESTINOS INDUCTORES PARA EL DESARROLLO TURISTICO REGIONAL (DIDTR) – BRASIL..... 496**

María Belén Zambrano Pontón, Magnus Luiz Emmendoerfer e Suely de Fátima Ramos Silveira

1 Introducción .....	497
2 Referencial Teórico .....	499
2.1 Políticas públicas y el ciclo político.....	499
2.2 Extinción de Políticas Públicas.....	501
3 Procedimientos Metodológicos .....	502
4 Resultados y Discusión.....	503
4.1 Identificación del problema .....	504
4.2 Agenda y Formulación de la Política .....	505
4.3 Implementación.....	506
4.4 Monitoreo y Evaluación .....	508
4.5 Extinción .....	510

4.5.1 Extinción para fines Internos .....	510
4.5.2 Extinción para fines Externos .....	511
<b>5 Conclusiones .....</b>	<b>515</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>516</b>
<b>Agradecimientos .....</b>	<b>518</b>

**ALTERNATIVA TECNOLÓGICA PARA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS: ESTUDO DE CASO DA VIABILIDADE DO USO DE DLT EM NOTA FISCAL ELETRÔNICA .....** 520

Danielle Mendes Thame Denny, Roberto Ferreira Paulo e Fernando Crespo Queiroz Neves

1 Introdução .....	521
2 Auditorias e perenidade de dados em blockchain .....	522
3 Automação via smart contracts .....	525
4 Tributação no Direito Brasileiro .....	527
5 Compensação em matéria tributária .....	531
6 Nota Fiscal Eletrônica e certificação digital .....	532
7 Tributação para o desenvolvimento.....	538
8 DLT para as SEFAZ.....	540
9 Considerações finais .....	545
Advertência .....	546
Disclaimer.....	546
Referências.....	546

**PARTE 2: TEMAS GERAIS .....** 549

**A CONSTRUÇÃO DO DIREITO HUMANO AO ALIMENTO NO PLANO INTERNACIONAL.....** 551

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

1 Introdução .....	552
2 A relevância do alimento para a pessoa humana e suas dimensões .....	553
3 A internacionalização dos alimentos: o surgimento do Instituto Internacional de Agricultura e a condição de mercadoria dos bens alimentares .....	557
4 O papel da ONU para a humanização do alimento: a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a colaboração da Food and Agriculture Organization.....	559
5 Considerações finais .....	564
Referências.....	565

**GRUPOS VULNERABLES DE ESPECIAL PROTECCIÓN POR PARTE DEL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (INDH) ¿EN QUIÉN PODRÍA Y DEBERÍA ENFOCARSE EN BASE A LA DOCTRINA Y A LA EXPERIENCIA COMPARADA IBEROAMERICANA? .....** 571

Juan Pablo Díaz Fuenzalida

1 Introducción.....	572
---------------------	-----

<b>2 Grupos considerados por el INDH .....</b>	<b>575</b>
2.1 Diversidades sexuales.....	575
2.2 Mujeres.....	575
2.3 Niños, niñas y adolescentes .....	576
2.4 Personas adultas mayores .....	577
2.5 Persona con discapacidad.....	578
2.6 Personas migrantes y refugiadas.....	579
2.7 Personas privadas de libertad.....	580
2.8 Personas indígenas .....	580
<b>3 Enfoque en otros grupos vulnerables por diversas instituciones nacionales de derechos humanos o figuras afines .....</b>	<b>581</b>
3.1 Campesinos .....	581
3.2 Víctimas de delitos .....	583
3.3 Personas con enfermedades crónicas.....	584
3.4 Personas de especial protección por circunstancias particulares del país.....	585
<b>4 Conclusiones .....</b>	<b>587</b>
<b>Bibliografía. ....</b>	<b>588</b>

**EL SUFRAGIO ELECTRÓNICO COMO ALTERNATIVA AL SUFRAGIO TRADICIONAL: LUCES Y SOMBRAS DE UN DEBATE RECURRENTE.....595**

David Almagro Castro, Felipe Ignacio Paredes Paredes e Edgardo Lito Andres Cancino

<b>1 Introducción.....</b>	<b>596</b>
<b>2 El derecho de sufragio: notas esenciales.....</b>	<b>596</b>
<b>3 La importancia del sufragio en el marco del Estado democrático .....</b>	<b>599</b>
<b>4 El sufragio electrónico: aspectos generales.....</b>	<b>601</b>
<b>5 El sufragio electrónico en el Derecho comparado: los casos brasileño y estonio .....</b>	<b>607</b>
<b>6 El sufragio electrónico ante las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho fundamental de sufragio .....</b>	<b>612</b>
<b>7 Conclusiones .....</b>	<b>615</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>616</b>

**COGNOSCIBILIDADE E CONTROLE SOCIAL DA TRANSPARÊNCIA PÚBLICA SOB A ÉGIDE DA DEMODIVERSIDADE: ESTUDO EMPÍRICO DE PORTAIS ELETRÔNICOS MINISTERIAIS LATINO-AMERICANOS ..... 621**

Ana Carolina Campara Verdum, Leonardo Fontana Trevisan e Rosane Leal da Silva

<b>1 Introdução .....</b>	<b>622</b>
<b>2 Cognoscibilidade e controle social como componentes de uma teoria demodiversa: entre Democracia mínima e Democracia simbólica .....</b>	<b>623</b>
<b>3 A normatização da cognoscibilidade e do controle social da transparência pública e a sua implementação nos websites ministeriais da América Latina .....</b>	<b>635</b>

3.1 Oficial ou Encarregado de Informação Pública.....	636
3.2 Comissão de Informação .....	639
3.3 Relatórios de implementação do acesso à informação .....	643
<b>4 Considerações finais .....</b>	<b>647</b>
<b>Referências.....</b>	<b>649</b>

**DESAFIOS E BENEFÍCIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA O DIREITO DO CONSUMIDOR .....655**  
Sthéfano Bruno Santos Divino

<b>1 Introdução .....</b>	<b>656</b>
<b>2 Como a IA está redefinindo a indústria de bens de consumo.....</b>	<b>658</b>
2.1 Quais são os ganhos e riscos na utilização da IA no mercado de consumo? .....	661
2.1.1 Setor financeiro e securitário .....	662
2.1.2 Serviços ofertados pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) .....	665
2.1.3 Setor jurídico e legal .....	667
<b>3 Os processos automatizados de tomada de decisão: empoderamento do consumidor?.....</b>	<b>670</b>
<b>4 Ética, responsabilidade e a resposta principiológica adequada fornecida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor e pelas legislações afins.....</b>	<b>674</b>
4.1 Resposta aos potenciais riscos para os consumidores: Setor Financeiro e Securitário.....	677
4.2 Resposta aos potenciais riscos para os consumidores: serviços ofertados pelas Tecnologias da Informação e Comunicação e a Tomada de decisão automatizada .....	679
4.3 Resposta aos potenciais riscos para os consumidores: setor jurídico e legal .....	681
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>683</b>
<b>Referências.....</b>	<b>685</b>

**QUEM TEM MEDO DA RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA? AS TEORIAS DA CONDUTA E DA IMPUTAÇÃO, PARA UM DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CONSTITUCIONALIZADO.....690**  
Sandro Lúcio Dezan e Paulo Afonso Cavichioli Carmona

<b>1 Introdução .....</b>	<b>691</b>
<b>2 A Teoria da Conduta, originárias do direito penal, aplicada ao ilícito administrativo .....</b>	<b>692</b>
<b>3 A Teoria da Imputação Subjetiva, originária do direito penal, aplicada ao ilícito administrativo. 697</b>	
3.1 Noções fundamentais sobre a mera voluntariedade v.s. a imputação subjetiva, como condicionante para a responsabilização do ilícito administrativo .....	697
3.2 A conduta voluntária (voluntariedade) e sua insuficiência para a caracterização do elemento subjetivo do ilícito administrativo .....	699
<b>4 O dolo e a culpa nos ilícitos administrativos ao amparo da Teoria da Conduta Originária do Direito Penal .....</b>	<b>703</b>
<b>5 Considerações finais .....</b>	<b>706</b>
<b>Referências.....</b>	<b>707</b>

**A INSUFICIÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA O AFASTAMENTO DA RESERVA DO POSSÍVEL NA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA DIGNIDADE HUMANA..... 711**

Dione J. Wasilewski e Emerson Gabardo

**1 Introdução ..... 712**

**2 A solidariedade como valor essencial do Estado Social e Democrático de Direito ..... 714**

**3 Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana ..... 715**

**4 Uma interpretação constitucional da cláusula da reserva do possível..... 718**

**5 O sistema tributário nacional como fonte de recursos ..... 720**

**6 Formas de caracterização da tributação insuficiente ..... 723**

**7 Considerações finais ..... 727**

**Referências..... 727**

**NORMAS EDITORIAIS..... 732**

Envio dos trabalhos:..... 734



## PARTE 1: POLÍTICAS PÚBLICAS

## **1. POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS GERAIS**

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Um modelo político de  
implementação para as políticas  
públicas: os papéis do direito e  
dos juristas**

**A Political Model of  
Implementation and  
Implications of the Model for  
Public Policy, Research, and  
the Changing Roles of Law and  
Lawyers**

William H. Clune III

# Um modelo político de implementação para as políticas públicas: os papéis do direito e dos juristas\*<sup>1</sup>

## A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers

William H. Clune III\*\*

Tradução:  
Gabriela Azevedo Campos Sales<sup>2</sup>  
Bruno de Almeida Passadore<sup>3</sup>  
Elisa Martinez Giannella<sup>4</sup>  
Kadra Regina Zeratin Rizzi<sup>5</sup>

Revisão técnica da tradução:  
Maria Paula Dallari Bucci<sup>6</sup>

### Resumo

Este artigo é a tradução de A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers, originalmente publicado em 1983. O artigo tem dois objetivos principais: a) desenvolver e apresentar um modelo geral de implementação de políticas públicas, aplicável a processos legislativos e administrativos, bem como a alguns processos judiciais; b) examinar algumas implicações desse modelo para as políticas públicas, para a pesquisa jurídica e para a mudança das concepções do direito e dos juristas no direito “pós-moderno” (direito regulatório dominado pela política de grupos de

<sup>1</sup> [N.T.] Título original: A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers. Publicado na Iowa Law Review, v. 69, p. 47-125, 1983. As referências a livros e artigos científicos presentes no texto original foram adaptadas para facilitar a identificação das obras por parte de leitores brasileiros, com acréscimo de algumas informações não contidas no original. A obra traduzida não oferecia todas as informações que seriam necessárias para a conversão das referências originais ao padrão estabelecido pela ABNT. As referências a atos normativos e processos judiciais foram majoritariamente mantidas como apresentadas no texto original, como forma de permitir a identificação da fonte citada. Sobre o sistema de citação de referências jurídicas nos Estados Unidos: Harvard Law Review Association et. al. (org.). *The Bluebook: A Uniform System of Citation*. 21. ed. Cambridge: Harvard Law Review Association, 2020. Disponível em: [www.legalbluebook.com](http://www.legalbluebook.com). Acesso: 17 ago. 2020.

<sup>2</sup> Juíza Federal. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP e doutoranda em Direito do Estado pela USP. E-mail: [gacsales@usp.br](mailto:gacsales@usp.br).

<sup>3</sup> Defensor público estadual. Mestre em Direito Processual Civil e doutorando em Direito do Estado pela USP. E-mail: [bruno.passadore@usp.br](mailto:bruno.passadore@usp.br).

<sup>4</sup> Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela PUC/SP – Cogea e mestranda em Direito Processual Civil pela USP. E-mail: [elisagiannella@usp.br](mailto:elisagiannella@usp.br).

<sup>5</sup> Controladora Geral do Município de Itu-SP. Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. E-mail: [kadrarizzi@ig.com.br](mailto:kadrarizzi@ig.com.br).

<sup>6</sup> Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutora e Livre-Docente pela mesma Universidade. E-mail: [mariapaula@usp.br](mailto:mariapaula@usp.br).

\* Recebido em 25/01/2021  
Aprovado em 01/03/2021

\*\* William H Clune III é Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, diretor do Grupo de Política do Instituto Nacional para Educação Científica e pesquisador sênior do Consórcio para Pesquisa Política em Educação (CPRE).  
Email: [whclune@wisc.edu](mailto:whclune@wisc.edu)

interesse). Para tanto, apresenta-se um modelo “político” de implementação contendo: a) a representação dos atores básicos do processo de implementação e seus principais comportamentos; b) a descrição das interações que conferem à implementação sua forma característica; c) a ênfase à produção política reformista, ao interacionismo cibernético, à recursividade e à evolução que são típicos da implementação. Em seguida, discute-se como as proposições teóricas primárias do modelo impactam a compreensão sobre o desenho de políticas públicas, a pesquisa sobre implementação e os papéis em transformação do direito e dos juristas. A conclusão destaca a influência da política sobre o direito e propõe que a implementação seja concebida como um processo que promove maior participação por meio do direito.

**Palavras-chave:** Direito e Políticas Públicas; Modelo de implementação de políticas públicas; Método e pesquisa.

## Abstract

This article is the translation of *A Political Model of Implementation and Implications of the Model for Public Policy, Research, and the Changing Roles of Law and Lawyers*, originally published in 1983. The article has two main purposes: a) development and presentation of a general policy model of implementation, applicable to legislative and administrative processes as well as some litigation before courts; b) examination of some implications of that model for public policy, research about law, and changing conceptions of law and lawyers within “postmodern” law (regulatory law dominated by interest-group politics). In order to accomplish these goals, a “political” implementation model is presented containing: a) the representation of the basic actors involved the implementation process and their main behaviors; b) the description of the interactions that give the implementation its characteristic form; c) the emphasis on reformist political fabrication, cybernetic interactionism, recursiveness and evolution that as typical of implementation. Then, it is discussed how the primary theoretical characteristics of the model impact the understanding of policy design, research on implementation and the changing roles of law and lawyers. The conclusion highlights the influence of politics on law and proposes that the implementation be conceived as the process of achieving greater participation through law.

**Keywords:** Law and Public Policy; Policy model of implementation; Method and research.

## 1 Introdução

A implementação de políticas sociais por meio do direito é um processo interativo que envolve agências governamentais, organizações reguladas e grupos de interesse. A implementação consiste no desenho da política governamental, na escolha e na administração de instrumentos políticos para atender a finalidades sociais, além do gerenciamento da política governamental em um ambiente complexo e politizado. Embora a implementação esteja envolvida em praticamente todos os problemas socialmente significativos e controversos do direito no Estado moderno, nossa compreensão desse processo é parcial e fragmentada<sup>7</sup>. Sendo assim, este artigo tem dois objetivos principais: desenvolver e apresentar um modelo geral de implementação, bem como examinar algumas implicações desse modelo para as políticas públicas, para a pesquisa jurídica e para a mudança das concepções do direito e dos juristas<sup>8</sup> no direito “pós-moderno” (direito regulatório dominado pela política de grupos de interesse).

<sup>7</sup> CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research, *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1044-1116, em especial p. 1046-1047.

<sup>8</sup> [N.T.] Ao longo deste texto, a palavra *lawyer* foi traduzida ora como *juristas*, ora como *advogados*, conforme o contexto.

Ao contrário de suas conotações relativamente abstratas, a palavra “modelo” significa algo bastante concreto<sup>9</sup>. Um modelo é uma descrição específica de atores e interações envolvidos em um processo, com nível de generalidade suficiente para que padrões comuns possam ser reconhecidos em uma ampla gama de áreas temáticas. Ao discutir as implicações de um modelo geral, é essencial estabelecer os fatos a partir dos quais as implicações são extraídas. Muita teoria sobre o direito é incompreensível □ uma série tediosa de abstrações e abstrações sobre abstrações. Felizmente, o modelo deste artigo não será vítima desse problema, mas, ao contrário, fornecerá dezenas de exemplos concretos para a discussão subsequente das implicações. De fato, algumas das implicações são quase inseparáveis do modelo, porque envolvem o modo como visualizamos a operação do processo jurídico.

Outra conotação infeliz da palavra modelo deve ser abordada logo no início. O modelo parece estranho e artificial, algo compreendido pelos “cientistas” sociais em vez de cidadãos, advogados, políticos e juízes. O modelo apresentado neste artigo, no entanto, deve ser instintivamente familiar a qualquer observador razoavelmente sofisticado ou participante do sistema jurídico moderno. Em certo sentido, o objetivo deste artigo é harmonizar algumas das construções formais de Teoria do Direito, pesquisa jurídica e análise de políticas, com aspectos práticos do processo jurídico moderno. Os padrões básicos descritos aqui -- regulação e política de regulação -- surgiram, no mais tardar, na virada do século e atingiram a maturidade no *New Deal*, mas muitas de nossas ideias formais não progrediram. Se este fosse um artigo histórico, seria sobre o atraso entre a cultura jurídica e a realidade jurídica. No entanto, a cultura é poderosa. Coisas que sabemos instintivamente podem parecer surpreendentes, até mesmo chocantes, quando comparadas explicitamente com preconceitos, ideologias e racionalizações.

<sup>9</sup> O modelo usado neste artigo é mais parecido com os modelos utilizados na análise de sistemas. De fato, o livro pioneiro de Easton sobre o assunto influenciou o artigo de Clune, Fitzgerald e Kidder mencionado nos agradecimentos como um antecessor deste artigo. EASTON, D. *A systems analysis of political life* 1965. O principal distanciamento em relação à análise de sistemas é o uso, em meu modelo, de pessoas e organizações em vez de variáveis abstratas como “demandas” e “suporte”. Wirt e Kirst usam o modelo de Easton em seu livro sobre políticas da educação. WIRT, F.; KIRST, M. *Schools in conflict*. 1982, p. 29. Alguns cientistas sociais desaprovam fortemente o emprego do termo “modelo” ao tipo de modelo usado neste artigo. Wirt e Kirst sugerem que um modelo de sistemas deve ser considerado uma “teoria heurística”, um “esquema heurístico” ou um “quadro de análise política”, em vez de “teoria em seu sentido tradicional” (“um conjunto de [...] proposições relacionadas que incluem algumas leis gerais e às quais se pode atribuir um valor de verdade específico por meio de testes empíricos”). Idem, p. 27. Fundamentalmente, concordo com Wirt e Kirst, mas me recuso a ser completamente excluído do reino do positivismo e gostaria de me explicar. Neste artigo, modelo não significa um conjunto de variáveis com ligações quantificáveis especificadas, capazes de falsificação estatística. JENCKS, C.; SMITH, M.; ACLAND, H.; BANE, M.; COHEN, D.; GINTIS, H.; HEYNS, B.; MICHELSON, S. *Inequality – a reassessment of the effect of family and schooling in America*. 1972, p. 320-350 (“*Path Models of Intergenerational Mobility*”); BUSH, R.; LUCE, D; SUPPES, P. Models, Mathematical. *International Encyclopedia Of The Social Sciences*, v. 10, 1968, p. 378 e ss.; CHRIST, Carl. *Econometric Models, Aggregate, International Encyclopedia Of The Social Sciences*, v. 4, 1968, p. 344 e ss. O modelo apresentado aqui é um esquema verbal de atores e interações típicas. Como tal, é descritivo de uma ampla gama de implementações. Não é nem um pouco preditivo do que pode ocorrer em implementações específicas, porque foi formulado para ser geral o bastante para abranger todas as implementações. O modelo é preditivo e falseável, na medida em que é inconsistente com “quadros” concorrentes da *forma* básica de implementação. Por exemplo, Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1067-1069 (discussão do modelo de “impacto legal”). Para discussão dos aspectos descritivos do modelo e suas vantagens, vide a parte II(B) deste artigo; para uma discussão sobre aspectos preditivos, vide parte III(E). Confesso perplexidade em relação a reivindicações territoriais quanto à palavra “modelo”. Existe algo não científico no objetivo deste artigo – uma descrição clara, geral, parcimoniosa e verbal de um importante processo social? A palavra “modelo” parece melhor que “conceito”, “denominação” ou até “tipologia”, porque a tentativa aqui é “relacionar [...] conceitos em conjuntos de proposições inter-relacionadas” (ABELL, P. *Model building in sociology*. 1971, p. 1). Passado um certo ponto, o debate sobre os méritos de vários usos da palavra “modelo” é “uma perda de tempo” (Idem, p. 237, n. 1). A sensibilidade quanto ao uso da palavra “modelo” neste contexto tem uma base especialmente válida. Ao pesquisar sobre qualquer um dos muitos subtópicos identificados pelo modelo neste artigo, normalmente é necessário desenvolver ou aplicar uma subteoria mais específica. Por exemplo, ao pesquisar sobre agências sancionadoras, conforme discutido na parte II(B)(3), é preciso classificar as sanções de alguma maneira □ por sua gravidade, por exemplo – e relacionar essa classificação a algum outro comportamento da agência (por exemplo, resistência organizacional e evasão). O mesmo ponto poderia ser arguido quanto a teorias genuinamente preditivas, discutidas acima. Assim, o modelo apresentado aqui é útil para a pesquisa porque é heurístico (sugerindo áreas para pesquisa), holístico (lembrando aos pesquisadores de não negligenciarem partes cruciais de todo o processo) e sintético (relacionando áreas da realidade e pesquisa entre si).

## 1.1 O que é implementação?

É mais fácil se interessar pela implementação do que defini-la. Em um artigo anterior, Robert Lindquist e eu tentamos uma definição extensa de implementação, comparando-a com outras partes do processo jurídico e contrastando a pesquisa orientada à implementação com outras modalidades de pesquisa<sup>10</sup>. No referido artigo, a implementação foi definida como o processo de criação ou tentativa de mudança social por meio do direito<sup>11</sup>. A mudança social buscada pela implementação é “programática”, consistindo em uma política relativamente coerente implementada por um período razoavelmente curto, após o qual a política pode se tornar obsoleta ou atingir um estado de equilíbrio dinâmico<sup>12</sup>. A mudança social também é difícil de se realizar em razão da falta de vontade ou da incapacidade no setor regulado. A dificuldade da tarefa social exige a resposta jurídica característica da implementação, política jurídica “afinada” consistente em planejamento detalhado, direcionamento, supervisão e controle<sup>13</sup>. Estruturalmente, a implementação tende a envolver uma ou mais organizações, agências governamentais, tentando mudar o comportamento de outras organizações, governamentais ou não. Implementação é, portanto, um estudo da interação organizacional. Especificamente, é o estudo de organizações governamentais que tentam influenciar outras organizações a fazer algo que é difícil o bastante a ponto de exigir uma grande quantidade de interação. A implementação preocupa-se mais com as funções manifestas do que com as funções latentes do direito (reconhecendo as funções latentes à medida que afetam as manifestas)<sup>14</sup>; é necessária uma visão instrumental, e não determinística, ou teórico-social, da ordem sociojurídica<sup>15</sup>.

A implementação é um assunto significativo para estudo, pois está envolvida em quase todas as intervenções governamentais de importância crítica em nosso tempo: oportunidade educacional, discriminação no emprego, controle de poluição, má conduta corporativa e muito mais. Também é importante em razão da crise de confiança sobre essas intervenções, surgida nas décadas de 1960 e 1970. Intrinsecamente difícil de realizar, a implementação recentemente pareceu impossível ou muito cara<sup>16</sup>.

## 1.2 Significado e importância de um modelo geral

O modelo apresentado neste artigo consiste em uma representação de atores e interações envolvidos em um típico processo de implementação, mas a abstração não é tão abstrata. Neste artigo procura-se destilar o essencial do que é descrito em estudos de caso de implementação factualmente densos, como os de litígios sobre financiamento da educação, educação compensatória, educação bilíngue, reforma prisional, dessegregação escolar e normas de equidade no trabalho<sup>17</sup>. Consequentemente, o modelo não é composto por “va-

<sup>10</sup> NE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, nota 3 *supra*.

<sup>11</sup> NE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1045.

<sup>12</sup> NE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1105-1111. Para uma discussão sobre tendências estáveis nas interações representadas pelo modelo, vide parte II(b)(8)(c).

<sup>13</sup> Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1072-1083.

<sup>14</sup> CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1094-1101.

<sup>15</sup> CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1101-1104.

<sup>16</sup> O “neoconservadorismo” define-se em termos de desilusão com os resultados e o potencial de programas sociais ambiciosos. GOODMAN, W. Irving Kristol: Patron Saint of the New Right. *The New York Times Magazine*, Seção 6, p. 90, 6 dez. 1981. Não é fácil distinguir a falta de entusiasmo em relação aos objetivos das dúvidas quanto à eficácia e ao custo. CLUNE, W. The Deregulation Critique of the Federal Role in Education. In: KIRP, D (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo). [N.T. Esta tradução manteve as referências às obras no prelo, tal como constantes da publicação original deste artigo].

<sup>17</sup> CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1091, n. 103, para uma coletânea de estudos de caso sobre implementação.

riáveis” em um alto nível de abstração. É preenchido por pessoas reais (ou, mais precisamente, organizações reais) interagindo entre si de maneiras intuitivamente familiares ou, pelo menos, plausíveis.

Um modelo geral de implementação pode ser extremamente útil. Os trabalhos existentes em matéria de implementação são parciais e fragmentados. Parciais porque o que normalmente se considera como pesquisa sobre implementação é, na realidade, pesquisa sobre diferentes partes do processo de implementação. Fragmentados porque a pesquisa não está inter-relacionada ou sintetizada, tampouco condensada em um só lugar. Com um modelo geral, a pesquisa sobre implementação pode ser categorizada de acordo com vários fatores, como por exemplo qual parte do processo é descrita e qual a perspectiva adotada.

Além de contribuir para organizar a pesquisa existente, um modelo geral ajuda a entender o processo de implementação e, portanto, tem valor teórico. O modelo em si tem um certo poder preditivo, explicativo e sensibilizador sobre o que provavelmente ocorrerá durante a implementação e por quê. A simples apresentação do processo em sua forma real nega tacitamente uma grande quantidade de possíveis hipóteses contrárias sobre o processo de implementação e sensibiliza os pesquisadores a respeito do que investigar. Além disso, certas implicações gerais do modelo podem ser utilmente inferidas, especialmente na medida em que essas ideias se afastam de outras visões de implementação ou têm implicações óbvias para a pesquisa. Quando parte do processo é considerada sem referência a outras partes, pode faltar um senso de limites realistas sobre as alternativas de implementação. Por exemplo, considerar o que adiante será denominado “Teoria da Sanção” sem referência às políticas de implementação<sup>18</sup> pode resultar em uma falsa percepção do leque de sanções e respostas possíveis. No mundo real da implementação, talvez não seja possível promulgar ou aplicar sanções que pareçam atrativas, por causa da realidade da política legislativa, administrativa e organizacional.

A referência a um modelo geral também tem consequências para a metodologia e para a avaliação de políticas. Quando se aprecia toda a gama de atividades envolvidas na implementação, fica claro que diferentes técnicas de pesquisa devem fazer parte da pesquisa de implementação. Muitos dos problemas mais frequentes da avaliação de políticas legislativas referem-se à ausência de entendimento sobre o processo de implementação. Por exemplo, a constatação reiterada e inútil de que todas as implementações falham em atingir seus objetivos ideais é, à luz de um modelo geral, simplesmente uma reformulação do fato de que uma intervenção jurídica é ela própria produto de um compromisso social, e não é mais do que a abertura de um processo complexo de compromisso e ajuste. A implicação para a política é que a intervenção deve ocorrer nas margens. De fato, um modelo geral provavelmente é útil, sobretudo para a análise de políticas públicas. A tendência da análise parcial de exagerar a importância de partes selecionadas do processo ou de omitir as qualificações necessárias é mais prejudicial quando se considera o valor de intervenções específicas e limitadas.

Por fim, um modelo geral é uma excelente maneira de examinar as mudanças das funções do direito e dos juristas. O modelo aqui apresentado é realmente sobre a forma do processo jurídico moderno – como ele funciona e quem faz o quê. As discussões sobre o direito moderno geralmente são excessivamente abstratas, porque é difícil imaginar o que está sendo discutido. Essa situação é especialmente infeliz porque as características predominantes do direito discutidas pelos teóricos são de fato ilustradas por eventos com os quais todos estamos familiarizados – eventos que vemos, ouvimos ou lemos todos os dias. Vale insistir que nenhum dos benefícios de um modelo geral depende do tipo de precisão que associamos, por exemplo, aos modelos de equilíbrio geral da economia. A precisão seria boa, mas é muito útil ter uma imagem geral válida das várias partes do processo e de como essas partes se relacionam.

<sup>18</sup> Para a discussão sobre os ciclos ascendente e descendente de implementação, vide partes II(B)(1) e III(A).



## 2 Um modelo “político” de implementação

Nesta seção aborda-se, primordialmente, com a apresentação e a explicação do modelo; os comentários são reservados para a parte III. No entanto, a natureza “política” característica do modelo deve ser discutida desde o início. O modelo é político no sentido de que as duas fases da produção normativa – formação e implementação de políticas – são representadas como um processo de luta, conflito e compromisso entre grupos de interesses conflitantes. De fato, na maior parte das vezes, os mesmos grupos de interesses estão envolvidos em ambas as fases do processo de produção normativa. Todavia, fases diferentes podem envolver distintos equilíbrios de poder e a política pode assumir formas diversas. Neste artigo, “direito” é simplesmente o equilíbrio atingido pelas forças em disputa, em um dado estágio do processo. No entanto, a norma jurídica constitui mais do que simplesmente um prêmio político ou um compromisso; consiste em um tipo muito especial de prêmio ou compromisso, pois determina comportamentos e resultados de maneira única e poderosa. Pessoas interessadas ou grupos de interesse são a força que conduz a motriz por trás da formulação e a implementação de políticas. Portanto, o propósito final de uma legislação é encontrado nas aspirações sociais das pessoas e não nas leis ou na história legislativa. A estrutura de uma legislação e sua história legislativa não só podem revelar a natureza das aspirações sociais que lhe são subjacentes, como também podem ajudar a explicar o escopo técnico e os limites da positividade de um objetivo social, bem como a maneira pela qual um propósito foi comprometido com outro. Mas o “objetivo” de uma lei não existe em abstrato; existe nos argumentos de que a letra ou o espírito de uma lei estão sendo violados e nos problemas éticos relativos à violação de requisitos mínimos de legalidade<sup>19</sup>. O modelo, portanto, descreve a implementação como um processo interativo entre *atores* produzindo *comportamentos*. Os comportamentos incluem normas (comandos legais), incentivos legais (essencialmente aplicáveis) e conformidade ou desconformidade em relação às normas.

Outra nota introdutória é necessária para evitar confusão. Basicamente, o modelo aplica-se tanto aos processos legislativos quanto aos administrativos, bem como a alguns litígios perante tribunais. No artigo anterior, a implementação foi definida de forma a incluir, apenas, um certo tipo de litígio, o “litígio de direito público”<sup>20</sup>. No contencioso de direito público, todas as funções e interações descritas no modelo são aplicáveis. A forma da interação é, obviamente, fortemente influenciada pelo contexto judicial. O comando jurídico<sup>21</sup> é uma decisão judicial, em vez de uma lei<sup>22</sup>; o monitoramento, a negociação e a solução de problemas são feitos por juízes e seus assessores<sup>23</sup>, em vez de agências administrativas<sup>24</sup>. Mas os elementos funcionais centrais da implementação são os mesmos: uma tarefa social difícil é satisfeita com uma política normatizada bem ajustada, atores interessados intervêm em todos os pontos do processo, defesas e desvios

<sup>19</sup> Para uma discussão sobre a mudança dos papéis do direito no direito político pós-moderno, vide parte IV.

<sup>20</sup> CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation, *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281-1316, 1976; DIVER, C. The Judge As Political Power broker: Superintending Structural Change in Public Institutions, *Virginia Law Review*, v. 65, p. 43-106, 1979; EISENBERG, T.; YEAZELL, S. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, *Harvard Law Review*, v. 93, p. 465-517, 1980; FLETCHER, W. Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 635-697, 1982; RHODE, D. Class Conflicts in Class Actions, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 1183-1262, 1982; Symposium: Judicially Managed Institutional Reform, *Alabama Law Review*, v. 32, p. 267-464, 1981; Special Project: The Remedial Process in Institutional Reform Litigation, *Columbia Law Review*, v. 78, p. 784-929, 1978; Note: IMPLEMENTATION Problems in Institutional Reform Litigation, *Harvard Law Review*, v. 91, p. 428-463, 1977; Note: INSTITUTIONAL Reform Litigation: Representation in the Remedial Process, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 1474-1492, 1982.

<sup>21</sup> [N.T.] No original, *legal mandate*. A expressão *legal mandate* foi traduzida como *comando jurídico* em todas as aparições no decorrer do texto.

<sup>22</sup> [N.T.] No original, *statute*. A palavra *statute* foi traduzida como *lei* em todas as aparições no decorrer do texto, evitando-se a confusão que o emprego do termo *estatuto* poderia ensejar.

<sup>23</sup> [N.T.] No original, *judge and judicial masters*.

<sup>24</sup> YUDOF, M. Plato’s Ideal and the Perversity of Politics (resenha de livro). *Michigan Law Review*, v. 81, p. 730-745, 1983, em especial p. 741-745 (poderes legislativos e tribunais em litígios institucionais são semelhantes nos métodos de representar interesses políticos, encontrar fatos, interpretar evidências de ciências sociais, elaborar remédios e decisões de implementação). De fato, a maioria das implementações envolve legislaturas, tribunais e agências administrativas; mas uma instituição geralmente tem responsabilidade primária. Para a discussão de várias instituições envolvidas na implementação, vide parte II(B)(8)(d).

organizacionais são removidos. Essas características comuns aumentam a utilidade de um modelo único para a implementação orientada por tribunais e agências.

## 2.1 Atores e comportamentos durante a implementação

Na Tabela 1, apresentam-se os atores básicos do processo de implementação e seus principais comportamentos (a natureza das interações será descrita na Tabela 2).

Tabela 1 - Atores básicos no processo de implementação e seus comportamentos

Atores externos	Atores Internos	Comportamentos <sup>25</sup>
(I) Grupos de interesse e Mídia	(A) Organizações normatizadoras (formuladoras de políticas)	(1) Comandos jurídicos
	(B) Organizações reguladoras e suas ideologias	(2) Incentivos legais
	(C) Organizações reguladas e suas ideologias	(3) Conformidade (incluindo desconformidade)

As “variáveis” são classificadas por colunas. “Atores externos” (coluna 1) referem-se à multiplicidade de grupos de interesses que intervêm na produção normativa e na implementação. Proeminentes entre esses grupos (I) seriam grupos de interesse em sentido técnico – a American Civil Liberties Union (ACLU), a National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)<sup>26</sup>, sindicatos, ambientalistas, *lobbies* empresariais – e os meios de comunicação. A implementação é um processo criado e dirigido por movimentos sociais; reformadores sociais e seus oponentes são ativos em todas as etapas. Consequentemente, o processo é político e agitado. “Atores internos” (coluna 2) são as organizações que elaboram, aplicam e são o alvo da política do governo. As organizações normatizadoras (formuladoras de políticas) (A) incluem legislativos, tribunais e agências administrativas, na medida em que iniciam políticas. As organizações reguladoras (B) são as agências responsáveis pela aplicação da lei por meio de medidas como sanções e inspeções<sup>27</sup>. As organizações reguladoras aplicam sanções – o direito em ação – às organizações reguladas (C).

Os “comportamentos”, na coluna 3, são comportamentos das organizações especificadas diretamente à esquerda na coluna 2. Portanto, os comandos jurídicos (1) são comportamentos das organizações normatizadoras (A); incentivos legais (2) são comportamentos das organizações reguladoras (B); e conformidade (incluindo desconformidade) (3) é um comportamento das organizações reguladas (C). Os resultados jurídicos não são descritos pelo modelo, nem são por ele considerados. Os motivos dessa exclusão, juntamente com os motivos de muitas outras exclusões, são apresentados no primeiro artigo<sup>28</sup>. As ideologias das organizações reguladoras e reguladas são explicitamente mencionadas devido à grande importância, para o processo de implementação, de orientações em relação ao direito vigente para ambos os tipos de organizações.

## 2.2 Interações-padrão durante a implementação

A implementação é sobretudo um processo interativo. Qualquer ação jurídica ou política pode ser recebida com uma reação das organizações afetadas. Assim, um projeto de lei ou uma decisão judicial prola-

<sup>25</sup> [N.T.] No original, os comportamentos são identificados como (1) *Legal Commands*, (2) *Legal Incentives* e (3) *Compliance Behavior (including Noncompliance)*.

<sup>26</sup> [N.T.] No original, constam apenas as siglas ACLU e NAACP.

<sup>27</sup> Uma das características estruturais incomuns dos tribunais é que eles combinam produção normativa e funções reguladoras em uma única organização.

<sup>28</sup> Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1066-72.

tada para garantir direitos civis podem ser cumpridos com iniciativas legislativas destinadas a atenuá-los ou reforçá-los. Os regulamentos promulgados com base na legislação podem enfrentar resistência política e ser revogados. Medidas de coerção, como a ameaça de sanções, podem ser recebidas com retrocesso político, projetado para produzir um recuo da ameaça, ou com várias adaptações organizacionais. Ao longo da “história” de uma dada implementação, os esforços contínuos para alterar a base jurídica são comuns. Às vezes, esse jogo político consegue obter uma mudança marcante – por exemplo, os esforços da gestão Reagan para consolidar subsídios federais vinculados<sup>29</sup>.

Um modelo “político” presumivelmente deve descrever as interações políticas, e não é demais dizer que o modelo apresentado neste artigo consiste, exclusivamente, em interações. Esta seção do artigo apresenta as interações “padrão” durante a implementação; isto é, aquelas que, por parecerem ocorrer repetidas vezes, dão à implementação sua “forma” característica<sup>30</sup>. Algumas implicações de “interatividade” ou “recursividade”, como adiante denominadas, serão exploradas em uma seção posterior.

Na Tabela 2, apresentam-se elementos analiticamente distintos das interações. As interações são apresentadas em “ordem lógico-cronológica”, como se a estrutura oficial do processo jurídico se refletisse em estágios temporais. Esses tipos de interações, no entanto, podem ocorrer de forma diferente em implementações reais. Em implementações reais, as interações podem ser simultâneas e sequenciais; várias combinações institucionais podem ocorrer – por exemplo, a intervenção dos tribunais em um processo em grande parte administrativo. Além disso, existem tendências de longo prazo, ajustes cibernéticos de interesses conflitantes que atingem um ponto de relativa estabilidade. Esses refinamentos essenciais serão discutidos depois que as interações analiticamente distintas forem consideradas<sup>31</sup>. É importante isolar os tipos de interações que ocorrem nas várias combinações do mundo real. Observe-se que cada interação se refere aos atores e comportamentos indicados na Tabela 1, com uso das indicações de letras e números daquela tabela.

Tabela 2 - Interações-padrão durante a implementação em sequência “lógica”

<p>I. O “CICLO DESCENDENTE”</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Formulação de políticas [(I) → (A) → (1) na Tabela 1]</li> <li>2. Implantação de incentivos legais [(1) → (B) → (2)]</li> <li>3. Respostas das organizações reguladas [(2) → (C) → (3)]</li> <li>4. Interações implantação-resposta [(2) → (3); (3) → (2)]</li> </ol>
<p>II. O “CICLO ASCENDENTE”</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Influência sobre as políticas formais das agências reguladoras por <i>insiders</i> e alianças <i>insiders-outsiders</i> [(C) → (B) → (2); (C)/(I) → (B) → (2)]</li> <li>2. Influência sobre os poderes legislativos por <i>insiders</i> e <i>outsiders</i> para obter mudanças na base jurídica<sup>32</sup> [(C)/(I) → (A) → (1)]</li> </ol>

<sup>29</sup> Os esforços do governo em educação culminaram no *Education Consolidation and Improvement Act* (ECIA), de 1981, Pub. L. No. 97-35, 95 Stat. 463 (codificado conforme alterações em seções dispersas de 20, 21 U.S.C.). Embora contivesse mudanças importantes, o ECIA foi menos “consolidativo” do que a gestão desejava e originalmente propôs. Programas bilíngues e para pessoas com deficiência não faziam parte da consolidação; e o principal programa educacional federal, o Título I do *Elementary and Secondary Education Act*, de 1965, Pub. L. No. 89-10, 79 Stat. 27, 27-36 (auxílio a estudantes desfavorecidos), foi mantido, com alterações, como o capítulo 1 da ECIA. 95 Stat. em 464-69 (codificado conforme alterações em seções dispersas de 20 U.S.C.).

<sup>30</sup> Como a implementação é um processo longitudinal dinâmico, e não um processo estático, a palavra “forma” deve ser entendida adequadamente. A ideia de forma na música é uma analogia mais apropriada que a forma na arquitetura.

<sup>31</sup> Para uma discussão das interações em ação, vide parte II(B)(8).

<sup>32</sup> [N.T.] No original, *Underlying Mandates (Statutes)*.

No restante desta seção, cada tipo de interação será discutido e exemplificado separadamente. A discussão dirá respeito ao tipo de atividade que ocorre em cada fase da implementação.

### 2.2.1 Ciclo ascendente versus ciclo descendente

Conforme refletido na Tabela 2, todas as interações da implementação podem ser consideradas parte de um “ciclo descendente” ou de um “ciclo ascendente”. O ciclo descendente é orientado para a conformidade. Começa com a emissão de um comando jurídico, continua com a implantação de incentivos legais e termina com a conformidade ou desconformidade por parte do setor regulado. O ciclo ascendente, por outro lado, é orientado para o governo, seus comandos e suas sanções cotidianas. Durante a implementação, as organizações reguladas e seus aliados empreendem contínuos esforços para obter compromissos nas demandas que recebem das organizações reguladoras. Em uma ação judicial, esses esforços tomam a forma de tentativas de modificar a decisão ou de obter várias medidas corretivas. Na prática administrativa, é comum o *lobby* para fortalecer ou enfraquecer as leis, regulamentos administrativos e sanções administrativas<sup>33</sup>.

Talvez o aspecto mais difícil da implementação, do ponto de vista da teoria e da política, seja esse fluxo e refluxo de forças contrárias. Em qualquer implementação real, idas e vindas existem a qualquer momento e ao longo da implementação. Como consequência, o processo de implementação pode parecer mais com uma campanha militar do que com o desenvolvimento calmo e ordenado da política. Quando a política se desenvolve de maneira ordenada, isso indica que conflitos foram resolvidos em uma multiplicidade de conjunturas críticas, de forma ao menos razoavelmente consistente com o objetivo fundamental da lei.

Um bom exemplo desse fluxo e refluxo de forças contrárias é a longa demanda *Robinson versus Cabill*<sup>34</sup>, sobre financiamento da educação. Durante cerca de seis anos, os tribunais e o legislativo de Nova Jersey negociaram três complexos diplomas normativos, um julgamento de primeira instância e sete decisões da Suprema Corte, incluindo uma dramática e conflituosa ordem de fechamento das escolas de Nova Jersey. O resultado foi um compromisso. A fase administrativa da implementação não poderia começar até que o tribunal e o legislativo resolvessem o conflito. Essa fase também conteria inúmeros compromissos, já que a burocracia escolar labiríntica começaria a implementar as exigências básicas do texto final<sup>35</sup>.

### 2.2.2 Formação de políticas: obtenção e especificação do comando jurídico

O primeiro passo da longa série de ajustes que denominamos implementação ocorre quando os movimentos sociais obtêm um comando jurídico do governo<sup>36</sup>. Compreender o movimento social por trás de

<sup>33</sup> Sobre litígios institucionais, vide nota 16 *supra*, sobre *lobby* no processo administrativo, vide parte II(B) (6) (influência sobre as organizações reguladoras para mudar a política formal).

<sup>34</sup> 118 N.J. Super. 223, 287 A.2d 187, *supp'd*, 119 N.T. Super. 40, 289 A.2d 569 (1972), *modified*, 62 N.J. 473, 303 A.2d 273, *reargued*, 63 N.J. 196, 306 A.2d 65, *cert. denied* Dickey v. Robinson, 414 U.S. 976 (1973); 67 N.J. 333, 339 A.2d 193, 69 N.J. 133, 351 A.2d 713, *cert. denied sub nom.* negado Klein v. Robinson, 423 U.S. 913 (1975); 69 N.J. 449, 355 A.2d 129, *supp'd*, 70 N.J. 155, 358 A.2d 457, *injunction dissolved*, 70 N.J. 464, 360 A.2d 400 (1976). Típico de litígios institucionais ou de direito público, Robinson não é realmente um “caso”, mas uma série de interações entre vários tribunais e outros órgãos do governo. Ainda assim, o caráter vinculado das decisões judiciais e o poder hegemônico dos tribunais conferem um grau incomum de coerência às implementações geridas judicialmente. CLUNE, W.; LINDQUIST, R. Serrano e Robinson: Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation. In: PIELE, P. (ed.). *II Schools and the Courts*. 1979. p. 67-106, em especial p. 84-104.

<sup>35</sup> CLUNE, W.; LINDQUIST, R. Serrano e Robinson: Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation. In: PIELE, P. (ed.). *II Schools and the Courts*. 1979, p. 67-106, em especial p. 97-104 e 107-111.

<sup>36</sup> Para exemplos de movimentos sociais que buscaram comandos jurídicos: HANDLER, J. *Social movements and the legal system – a theory of law reform and social change*. 1978; KLUGER, R. *Simple Justice - The history of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. 1976; PIVEN, F.; CLOWARD, R. *Poor people's movements: why they succeed, how they fail*. 1977; BELL, D. The Dialectics of School Desegregation, *Alabama Law Review*, v. 32, p. 281-298, 1981; LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*. 30 jun. 1982, p. II.1-119 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

uma implementação específica é crucial para entender a própria implementação. A “Teoria” da Lei, pela perspectiva do movimento, é o que geralmente consideramos o propósito social “puro” da lei, como quando se considera a não discriminação no emprego como finalidade do Título VII<sup>37</sup> ou da Ordem Executiva 11.246<sup>38 39</sup>. Mais importante, a teoria ou a “visão” de bem social mantida pelo movimento é necessária para explicar as reações do movimento às ações do governo ao longo da implementação. Podemos, por exemplo, prever as reações do movimento ambientalista às ações do Secretário do Interior Watt, pois temos uma apreciação intuitiva dos objetivos e da visão do movimento. Pelas mesmas razões, também é necessário entender a oposição ao movimento. Os compromissos inicialmente incorporados a todas as leis conquistadas por movimentos sociais são diretamente atribuíveis aos poderosos grupos de interesse que se opõem a essa iniciativa. A Teoria dos Defeitos da Legislação, ou dos interesses contra os quais os objetivos do movimento social devem ser equilibrados para se determinar sua razoabilidade, surge da estrutura de interesses representada por organizações potencialmente reguladas. Os ajustes nessa mesma linha procedem da mesma origem – oposição ao movimento social.

No artigo anterior, explicou-se por que a implementação começa propriamente no momento em que o comando jurídico torna-se específico. Nesse ponto, ocorre primeiramente o ajuste fino do objetivo social subjacente às difíceis realidades sociais<sup>40</sup>. Os comandos próprios de implementação são materializações estruturais das forças sociais em conflito. O movimento social que propõe a lei e as organizações que a ela se opõem deixam suas respectivas marcas ao longo do texto legal. Em certo sentido, a ordem não consiste em nada além desses compromissos. Sob a Ordem Executiva 11.246, por exemplo, foram estabelecidas metas para contratações de acordo com o número de mulheres e minorias nos grupos de candidatos disponíveis<sup>41</sup>. Essa abordagem não promove uma ação afirmativa tanto quanto outras abordagens. De fato, tratou-se de uma concessão às organizações reguladas e que limitou severamente a quantidade de contratações exigida por lei<sup>42</sup>. Além disso, um contratante somente seria responsabilizado em caso de má-fé na contratação<sup>43</sup>.

A série de compromissos contidos na ordem executiva revela três pontos importantes sobre o processo de implementação. Primeiro, esses compromissos restringem todas as ações subsequentes durante a implementação; eles estabelecem o limite do que é lícito e razoável. Eles são a lei. Segundo, manifestações pontuais das mesmas forças conflitantes se repetem em inúmeras conjunturas subsequentes. O conflito entre o apoio e a oposição a mais contratações de minorias está profundamente enraizado na estrutura social. A pressão sobre um contratante individual para melhorar seus indicadores ilustra o conflito tanto quanto os compromissos incorporados ao comando jurídico. Terceiro, falar em “comando jurídico” como se fosse um ponto de referência fixo é completamente enganoso. Desde o presidente Roosevelt, muitas ordens executivas foram emitidas a respeito de ações afirmativas na contratação; a Ordem Executiva 11.246 é apenas a mais recente. Cada uma representa uma resolução ligeiramente diferente das forças sociais concorrentes, uma “receita” ligeiramente diferente de ajustes-padrão<sup>44</sup>. Numa visão prospectiva de uma implementação, pode-se antecipar

<sup>37</sup> *Civil Rights Act*, de 1964, Pub. L. No. 88-352, §§701-716, 78 Stat. 241, 253-66, alterada pelo *Equal Employment Opportunity Act*, de 1972, Pub. L. No. 92-261, 86 Stat. 103 (versão atual em 42 U.S.C. §2000e (1) – (17) (1976)).

<sup>38</sup> 30 Fed. Reg. 12.319 (1965).

<sup>39</sup> [N.T.] No original, *Executive Order*, que corresponderia, em termos, ao decreto no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>40</sup> CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What “Implementation” Isn’t: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, nota 3 *supra*, p. 1060.

<sup>41</sup> 41 C.F.R. 5 60-2,11 (1982) (análise de utilização); *idem*, §60-2,12 (objetivos e cronograma).

<sup>42</sup> No ensino superior, por exemplo, definir metas de contratação em termos de minorias qualificadas disponíveis significa que as metas para muitos departamentos acadêmicos de tamanho considerável são zero, uma ou duas minorias. Uma análise de 1979 sobre as metas de ação afirmativa da Universidade de Wisconsin, por exemplo, constatou que as minorias representavam 2% da disponibilidade de força de trabalho em economia (pessoas qualificadas com a formação exigida). Dois por cento do total de 37 faculdades de economia implicava uma representação minoritária de 0,75 (arredondado para 1). Como, à época, não havia minorias em economia, seu objetivo de ação afirmativa era uma contratação. A disponibilidade de minorias em astronomia foi definida em 0,9%, implicando uma “meta” de zero contratações em um departamento de nove pessoas. (Vice-Chanceler para assuntos acadêmicos. *Relatório de 1978 sobre ação afirmativa e contratação de professores*, Universidade de Wisconsin-Madison, 22 de maio de 1979).

<sup>43</sup> Vide 41 C.F.R. §60-2,15 (1982).

<sup>44</sup> A cronologia e a abordagem distinta de cada ordem executiva são apresentadas em: LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic En-*

que modificações da base jurídica serão frequentemente buscadas e por vezes obtidas<sup>45</sup>. É apenas um exagero relativo dizer que comandos jurídicos, como regulamentos e interações de execução, vêm e vão.

Assim, por uma pluralidade de razões convincentes, a implementação inclui a obtenção e a especificação do comando jurídico. É difícil narrar qualquer parte da história de uma implementação sem referência aos limites legais existentes, e é absolutamente impossível narrar a história completa de uma implementação sem atenção substancial à formação das políticas.

### 2.2.3 Implantação de incentivos legais

O comando jurídico é, na verdade, apenas “direito nos livros” (exceto pelos impactos simbólicos, cuja exclusão da implementação foi discutida no artigo anterior<sup>46</sup>). Para aplicar de forma efetiva a política normatizada às organizações reguladas, é necessário implantar incentivos legais. Os incentivos legais devem ser entendidos de maneira ampla, para incluir a imposição real ou provável de qualquer ação positiva ou negativa. Portanto, as sanções são apenas uma pequena parte dos incentivos legais. Outros são ordens diretas de executar ou não uma ação, exigências burocráticas, inspeções, investigações e ainda a ameaça de cada uma dessas medidas. O total de recursos aplicados na execução e a habilidade com que esses recursos são organizados e gerenciados são elementos óbvios da estrutura de incentivos.

A maioria das relações regulatórias é longa, com incentivos informais e intermediários, como a chamada “sanção burocrática”<sup>47</sup>, e poucas punições. Em matéria de subsídios federais, por exemplo, uma auditoria pode resultar em muito trabalho extra para a organização regulada e, portanto, pode levar a uma mudança consensual em suas práticas. Além disso, as reclamações geralmente são tratadas por meio da estrutura administrativa, em lugar de se proceder à sanção final da descontinuação de recursos<sup>48</sup>.

A “ideologia” da organização reguladora é um dos principais determinantes dos incentivos legais. “Ideologia”, nesse sentido, refere-se à orientação da agência em relação à finalidade da lei<sup>49</sup>. Obviamente, é provável que uma agência profundamente comprometida com o direito implante uma estrutura de incentivos diferente de uma agência relativamente indiferente. Uma reclamação comum sobre novos propósitos de agências que emergem dos movimentos sociais é que elas são excessivamente zelosas em sua estratégia de execução e que tomam ações “pró-movimento” não permitidas pela base jurídica<sup>50</sup>. Pessoas simpáticas ao movimento

---

*forcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*, 30 jun. 1982, p. p. III.1-165 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

<sup>45</sup> Um bom exemplo de política prolongada sobre os termos de uma lei é o Título I da Lei do Ensino Fundamental e Médio (ESEA), Pub. L. No. 89-10, 79 Stat. KIRST, M. JUNG, R. *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View Of Title I, Esea*. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, Relatório de projeto n. 80-B18, 1980; Vide também nota 67 *infra* (padrão *Adams versus. Richardson* de intervenção judicial).

<sup>46</sup> Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, 1061-1066.

<sup>47</sup> Sanções burocráticas não fiscais, que podem ser avaliadas sem a inconveniência de processo formal, são apenas uma ferramenta do “sistema informal de gestão” que ajuda a implementar doações federais. HILL, P. *Enforcement and informal pressure in the management of federal categorical programs in education*. Nota avulsa N-1232-HEW, 1979, p. 14-29.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 10-12. Em geral, as recomendações de auditoria para cortar recursos são atenuadas pela pressão política que surge em defesa de um programa ameaçado. Verdadeiros cortes interrompem o serviço que a subvenção visa prover e queixas por malversação de recursos são frequentemente reparadas com recursos do subsídio atual.

<sup>49</sup> Uma lista de fontes que lidam com vários aspectos da ideologia inclui, em geral: SCHURMANN, F. *Ideology and Organization in Communist China*. 2. ed., 1968; nas organizações reguladoras: KAUFMAN, H. *The forest ranger*. 1960; TAYLOR, S. *Environmental analysts in the bureaucracy: the impact statement strategy of administrative reform* (no prelo); em organizações regulamentadas: METZ, M. *Classrooms and corridors: the crisis of authority in desegregated secondary schools*, 1978; MURPHY, J. *State education agencies and discretionary funds*. 1974 (uma versão curta deste estudo está em: MURPHY, J. Title V of ESEA: The Impact of Discretionary Funds on State Education Bureaucracies. *Social Program Implementation*, 1976, p. 77 e ss.).

<sup>50</sup> GLAZER, N. *Affirmative Discrimination*. 1975, p. 213-214. Uma das principais razões para consolidar a instalação do Escritório Federal de *Compliance* em Contratos em uma agência foi circunscrever o leque de discricionariedade dos inspetores de campo. Alguns inspetores estavam excedendo os limites da lei por excesso de zelo pelos interesses sociais subjacentes, enquanto outros estavam se esquivando da responsabilidade legal. Treinamento de investigadores e desenvolvimento de um manual de aplicação foram aspectos adicionais e limitadores de discricionariedade da consolidação. LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic Enforcement: The Implemen-*

social estão compreensivelmente ansiosas por romper as restrições impostas pelos compromissos cautelosos contidos em muitas ordens de implementação. Igualmente compreensível, aquelas forças que se opõem aos movimentos sociais percebem como exageradas até mesmo interpretações jurídicas razoáveis em favor do movimento. Para cada um dos lados, os compromissos da lei são convenientes, mas quase nunca desejáveis.

## 2.2.4 Respostas das organizações reguladas

Organizações reguladas respondem a incentivos legais com alguma combinação de conformidade e desconformidade. Qualquer programa implementado em sua integralidade produzirá um mínimo de cumprimento, ao mesmo tempo em que, por mais bem-sucedida que seja a implementação, há também confusão, procrastinação e evasivas. A chave para entender as respostas das organizações reguladas é ter em mente que elas devem integrar os incentivos em prol de novos comportamentos encorajados pela implementação com os muitos propósitos organizacionais preexistentes e em desenvolvimento, formais e informais. A competição com outros propósitos organizacionais é a razão pela qual o cumprimento de metas da implementação é sempre problemático para uma organização e raramente o cumprimento é mais do que parcial. A conformidade é custosa; requer a exclusão de outros objetivos organizacionais. Para entender o conflito entre conformidade e metas organizacionais, é necessário entender alguns detalhes do tipo específico de organização. Ou seja, a implementação deve ser “contextualizada”<sup>51</sup>. Nas prisões, a exigência de que os prisioneiros possam receber correspondências pode demandar uma equipe de inspeção de correspondências, de forma a limitar os riscos de contrabando; essa restrição orçamentária pode ser custeada com a redução do corpo docente no sistema educacional da prisão<sup>52</sup>.

O processo pelo qual as organizações respondem aos incentivos e a organização interna pela qual o fazem também são importantes. No nível mais amplo, em geral, as organizações não têm a capacidade de reformular completamente seu comportamento para acomodar novos incentivos. Os ajustes são feitos parcial e marginalmente, para que a organização minimize a incerteza, mesmo que isso não maximize a eficiência<sup>53</sup>. Algumas organizações estão particularmente mal equipadas para dar respostas organizadas. Escolas são um especial exemplo de “acoplamento fraco”<sup>54</sup>. Os administradores que tecnicamente estão em posições hierárquicas de autoridade têm relativamente pouco controle sistemático ou conhecimento sobre atividades essenciais de sala de aula<sup>55</sup>.

Organizações reguladas não são apenas maximizadoras de utilidade racional. Toda organização tem uma “cultura” (próxima do que foi chamado de “ideologia” das organizações reguladoras)<sup>56</sup>. Essa cultura pode distorcer a importância e a relevância dos incentivos em comparação com o que se poderia esperar com um cálculo de “dólares e centavos”. Nas corporações, uma razão para a ineficácia das sanções legais é que o sucesso do empreendedor é muito mais valorizado do que uma cultura de respeito às leis na organização

---

tation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order, 30 jun. 1982, p. III.1-165 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

<sup>51</sup> KIRP, D. *Just Schools: The Idea of Racial Equality in American Education*, 1982. p. 53-56 e 59-60.

<sup>52</sup> Wis. ADMIN. CODE §HSS 309.05 (1982). DICKEY, W. The Promise and Problems of Rulemaking in Corrections: The Wisconsin Experience. *Wisconsin Law Review*, p. 285-340, 1983.

<sup>53</sup> MURPHY, J. *State education agencies and discretionary funds*. 1974. p. 13-17.

<sup>54</sup> WEICK, K. Educational Organizations as Loosely Coupled Systems. *Administrative Science Quarterly*, v. 21, p. 1-19, 1976, em especial p. 3; WEICK, K. Administering Education in Loosely Coupled Schools. *Phi Delta Kappan*, v. 63, p. 673-676, 1982, em especial p. 673-676. Para uma ampla discussão sobre propriedades organizacionais de escolas: MILES, M. Common Properties of Schools *Context: The Backdrop for Knowledge Utilization and “School Improvement”*. National Institute of Education, 1980. Idem, p. 61, n. 17 avalia o conceito de acoplamento fraco.

<sup>55</sup> SPROULL, L. Managing Education Programs: A Micro behavioral Analysis. *Human Organization*, v. 40, p. 113-122, 1981, em especial p. 117-118.

<sup>56</sup> MURPHY, J. *State education agencies and discretionary funds*. 1974, p. 14-15. SARASON, S. *The culture of the school and the problem of change*. 1971. O termo “sistema social burocrático”, empregado por meu colega Joel Handler, capta a dualidade dos aspectos organizacionais e culturais das organizações reais.

empresarial. Logo, mesmo quando as sanções legais são severas, a falha em evitá-las é tolerada, se incorrida na busca de um objetivo comercial que a cultura organizacional define como legítimo<sup>57</sup>.

O conflito entre incentivos legais e metas organizacionais leva a todo tipo de manobras e “jogos”<sup>58</sup>. Queixas, demoras e confusões são rotina. Organizações sujeitas a determinações legais geralmente reclamam do custo do cumprimento, da dificuldade em obter informações e de outros problemas. O descumprimento pode ser “culpa dos outros”<sup>59</sup>, como quando o legislativo não fornece fundos necessários para permitir à organização regulada cumprir os objetivos da implementação.

O conflito entre incentivos legais e metas organizacionais também leva a desacordos sobre o que constitui uma conformidade “real” *versus* o que constitui uma conformidade “técnica”. O conflito é, portanto, a fonte do que os sociólogos chamam de “deslocamento do objetivo” e o que os filósofos do direito chamam de “legalismo”<sup>60</sup>. Agentes de polícia sujeitos a uma cota de notificações por infrações de trânsito podem lavrar muitas multas que seus superiores não consideram de alta prioridade. Requisitos de ação afirmativa levam a disputas sobre quem é uma verdadeira minoria – por exemplo, aristocratas com sobrenomes espanhóis são um “grupo minoritário”? Escolas obrigadas a demonstrar a existência de serviços suplementares para certas categorias de estudantes podem isolá-los da sala de aula regular durante parte do dia, mesmo que o isolamento seja pedagogicamente danoso<sup>61</sup>.

A resposta a incentivos legais produz algum grau de “institucionalização” de comportamentos de conformidade por parte da organização regulada<sup>62</sup>. A institucionalização é uma mudança na própria organização, não apenas em seu comportamento. Essas mudanças relativamente permanentes incluem burocracias internas de *compliance*, ou “governos-sombra”, como especialistas em subsídios federais nas burocracias escolares<sup>63</sup>. Além disso, a institucionalização inclui mudanças mais ou menos estáveis nos deveres e práticas do quadro de funcionários existentes, como uma nova orientação dos psicólogos escolares em relação às pessoas com deficiência e mudanças na orientação cultural da organização, como novas atitudes em relação à discriminação racial. O grau de permanência da institucionalização é imensamente variado<sup>64</sup>. Novas

<sup>57</sup> STONE, C. *Where the law ends: the social control of corporate behavior*. 1975. p. 7, 46-57, 67-69.

<sup>58</sup> BARDACH, E. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. 1977. p. 38-40, 55-58.

<sup>59</sup> Ou, como escreve Bardach, do ponto de vista da corporação, a não conformidade é “não é nosso problema” (Idem, p. 159).

<sup>60</sup> Sobre deslocamento de meta: idem, p. 85-95; BLAU, P. *The Dynamics of Bureaucracy – A Study of Interpersonal Relations in Two Government Agencies*, 1963, p. 231-265; PRESSMAN, J.; WILDAVSKY, A. *Implementation*. 2. ed. 1979, p. 1 e *passim*; SELZNICK, P. *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organization*. 1949. p. 259 (“deflection of goals”); BARRO, S. *Federal Education Goals and Policy Instruments: An Assessment of the “Strings” Attached to Categorical Grants in Education*. In: TIMPANE, M. (ed.), *The Federal Interest in Financing Schooling*, 1978, p. 229 e ss. Sobre legalismo: BARDACH, E.; KAGAN, R. *Going By The Book: The Problem Of Regulatory Unreasonableness*, 1982. p. 93-123; KAGAN, R. *Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze* 1978. p. 90-97; SHKLAR, J. *Legalism*, 1964, p. 113-123.

<sup>61</sup> ARCHAMBAULT, F.; ST. PIERRE, R. *The Effect of Federal Policy on Services Delivered Through ESEA Title I*. *Educational Evaluation and Policy Analysis*. p. 33-46, maio/jun. 1980, em especial p. 42; GLASS, G.; SMITH, M. “Pull Out” in *Compensatory Education* (2 de novembro de 1977) (manuscrito não publicado arquivado na *Iowa Law Review*). Sobre alternativas ao sistema de extensão, TURNBULL, B.; SMITH, M.; GINSBURG, A. *Issues for a New Administration: The Federal Role in Education*, *American Journal of Education*, v. 89, p. 396-427, 1981, em especial, p. 417-421.

<sup>62</sup> MEYER, M. *Strategies for Further Research: Varieties of Environmental Variation*. In: *Environments and Organizations*, 1978, p. 352 e ss., em especial p. 355-357; MEYER, J.; ROWAN, B. *The Structure of Educational Organization*. In: idem, p. 78, 79-81; MEYER, J.; SCOTT, R.; COLE, S.; INTILI, J. *Instructional Dissensus and Institutional Consensus in Schools*. In: idem, p. 233-263, em especial p. 256-263; MEYER, J.; ROWAN, B. *Institutional Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*. *American Journal of Sociology*, v. 83, p. 340-363, 1977, em especial p. 346-348; MEYER, J.; SCOTT, R.; DEAL, T. *Institutional and Technical Sources of Organizational Structure Explaining the Structure of Educational Organizations*, maio 1980 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor); também: BERMANI, P.; MCLAUGHLIN, M. *Federal Support for Improved Educational Practice*. In: TIMPANE, M. (ed.). *The Federal Interest in Financing Schooling*. 1978, p. 209 e ss., em especial p. 216-219.

<sup>63</sup> O termo “sombra” é derivado de: MNOOKIN, R.; KORNHAUSER, L. *Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce*. *Yale Law Journal*, v. 88, p. 950-997, 1979. A ideia de um governo privado existente como uma sombra da lei é, todavia, uma extensão do contexto de um divórcio individualista. GALANTER, M. *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 19, p. 1-47, 1981. A ideia geral é a de que muitas atividades e estruturas, diferentes da conformidade com comandos específicos, ocorrem como resposta à lei.

<sup>64</sup> TYACK, D.; KIRST, M.; HANSOT, E. *Educational Reform: Retrospect and Prospect*. *Teachers College Record*, v. 81. p. 253-269,



atitudes em questões raciais são provavelmente irreversíveis. A prática de desenvolver planos de educação individual para pessoas com deficiência é, de alguma forma, fortemente arraigada. Em contraste, algumas regulamentações das escolas produzem “projetos” fracos, que existem à margem das operações estabelecidas e são abandonados tão logo os incentivos legais são descontinuados<sup>65</sup>. É importante lembrar que a institucionalização pode ser pernicioso e disfuncional, como também pode ser eficientemente orientada para a conformidade. A excessiva ênfase na responsabilidade fiscal, por exemplo, pode destruir uma organização gerando medo, ressentimento e estagnação da produtividade por meio de medidas defensivas de cumprimento técnico obsessivo.

## 2.2.5 Interações implantação-resposta

O modelo incentivo-resposta descreve muitas das interações ocorridas durante a implementação. Regras e incentivos legais são estabelecidos, e as organizações reguladas respondem a eles de maneira calculada. Por exemplo, a nova legislação federal contém disposições no sentido de que as escolas privadas devem ser incluídas em diversos programas<sup>66</sup>. As agências locais de educação decidirão o que essas provisões exigem na prática. Da mesma forma, o modelo incentivo-resposta é apropriado para muitas ações administrativas. Às vezes, uma agência ou tribunal emite uma ordem para praticar ou não determinado ato, e a organização regulada simplesmente deve decidir como responder. Esse modelo incentivo-resposta não se aplica igualmente a todas as interações do processo de implementação. De fato, o modelo incentivo-resposta unidirecional é altamente falacioso quando aplicado a um segundo tipo de interação de implementação. Essas interações são mútuas, simultâneas, contínuas e negociadas. Na ausência de melhor denominação, na Tabela 2, elas foram chamadas de “interações implantação-resposta”.

A essência dessas interações é que as organizações reguladoras e reguladas negociam, ou “constroem”, o significado de conformidade durante um período de tempo<sup>67</sup>. Essa negociação tende a ocorrer no que Reiss e Biderman chamam de “relação de conformidade”<sup>68</sup>. A relação de conformidade é uma relação regulatória contínua na qual definições precisas de conformidade e desconformidade estão indisponíveis, principalmente porque várias excusas para a desconformidade “técnica” podem ser aceitas, mas também porque o conflito político pode ter deixado a própria definição técnica de conformidade relativamente vaga. Nessa relação contínua, a sobrevivência e a legitimidade da organização regulada é tida como desejável. O processo regulatório consiste em atingir um equilíbrio adequado entre os objetivos da regulação e os interesses concorrentes legítimos da organização regulada, como no caso da ação afirmativa em matéria de contratações.

Em relações de conformidade, a pressão da agência reguladora é sequencial e incremental, a fim de levar as organizações reguladas a incrementos factíveis de conformidade. A definição de conformidade não é dada pela lei, mas sim construída socialmente pelas partes, com base nas ações que elas entendem ser suficientes em quaisquer circunstâncias. Se a desconformidade parece existir, a organização regulada deve per-

---

1980, em especial p. 256-263.

<sup>65</sup> Para uma discussão dos fatores que levaram à institucionalização de alguns projetos e não de outros: BERMANI, P.; MCLAUGHLIN, M. Federal Support for Improved Educational Practice. In: TIMPANE, M. (ed.). *The Federal Interest in Financing Schooling*, 1978, p. 209 e ss., em especial p. 217-219.

<sup>66</sup> *Education Consolidation and Improvement Act*, de 1981, Pub. L. No. 97-35, §586, 95 Stat. 463, 477 (codificado em 20 U.S.C. §3862 (Supp. V 1981)). Compare-se com 20 U.S.C. §3086 (Sup. V 1981) com id. §3862.

<sup>67</sup> BLAU, P. *The Dynamics of Bureaucracy: A Study of Interpersonal Relations in Two Government Agencies*, 1963, p. 121-228; DERTHICK, M. *The influence of federal grants*. 1970; HAWKINS, K. *Environment and enforcement: the social construction of pollution* (no prelo); HAWKINS, K.; THOMAS, J. *Enforcing regulation: policy and practice*, 1983; HAWKINS, K. Bargain and Bluff: Compliance Strategy and Deterrence in the Enforcement of Regulation. *Law & Policy Quarterly*, v. 5, p. 35-73, 1983; HILL, P. *Enforcement and informal pressure in the management of federal categorical programs in education*. Nota avulsa N-1232-HEW, 1979. Grande parte da discussão desta seção deve-se a uma apresentação de Keith Hawkins intitulada “A estratégia de conformidade”, no Colóquio Interdisciplinar de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, em 6 de novembro de 1981.

<sup>68</sup> REISS, A.; BIDERMAN, A. *Data Sources on White-collar Law-breaking*. Instituto Nacional de Justiça, Departamento de Justiça dos EUA, 1980. p. 131-137.

suadir a organização reguladora com justificativas plausíveis. Nessa situação, a boa vontade é tão importante quanto os resultados concretos, a honestidade em reconhecer problemas é tão importante quanto a ausência deles, e o planejamento é tão importante quanto a ação.

A construção social da conformidade é negociada por meio de barganha, na qual a organização regulada troca informações e promessas por aconselhamento e tolerância quanto a sanções por parte da organização reguladora. Sanções formais e informais são empregadas em vários pontos para pressionar a organização regulada a uma maior cooperação. Reciprocamente, se sentirem que a organização reguladora<sup>69</sup> está atuando de maneira não razoável, as organizações reguladas podem recorrer a obstrução, ação judicial e apelos políticos. Derradeiras sanções punitivas (como o corte de recursos ou a imposição de condenações a penas privativas de liberdade) raramente são invocadas ou obtidas, porque elas interrompem o relacionamento contínuo e desafiam a legitimidade das organizações reguladas. Algumas organizações reguladas, no entanto, podem ser consideradas completamente irracionais e indiferentes, e sanções máximas podem ser invocadas contra elas. Essa série de manobras e negociações mútuas, ocorridas ao longo de um período de tempo e relativas a muitos problemas substantivos, é o que se entende por interações implantação-resposta na Tabela 2.

## 2.2.6 Influência sobre as organizações reguladoras para mudar a política formal

Indubitavelmente, a interação implantação-resposta contém fortes elementos de influência “ascendente” sobre a agência reguladora. A primeira atividade do ciclo puramente ascendente a ser considerada, no entanto, é a influência sobre as políticas formais de organizações reguladoras exercida por insiders e por combinações de insiders-outsiders. “Organização reguladora” significa a agência do governo, seja ela judiciária ou administrativa, que aplica a lei diretamente à organização regulada. “Política formal” significa a lei aplicável no nível da regulação, em oposição a mudanças nos elementos discricionários de execução; a exemplo de decisões judiciais, regulamentos administrativos e políticas administrativas oficiais, como diretrizes para regulamentos. “Insider” significa, em essência, uma das partes – seja a organização reguladora ou regulada. “Outsider” significa um dos aliados políticos de um insider, como grupos de pressão simpáticos à organização regulada ou ao movimento social subjacente à implementação.

Esta subseção tenta definir o grupo de atividades por meio das quais as partes interessadas se empenham para obter uma mudança formal direta na política da organização que as regula. As modalidades de influência exercidas dividem-se em formais e informais. Influência formal é a atividade de juristas e outros defensores que argumentam nos foros apropriados que ordens e políticas específicas são contrárias à lei. No litígio institucional, advogados frequentemente retornam ao tribunal para obter mudanças nas decisões de reparação, argumentando que elas são ineficazes para implementar os direitos reconhecidos na fase processual de apuração de responsabilidade ou, ao contrário, que impõem encargos excessivos aos réus<sup>70</sup>. Regulamentos e decisões administrativas são questionados perante a agência nas audiências. Advogados também recorrem ao tribunal para mudar as políticas das agências administrativas, tendo-se como exemplo extremo o duradouro caso *Adams versus Richardson*<sup>71</sup>.

As influências informais incluem, em primeiro lugar, pressões exercidas diretamente sobre o órgão re-

<sup>69</sup> [N.T.] No original consta *regulated organization*. Porém, o contexto em que a expressão foi empregada permite concluir que o autor se refere à *organização reguladora* – e não à *organização regulada*.

<sup>70</sup> Praticamente toda a literatura sobre litígios institucionais lida com esse fenômeno. Vide nota 16 *supra*.

<sup>71</sup> 351 F. Sup. 636 (D.D.C. 1972), *amended*, 356 F. Supp. 92 (D.D.C.), *modified and aff'd per curiam*, 480 F.2d 1159 (D.C. Cir. 1973), *supp'd sub. nom.* *Adams v. Weinberger*, 391 F. Sup. 269 (D.D.C. 1975), *supp'd sub. nom.* *Adams v. Califano*, 430 F. Sup. 118 (D.D.C. 1977). Em *Adams v. Mathews*, 536 F.2d 417 (D.C. Cir. 1976), o tribunal reverteu uma ordem que negava a moção da *Women's Equity Action League* para intervir. *Idem*, p. 418. Vide também *Brown versus Califano*, 627 F.2d 1221 (D.C. Cir. 1980) (caso conexo). No litígio em andamento, o tribunal posteriormente recebeu moções do Fundo de Defesa Jurídica da NAACP e da *Women's Equity Action League* para responsabilizar civil e criminalmente funcionários do Departamento de Educação e Trabalho por ato atentatório à dignidade da justiça, em razão de terem ignorado os prazos estabelecidos em 1977. *Educ. Daily*, 12 de março de 1982, p. 1. STEWART, R.; SUNSTEIN, C. Public Programs and Private Rights. *Harvard Law Review*, v. 95, p. 1195-1322, 1982.

gulador. Além dos desafios jurídicos formais, as agências recebem muitas queixas informais, como cartas com comentários. A publicidade e a pressão pública são despertadas e dirigidas contra tribunais e agências administrativas<sup>72</sup>. O segundo tipo de pressão informal é exercido por poderosos outsiders que, por sua vez, tentam influenciar a agência reguladora. Um fenômeno incessante em Washington é o poderoso membro do Congresso que, tendo recebido um telefonema de um eleitor poderoso, faz uma ligação ou visita alguém em uma agência, sugerindo um erro em alguma ação administrativa real ou proposta. Essas organizações com influência no legislativo incluem os insiders e seus aliados políticos externos. Em todas essas influências informais, juristas e não juristas envolvem-se ativamente.

Todas as formas de influência, sejam formais, como as impugnações legais, sejam informais, como denúncias telefônicas, tendem a emergir dos grupos de interesse afetados pela regulação (movimentos sociais, organizações reguladas e seus aliados). A influência é estimulada por decisões ou eventos adversos e desencadeia uma combinação de formas de contrainfluência. Do ponto de vista da agência, uma vez que uma decisão adversa é tomada, reclamações e pressões emergem em muitas formas e direções diferentes.

A intensidade e a diversidade das pressões estão, obviamente, relacionadas à importância da questão; muitas vezes, as questões importantes foram antecipadas por todos os conhecedores da área. Conforme discutido na subseção 2, a base jurídica contém uma série de compromissos críticos, cada um com um equilíbrio entre eficaz e ineficaz, pela perspectiva do movimento social, e entre razoável e irracional do ponto de vista da organização regulada. Ações regulatórias cruciais tendem a girar em torno desses mesmos pontos de conflito estrutural; frequentemente, todas as partes interessadas esperavam que a agência revelasse sua posição. A falta de ação geralmente funciona a favor do status quo. Portanto, o movimento social deve pressionar para iniciar a ação. Frequentemente, o padrão “ação da agência-reação negativa” leva a uma série de pronunciamentos diferentes da mesma agência sobre o mesmo assunto, cada um deles tentando atender às críticas mais veementes do dia. A “política pública” nessas questões é, pois, um tanto quanto irregular e deve ser observada ao longo de vários anos para ser vista em perspectiva.

Um exemplo de pressão prolongada por parte das organizações interessadas e de resposta variável da agência refere-se à questão de gastos iguais nas competições esportivas entre escolas sob o Título IX (uma lei que proíbe a discriminação sexual em instituições educacionais)<sup>73</sup>. Após a aprovação da lei, as faculdades e universidades ficaram preocupadas com a possibilidade de ela ser interpretada como exigência de investimentos iguais nos esportes intercolégiais masculinos e femininos. Faculdades e universidades, especialmente as “potências” do esporte, acreditavam que o sucesso dos imensamente populares e lucrativos esportes masculinos – futebol americano, basquete e hóquei – dependia de um forte investimento financeiro em bolsas de estudos e outras funções. A igualdade minaria a capacidade de geração de renda desses esportes, porque era improvável auferir novas receitas suficientes para “subir de nível” e não “diminuir de nível”<sup>74</sup>. Em resposta à pressão, uma emenda introduzida pelo Senado dos Estados Unidos isentava os esportes geradores de renda de observar o Título IX<sup>75</sup>. Essa emenda foi aprovada pelo Senado, mas não foi incorporada à versão final do projeto. Em seu lugar, foi promulgada uma lei que, refletindo o caloroso debate partidário

<sup>72</sup> Quanto aos tribunais, além das referências citadas em litígios institucionais na nota 16 *supra*: KIRP, D.; BABCOCK, G. Judge and Company: Court-Appointed Masters, School Desegregation, and Institutional Reform. *Alabama Law Review*, v. 32, p. 313-398, 1981, em especial p. 314-330, 340-351. Em relação a outras políticas de ciclo ascendente: CALIFANO, J. *Governing America*. 1981; CHUBB, J. *Interest groups and the bureaucracy: the politics of energy*, 1982; HOROWITZ, D. *The courts and social policy*. 1977, p. 68-105; CRONIN, T. Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program. In: *American Politics and Public Policy*, 1978, p. 77 e ss.; ELMORE, R.; MCLAUGHLIN, M. Strategic Choice in Federal Education Policy: The Compliance-Assistance Trade-Off. In: *Policy making in education, eighty-first yearbook of the national society for the study of education*. 1982, p. 159 e ss. (implicações das redes verticais de questões); MURPHY, J. Progress and Problems: The Paradox of State Reform, *In: idem*, p. 195-214 (o governo do Estado moderno não como a pirâmide retratada pelos profetas da centralização, mas como um *shopping center* com lojas especializadas que atendem a pequenos segmentos da população); SABATIER, P. Social Movements and Regulator Agencies: Toward a More Adequate – and Less Pessimistic – Theory of “Clientele Capture”, *Policy Sciences*, v. 6, p. 301-342, 1975; WILSON, J. The Politics of Regulation. In: WILSON, J. (ed.). *The Politics of Regulation*. 1980, p. 357 e ss. (tipos distintos de política de grupos de interesse).

<sup>73</sup> *Education Amendments*, 1972, Pub. L. No. 92-318, §§901-907, 86 Stat. 235, 373-75 (versão atual em 20 U.S.C. §§1681-1686 (1976)).

<sup>74</sup> KOCH, J. Title IX and the NCAA, *Western State University Law Review*, v. 3, p. 250-261, 1976, em especial p. 258-260.

<sup>75</sup> S. 1539, 93d Cong., 2d Sess. §535 (1974), aprovado pelo Senado, 120 CONG. REC. 15.322-23 (1974).

sobre o assunto, era deliberadamente ambígua<sup>76</sup>.

Tendo ficado com direcionamentos pouco claros, o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar<sup>77</sup> emitiu inicialmente um regulamento conciliatório: não eram necessárias despesas iguais para demonstrar conformidade, mas a falta de provisão de fundos necessários poderia ser um fator para a constatação de desconformidade<sup>78</sup>. Logo após o decurso dos três anos previstos para o ajuste desse regulamento, o departamento repentinamente mudou de posicionamento. Uma diretriz proposta para a regulação declarou a necessidade de despesas per capita médias iguais, salvo se circunstâncias atenuantes pudessem ser demonstradas<sup>79</sup>. Não surpreendentemente, eclodiu uma tempestade de controvérsias. As principais universidades e a National Collegiate Athletic Association (NCAA)<sup>80</sup> inundaram o referido departamento com comentários negativos e petições. Impugnações jurídicas à diretriz foram formuladas e preparadas para o tribunal. Por fim, a derradeira interpretação da diretriz parece ter deixado os esportes geradores de renda em uma posição segura, ao mesmo tempo em que exige igualdade substancial em outras áreas<sup>81</sup>.

A existência e os sinais da influência informal e externa nas decisões da agência foram bem captados pela descrição de Joseph Califano, Secretário do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar à época, de uma reunião com membros do Congresso sobre a questão dos gastos esportivos previstos no Título IX:

Assim que se espalhou a informação<sup>82</sup> de que eu pretendia enviar os regulamentos, ambos os grupos de mulheres e lideranças do Congresso reagiram. O líder do partido com maioria na Câmara<sup>83</sup>, John Brademas, telefonou para dizer que o presidente O'Neill, o líder da maioria, Jim Wright e o presidente do Subcomitê de Educação da Câmara, Bill Ford, queriam uma reunião discreta e sem registros. Foi realizada na suíte privada do presidente da Câmara dos Representantes<sup>84</sup> em 20 de março de 1979. Quando cheguei, lá estavam Brademas, cujo distrito abrangia Notre Dame; Jim Wright, representando o futebol americano universitário do Texas; Bill Ford, falando pelo Michigan e pelo estado do Michigan, e o presidente da Câmara dos Representantes, Tip O'Neill, talvez meu amigo mais próximo da Câmara, um forte defensor do Boston College.

O'Neill sentou-me à sua direita, deu uma tragada no charuto e perguntou: "Joe, como você pode fazer isso com sua universidade, por Cristo<sup>85</sup>? Os Jesuítas nunca mais falarão com você novamente" [...] Brademas mencionou Notre Dame, e ele e Bill Ford argumentaram que enviar as diretrizes à Câmara para votação representava um dilema político impossível para os congressistas democratas: forçá-los a votar contra a posição de grupos de mulheres ou a se posicionar de forma impopular contra o futebol americano universitário [...] "O mundo vai desabar."<sup>86</sup>

"Poderíamos acabar com o título IX esvaziado ou revogado", disse Bill Ford. Brademas concordou.

"As pessoas já cumpriram suficientemente os regulamentos do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar", acrescentou Wright. Eles estão fartos desse tipo de coisa.

"Joe", disse o Presidente da Câmara, "este não é o momento para isso. A última coisa de que precisamos

<sup>76</sup> *Education Amendments*, 1974, Pub. L. No. 93-380, §844, 88 Stat. 484, 612 (versão atual em 20 U.S.C. §1681 (1976)).

<sup>77</sup> [N.T.] No original consta a sigla HEW, que identifica o *Department of Health, Education, and Welfare*. As outras referências ao HEW no texto foram adaptadas para o português.

<sup>78</sup> 40 Fed. Reg. 24.128 (1975).

<sup>79</sup> 43 Fed. Reg. 58.070 (1978).

<sup>80</sup> [N.T.] No original consta apenas a sigla.

<sup>81</sup> 44 Fed. Reg. 71.413, 71.415-16 (1979). São necessárias despesas com bolsas de estudo proporcionais ao número de participantes masculinos e femininos nos programas esportivos. Maior número de atletas do sexo masculino pode levar a uma parcela maior do orçamento da bolsa sendo dirigida aos homens. Na Universidade de Wisconsin, a divisão de bolsas é supostamente da ordem de 60%-40%, para homens e mulheres. As diferenças monetárias em outros benefícios esportivos (por exemplo, transporte e recrutamento) não precisam ser iguais se baseadas na natureza do esporte (por exemplo, futebol americano) ou na capacidade de geração de receita (futebol americano, basquete, hóquei). Idem.

<sup>82</sup> [N.T.] No original, "*As soon as word reached the Hill*".

<sup>83</sup> [N.T.] No original, *House Majority Whip*.

<sup>84</sup> [N.T.] No original, *Speaker*.

<sup>85</sup> [N.T.] No original, *Holy Cross*.

<sup>86</sup> [N.T.] No original, "*All hell will break loose on the floor*".

é de uma grande controvérsia [...]Você nunca conseguirá contenção de custos para hospitais ou outros projetos.”

Mas restava para o mordaz e astuto Bill Ford o argumento decisivo: “você pode perder uma eleição nas páginas de esportes como nunca perderia nas primeiras páginas. E é isso que você conseguirá com esta interpretação do título IX”<sup>87</sup>.

O compromisso final envolveu testar as diretrizes propostas no contexto de vários tipos de instituições de ensino superior. Por fim, Califano considerou esse exercício benéfico, porque as diretrizes “um pouco diferentes” promulgadas pela sucessora Patricia Harris “foram no sentido de cumprir a promessa do Título IX”<sup>88</sup>. Também é interessante entender o resumo geral de Califano quanto à influência do Congresso na implementação de políticas de direitos civis que buscam corrigir a discriminação racial: “não consigo me lembrar de um telefonema de um membro do Congresso para intensificar as ações de aplicação dos direitos civis na área racial; lembro-me de vários pedidos para desacelerar ou embotar essa aplicação”<sup>89</sup>.

### 2.2.7 Influência sobre os poderes legislativos para obter mudanças na legislação de base

A implementação começa com a edição de uma lei, decisão judicial ou ordem executiva. Nesse ponto, os objetivos de um movimento social são, em primeiro lugar, transformados em lei. Em qualquer momento no curso da implementação, as partes interessadas podem – e frequentemente o fazem – retornar à legislação de base para buscar mudanças na política. A base jurídica não é necessariamente estável ou imutável, muito embora mudanças frequentes tenham custos e existam normas em favor de um certo grau de estabilidade<sup>90</sup>.

Para fins de um modelo de implementação, talvez seja mais lógico agrupar todas as formas de “atividades de modificação normativa”. Na prática, porém, o processo para obter uma alteração de lei formal parece muito diferente do processo para obter a modificação de uma decisão judicial ou de uma ação administrativa. Por isso, na última subseção, foram discutidas mudanças formais na política administrativa e judicial, ao passo que essa subseção trata de mudanças legislativas.

“Política burocrática” é um termo adequado para o processo de influenciar organizações reguladoras, incluindo tribunais. Perante as organizações reguladoras, as organizações reguladas tentam obter a cooperação daquelas autoridades públicas que estabelecem as responsabilidades oficiais das organizações reguladas e as principais restrições às suas ações. O padrão de influência é, portanto, relativamente focalizado e “argumentativo”. Por outro lado, perante os legislativos, o argumento envolve apenas interesses sociais gerais e boas políticas públicas, e o processo de influência é único – apelando para grupos de interesse, construindo coalizões, invocando favores do passado e mediante manobras no processo legislativo formal<sup>91</sup>.

Além disso, uma vitória legislativa pode diferir substancialmente de uma vitória em uma agência reguladora. Embora existam “emendas técnicas” nas legislaturas praticamente o tempo todo (em geral, parcialmente patrocinadas pelas agências reguladoras), a ação legislativa realmente significativa do ponto de vista da implementação é a decisão revolucionária ou “divisora de águas”. Assim, pode haver uma diferença qualitativa entre mudanças legislativas e regulatórias. As mudanças regulatórias são relativamente refinadas e incrementais. Mudanças legislativas podem ser fundamentais e até drásticas.

Enquanto este artigo é escrito, os Estados Unidos passam por um período de drástica mudança legislativa patrocinada pelo Chefe do Executivo. Programas que foram alterados gradualmente, ao longo de um período de dez a quinze anos, estão sendo eliminados, substancialmente cortados ou concentrados de forma

<sup>87</sup> CALIFANO, J. *Governing America*. 1981. p. 267-268.

<sup>88</sup> Idem, p. 268.

<sup>89</sup> Idem, p. 269.

<sup>90</sup> FULLER, L. *The morality of Law*. ed. rev., 1969. p. 3-94.

<sup>91</sup> BAILEY, S. *Education interest groups in the nation's capital*. 1975; REDMAN, E. *The dance of legislation*. 1973.

tão radical que, na prática, seus propósitos originais foram perdidos<sup>92</sup>. Esse processo não é novo e nem acidental; uma reação conservadora aos programas liberais já aconteceu antes. Por exemplo, a implementação de muitos programas sociais foi interrompida durante a administração Nixon<sup>93</sup>.

Há uma razão estrutural para mudanças legislativas periódicas e drásticas. Implementações tendem a colocar forças sociais poderosas umas contra as outras<sup>94</sup>. Quando o clima político sofre uma mudança fundamental de orientação, a mudança incremental normal pode não satisfazer a demanda por mudanças drásticas. Assim, quando forças sociais poderosas se opõem, grandes flutuações nas políticas públicas tornam-se prováveis conforme se alterne a predominância de cada um dos lados. Essas mudanças de predominância ocorrem de várias maneiras. Por exemplo, no curso de uma implementação, ouve-se um coro constante de críticas daqueles que discordam totalmente da lei. A implementação é sempre cara e seu sucesso é sempre problemático<sup>95</sup>. Os críticos podem tirar proveito dos problemas divulgando-os. As críticas parecem retidas na política até que o eleitorado passe por uma mudança suficiente para “expulsar os malandros”. O ciclo tende a se reverter quando os problemas sociais decorrentes da falta de implementações são trazidos à tona pelas pessoas que foram levadas pela oposição a prestar atenção apenas aos custos.

Uma das consequências práticas da instabilidade política é que o participante e o pesquisador de programas de implementação devem esperar por episódios periódicos de sabotagem deliberada pelo governo<sup>96</sup>. Essa condição não contribui muito para a efetividade dos programas sociais implementados. Por outro lado, uma vez estabelecidos, os programas tendem a sobreviver a períodos de contenção, embora essa tendência não seja universal. As consequências políticas negativas da destruição total de um programa são muito maiores do que as consequências negativas de sua redução. Assim, se um programa serve a um propósito genuíno, qualquer instabilidade em seu conteúdo tende a se originar de mudanças periféricas e não de alterações no seu núcleo durável. Uma questão interessante envolve a natureza das implementações duradouras, em oposição às transitórias. O *Medicare*<sup>97</sup> provavelmente veio para ficar. Podemos dizer o mesmo sobre a ajuda federal para a educação de crianças desfavorecidas? Se não, por quê<sup>98</sup>?

## 2.2.8 As interações em ação

### 2.2.8.1 Simultaneidade

A tipologia anterior das interações na implementação é organizada em uma sequência que raramente ocorre no mundo real. A sequência é analítica e cronológica, sugerindo que as decisões de maior generalidade e maior autoridade política ocorrem mais cedo e causam restrições às decisões de menor generalidade e menor autoridade. Com base no modelo, o comando jurídico básico viria primeiro, seguido pelo desenvolvimento de sanções legais, reações a incentivos e, finalmente, pelos esforços de ciclo ascendente para obter mudanças nas atividades do ciclo descendente. Essa sequência precisa provavelmente caracteriza

<sup>92</sup> Por exemplo, um subsídio em bloco estabelecido pelo capítulo 2 do *Education Consolidation and Improvement Act*, de 1981 *permite*, mas não *exige*, os fins obrigatórios dos títulos II-VI e VIII-IX da ESEA. Pub. L. no. 97-35, §§571-573 (consolidação do Título V), §§576-577 (consolidação dos títulos IV-VI), 59 581-583 (consolidação dos títulos III, VIII, IX), 95 Stat. 463, 472-73, 473-74, 475-77 (1981).

<sup>93</sup> HOROWITZ, D. *The courts and social policy*. 1977, p. 63-105 (intervenção no Programa Cidades Modelo).

<sup>94</sup> Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1113-14. Outra maneira de dizer a mesma coisa em termos de relacionamentos de conformidade é que os dois lados desse relacionamento têm um alto grau de legitimidade. HAWKINS, K. *Environment and enforcement: the social construction of pollution* (no prelo).

<sup>95</sup> Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1113-14.

<sup>96</sup> Vide nota 89 *supra*.

<sup>97</sup> [N.T.] Sistema de seguro de saúde adotado nos Estados Unidos.

<sup>98</sup> A análise de por que certos programas federais deixam “legados”, enquanto outros não, pode ser encontrada em: TYACK, D.; KIRST, M.; HANSOT, E. Educational Reform: Retrospect and Prospect. *Teachers College Record*, v. 81, p. 253-269, 1980, em especial p. 262. Também: BERMANI, P.; MCLAUGHLIN, M. Federal Support for Improved Educational Practice. In: TIMPANE, M. (ed.). *The Federal Interest in Financing Schooling*, 1978. p. 209 e ss., em especial p. 213-219.

políticas novas. No contexto de novas políticas, a sequência, também assemelhada às teorias do “estágio” de vários teóricos da organização, provavelmente é adequada<sup>99</sup>. As escolhas políticas fundamentais precedem a implementação dos regulamentos; a implantação de atividades concretas de execução vem depois. Cada “nível” de implementação tende ainda a envolver um nível diferente da equipe jurídica: do nível de elite dos formuladores de políticas (legisladores, juízes), para o nível intermediário de especificadores de políticas (redatores de regulamentos, assessores judiciais), até o nível mais baixo de aplicadores de políticas (os chamados burocratas do nível da rua)<sup>100</sup>.

Após a implementação inicial de uma política, contudo, esse conceito de sequência temporal e causal torna-se limitante e enganoso. Ao incluir um ciclo ascendente, que segue temporalmente um ciclo descendente e precede outro, o próprio modelo sugere que o processo seja considerado “circular”, envolvendo “rodadas” de interações. De fato, a ideia de repetidas rodadas ou séries é sugerida pelo uso do termo “ciclos”. Processos reais, todavia, não ocorrem necessariamente na ordem indicada pelo modelo. Na verdade, todos os níveis de interação podem ocorrer, e frequentemente ocorrem, simultânea e independentemente um do outro. As mudanças nos regulamentos e no comportamento em nível de campo ocorrem independentemente das mudanças no comando jurídico, e independente umas das outras. Além disso, mudanças de comportamento podem ser iniciadas por atores em diferentes níveis do processo. Um presidente, por exemplo, pode alterar a implantação de incentivos sem alterar mais nada, substituindo pessoal, cortando ou expandindo o orçamento ou emitindo novas políticas coercitivas. Ao mesmo tempo, as operações no nível de campo podem estar mudando de forma endógena ou como resultado de interações com agências reguladoras. Por outro lado, normas gerais e regulamentos detalhados podem ser promulgados sem produzir consequências no campo.

A sequência sugerida pelo modelo conserva certa validade e, portanto, nunca pode ser completamente descartada. Até certo ponto, as mudanças nos comandos jurídicos continuam a ser seguidas pelas mudanças na implantação, que são seguidas pelas mudanças na resposta. Ou seja, inovações políticas na “sequência clássica” continuam a ocorrer durante a implementação. Mas a sequência clássica está longe de ser a única. No caso de ocorrências simultâneas e independentes, o modelo pode ser melhor compreendido para sugerir os “elementos” interacionais do processo de implementação, sem nada especificar sobre a ordenação temporal ou causal.

<sup>99</sup> A maioria das teorias organizacionais e de implementação inclui teorias sobre os “estágios” da mudança. BERMANI, P.; MCLAUGHLIN, M. Federal Support for Improved Educational Practice. In: TAMPANE, M. (ed.). *The Federal Interest in Financing Schooling*. 1978. p. 209 e ss., em especial p. 213-219. Um esquema para classificar os estágios da implementação de uma nova lei sugere quatro estágios: intervenção, mobilização, operacionalização e institucionalização. LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*, 30 jun. 1982, p. 111. 1-165 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). JONES, J. Twenty-One Years of Affirmative Action: The Maturation of the Administrative Enforcement Process Under the Executive Order 11.246 as Amended. *Chicago-Kent Law Review*, v. 59, p. 67-122, 1982.

<sup>100</sup> A associação de níveis de pessoal com estágios de implementação pode ser compreendida a partir do gráfico a seguir em: LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*. 30 jun. 1982, p. I.10 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

Implementação, estágios e características			
Papel pessoal			
Líderes ou equipe de elite	Consultores de políticas	Gestores de programa	Burocratas do nível da rua
Atividades			
Política	Técnica	Gerencial	Administrativa
Avaliar e reagir às forças sociais.	Formular políticas; alocar recursos.	Estabelecer: 1) estrutura organizacional; 2) ideologia organizacional; 3) quadro de pessoal da organização.	Interagir com o ambiente de implantação para garantir a conformidade.

### 2.2.8.2 Graus de orientação descendente<sup>101</sup>

Certamente, não se pode acusar o modelo de adotar uma orientação exclusivamente descendente<sup>102</sup>. Ao contrário, em grande parte, o modelo foi definido em contraste com uma perspectiva descendente, que tipicamente exclui atividades como influência ascendente e interações no nível de campo. Todavia, o grau de variação da orientação descendente, presente em implementações reais, foi omitido do modelo.

Em qualquer implementação, há um processo de decisões de políticas de nível superior que filtram e limitam a ação em nível de rua. Também se faz presente um processo recíproco no qual autoridades do nível da rua definem uma zona de discricionariedade para si próprias, livres da política de nível superior. O pessoal de nível de rua, no entanto, é mais ou menos resistente ao controle de nível superior, a depender do contexto legal e organizacional.

A polícia é um bom exemplo de resistência elevada. Policiais devem responder a uma multiplicidade de demandas que emanam da comunidade, e não de oficiais superiores. Além disso, muitas funções policiais consistem em enfrentamentos variados e discricionários e, oficialmente, podem ser desaprovadas pela sociedade, que simultaneamente as requer<sup>103</sup>. Assim, em um sentido técnico estrito, seria difícil exercer amplo controle sobre as ações policiais em nível de campo devido à natureza espontânea e imprevisível do trabalho policial. Além disso, o policial de rua tem uma cultura própria, um conjunto de normas horizontalmente comunicadas que definem como deve se comportar. Parte dessa cultura consiste em um forte senso da irrelevância geral e da natureza injustificada do controle hierárquico (a síndrome do “policial de rua versus policial de funções administrativas”<sup>104</sup>).

A dificuldade do controle descendente em relação ao trabalho da polícia pode ser contrastada com a relativa facilidade desse controle sobre o trabalho da promotoria, particularmente quando a persecução envolve alguns grandes casos, em vez de uma multiplicidade de acordos extrajudiciais. Formuladores de políticas de alto nível podem selecionar e escolher os casos para processar e quando processá-los. Portanto, em uma organização amplamente preocupada em decidir quando formular denúncias<sup>105</sup>, mudanças oficiais na definição de violações e na política de cumprimento podem ter um efeito muito maior do que diretivas análogas para policiais de rua mudarem seu estilo de execução da lei<sup>106</sup>.

### 2.2.8.3 Tendências

Se os dois pontos anteriores sugerem menos ordem ou padrão na realidade do que o indicado pelo modelo, uma análise das tendências aponta que, em um sentido diferente, a realidade é mais ordenada. Elementos ou sequências interacionais nada dizem sobre desenvolvimentos estruturados de longo prazo. Num sentido, o modelo é um “instantâneo” congelado das formas de interações que provavelmente ocorrerão em algum ponto da implementação. Implementações reais tendem a exibir tendências ou etapas distintas. Ciclos ou feixes de interações em um estágio tornam-se o prelúdio de um novo tipo de interação que é o próximo estágio. Em outras palavras, há um desenvolvimento de longo prazo e as implementações, portanto, têm uma história de desenvolvimento. O desenvolvimento pode ser “evolucionário”, no sentido de que tentativa

<sup>101</sup> [N.T.] No original, *Degrees of Top Downness*. O termo *top down* foi traduzido como *descendente* em todas as aparições no decorrer do texto.

<sup>102</sup> Para uma discussão sobre as limitações da orientação descendente: ELMORE, R. Backward Mapping: Implementation Research and Policy Decisions. *Political Science Quarterly*, v. 94, p. 601-616, 1979/1980, em especial p. 603-605. Elmore usa o termo “mapeamento avançado” para se referir ao que estou chamando de perspectiva descendente. Idem, p. 602.

<sup>103</sup> GOLDSTEIN, H. *Policing a free society*. 1977. p. 93-130.

<sup>104</sup> REUSS-IANNI, E.; IANNI, F. *Street Cops vs. Management Cops: The Social Organization of the Police Precinct*. Instituto de Análise Social, 1979.

<sup>105</sup> [N.T.] No Brasil, a despeito de previsões normativas que mitigam o princípio da obrigatoriedade da ação penal – a exemplo do acordo de não persecução penal e da transação penal –, prevalece a ausência de discricionariedade para que o Ministério Público decida pela propositura de ação penal.

<sup>106</sup> Assim, a institucionalização das decisões políticas de nível superior, sob a égide do Programa Federal de *Compliance* em Contratos, provavelmente está no mais completo extremo do espectro, não no menos completo. Vide notas 95-96 *supra*.



e erro levam à melhoria, ao refinamento, à eficácia máxima, à institucionalização ou, pelo menos, a um tipo de equilíbrio dinâmico<sup>107</sup>. Por outro lado, o desenvolvimento pode levar à morte da política por meio de reação, cooptação, atrito ou desuso<sup>108</sup>. Um padrão não desenvolvimentista é meramente cíclico: ondas de aplicação entusiasta seguidas por períodos de entropia, desilusão, sabotagem política e contenção<sup>109</sup>. O ponto aqui é indicar a existência de padrões longitudinais não representados pelo modelo, em vez de especificar os vários tipos de desenvolvimento. De fato, a investigação de tendências longitudinais é, em si mesma, um tipo de teoria e pesquisa sobre implementação.

#### 2.2.8.4 Múltiplas instituições

O modelo da Tabela 2 não é específico sobre quais ou quantas organizações reguladoras e reguladas participam da implementação. Embora a discussão anterior possa ter sugerido que todas as organizações reguladoras são semelhantes e que todas as organizações reguladas são similares, a realidade é mais complexa. No lado regulador, o padrão típico é que uma agência do governo tenha responsabilidade primária pela execução ou aplicação da lei. Conflitos de jurisdição são confusos. Mesmo quando a aplicação da lei é compartilhada, como na antiga organização sob a Ordem Executiva 11.246, buscam-se subdivisões de jurisdição em áreas que se excluam mutuamente<sup>110</sup>. Às vezes, a agência de aplicação primária não tem outras responsabilidades; às vezes, tem muitas. Por exemplo, compare-se uma agência de propósito especial, como a Agência de Proteção Ambiental, com uma agência de propósito mais geral, como o Departamento do Trabalho<sup>111</sup> ou, pior ainda, com a polícia.

Naturalmente, os recursos organizacionais e a eficácia da própria organização podem variar independentemente da responsabilidade formal das agências. Agências de propósito específico tendem a ser implementadoras mais eficientes do que agências de propósitos múltiplos, devido à garantia implícita de recursos para a execução de suas atividades; no entanto, não se trata de uma verdade universal<sup>112</sup>. O Departamento do Trabalho pode ou não contar com uma subequipe grande, ativa e eficiente, designada para a implementação de programas específicos. Tribunais são instituições de múltiplos propósitos; fazer com que um tribunal preste mais atenção a uma implementação específica pode ser um problema. Uma vez que o tribunal admita um caso e implemente uma decisão, há uma garantia implícita de recursos semelhantes aos de uma agência de propósito específico. Um problema em relação à polícia é a multiplicidade de responsabilidades de execução, que dificulta que se concentre em implementar qualquer política normatizada<sup>113</sup>.

Embora a principal responsabilidade pela aplicação da lei caiba a uma agência, diversas outras organizações reguladoras podem se envolver regularmente com questões periféricas, porém importantes. O padrão

<sup>107</sup> O Título I do ESEA é um exemplo. *Administration of Compensatory Education*. Instituto Nacional de Educação, 1977; KIRST, M. JUNG, R. *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View Of Title I, Esea*. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, Relatório de projeto n. 80-B18, 1980.

<sup>108</sup> Antes das campanhas da administração Reagan contra agências como os Departamentos Energia e Educação, o exemplo mais recente e notável de encerramento de uma agência foi a extinção do Escritório de Oportunidades Econômicas (OEO). HIMMELMAN, H. *The fall and rise of the office of economic opportunity*. Lawyers' Committee for Civil Rights under Law, 1973. Para uma descrição do papel do OEO nos programas federais de combate à pobreza: HAVEMAN, R. (ed.). *A decade of federal antipoverty programs*. 1977; MOYNIHAN, D. *Maximum feasible misunderstanding-community action in the war on poverty*. 1969.

<sup>109</sup> BANFIELD, E. Making a New Federal Program: Model Cities, 1964-68. In: *Social Program Implementation*. 1976, p. 183 e ss.; CRONIN, T. Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program. In: *American Politics and Public Policy*. 1978, p. 77 e ss.

<sup>110</sup> Problemas com a organização antiga e fragmentada são observados em *Federal Civil Rights Enforcement Effort*. United States Commission on Civil Rights, 1974, p. 256-70, 271-99, 634-36.

<sup>111</sup> [N.T.] Na estrutura do Poder Executivo brasileiro, o Departamento do Trabalho corresponderia ao Ministério do Trabalho ou, mais recentemente, à Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, vinculada ao Ministério da Economia.

<sup>112</sup> Em geral, os implementadores mais eficientes são as agências que apoiam os objetivos estatutários e conferem alta prioridade aos novos programas. SABATIER, P.; MAZMANIAN, D. The Conditions of Effective Implementation: A Guide to Accomplishing Policy Objectives, *Policy Analysis*, v. 5, p. 481-504, 1979, em especial p. 489-490.

<sup>113</sup> Para uma discussão sobre discricionariedade da polícia na aplicação da lei, DAVIS, K. *Discretionary Justice*, 1969; DAVIS, K. Police Rulemaking on Selective Enforcement: A Reply, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, p. 1167-1171, 1977.

mais importante é provavelmente o envolvimento de tribunais na revisão das ações administrativas. Mesmo quando uma agência administrativa tem a responsabilidade “principal”, e realmente toma grande parte das decisões importantes e preponderantes, pode haver um envolvimento contínuo ou episódico importante de tribunais sobre a mesma política ou políticas. Advogados habitualmente buscam a revisão de ações específicas. O caso *Adams versus Richardson*<sup>114</sup> representa uma estrutura de execução em “duas camadas”, na qual um tribunal é profundamente envolvido na supervisão exercida por uma agência sobre organizações reguladas. Não são apenas os tribunais que por vezes se envolvem em questões precipuamente legislativas ou administrativas, mas a recíproca é igualmente verdadeira. Ou seja, quando um tribunal tem a responsabilidade principal, legisladores e agências administrativas são frequentemente atraídos para a disputa<sup>115</sup>.

Ao lado das organizações reguladas, há um padrão semelhante de foco primário em uma organização ou tipo de organização, com o envolvimento potencial de muitas organizações diferentes. Às vezes, uma única organização regulada está envolvida – uma prisão particular, por exemplo. Mais comumente, *tipos* semelhantes de organizações são regulados: “contratados do governo” ou “corporações com mais de mil funcionários negociando em bolsas de valores públicas”.

O objetivo dessa advertência sobre as múltiplas instituições é, novamente, que a simplicidade analítica do modelo não seja tomada de forma muito literal. Para entender o processo, é útil ter um esquema simplificado de seus atores e suas interações típicas. No entanto, as combinações de atores e ações que ocorrem na vida real são enormemente variadas.

### 3 Algumas implicações do modelo para políticas públicas e pesquisa

Esta parte do artigo explora algumas das implicações relevantes do modelo político apresentado na parte II. A utilidade de um modelo consiste em afirmar um determinado número de proposições características sobre a realidade. Nesse sentido, as implicações não são apenas do modelo, mas, mais precisamente, das proposições importantes ou características que o modelo afirma a respeito da realidade. Das características teóricas primárias do modelo apresentado na parte II, aquelas com mais implicações são: (a) Produção política reformista. Todas as decisões importantes e estruturas envolvidas na implementação são resultado de luta política e compromissos entre movimentos sociais e grupos de interesse, cujos comportamentos os movimentos sociais desejam mudar. (b) Interacionismo cibernético. A implementação é um processo contínuo de ajuste mútuo entre organizações interessadas, à luz das informações que elas recebem sobre as ações umas das outras. (c) Recursividade. A implementação não é um processo unidirecional, com um ponto final. É um processo “circular” (recorrente) que muda ao longo do tempo. As forças políticas que dão início à implementação continuam a interagir em todos os níveis da ação sociojurídica, incluindo contínuas disputas sobre os termos da base jurídica. (d) Evolução. Não obstante o caráter aberto e manipulável da recursividade, a implementação geralmente enquadra-se em padrões característicos de longo prazo e pode alcançar um equilíbrio estável e dinâmico.

As implicações do modelo enquadram-se em três categorias principais. Primeiro, as implicações para o desenho de políticas públicas incluem áreas de prescrições parciais, abstração versus contextualização, prescrições sistêmicas e avaliação. Segundo, as implicações para pesquisa incluem áreas de descrições longitudinais, previsões longitudinais e metodologia de pesquisa. Finalmente, o modelo contém muitas implicações para os papéis em transformação do direito e dos juristas. As implicações em relação às políticas públicas

<sup>114</sup> Vide nota 67 *supra*.

<sup>115</sup> Litígios sobre financiamento da educação são um bom exemplo. Vide nota 30 *supra*. Quando tribunais impõem uma obrigação de fazer a legislativos e órgãos administrativos, estes frequentemente respondem emitindo comandos para outras instituições (por exemplo, a corte profere uma ordem ao legislador que, por sua vez, emite ordens aos distritos escolares). Assim, as instituições não são apenas múltiplas em sentido quantitativo, mas existem frequentemente várias camadas de organizações reguladoras e reguladas.

e à pesquisa serão discutidas nesta parte; as implicações para os papéis em transformação do direito e dos juristas serão discutidas na parte IV.

### 3.1 Prescrições parciais e viés do ciclo descendente

A maior categoria de pesquisa em implementação integra a chamada “Teoria da Sanção”. As teorias da sanção estabelecem uma relação entre, de um lado, o tipo e a intensidade da intervenção governamental e, de outro, o grau e o tipo de cumprimento ou descumprimento. Nesse sentido, tanto as teorias da regulação (que tipo de mecanismo jurídico funciona melhor) quanto as teorias de incentivos e dissuasão (o efeito de recompensas *versus* o efeito de punições) são consideradas teorias da sanção. A relação geral explorada pelas teorias da sanção é aquela entre intervenções governamentais com características específicas e respostas de conformidade delas resultantes<sup>116</sup>.

Os aspectos interacionais e recursivos da implementação colocam duas dificuldades gerais para qualquer teoria da sanção. Em primeiro lugar, a existência ou inexistência de sanções efetivas está sujeita a luta política. Que uma sanção específica seja eficaz não significa que será adotada; o exato oposto pode ser verdade. Ela pode não ser positivada porque seria *muito* eficaz. A segunda dificuldade é que, mesmo quando sanções específicas são adotadas, elas não são necessariamente aplicadas; na interação voltada para o cumprimento, a invocação e a tolerância em relação às sanções são negociadas. A pena de morte não é uma sanção eficaz para pequenos furtos<sup>117</sup>. Assim, porque omitem a dimensão política, as teorias de sanção são parciais. Elas devem ser entendidas para articular uma relação hipotética, contingente: “se isso fosse feito, aquilo ocorreria”.

Essa parcialidade não é enganosa, contanto que seja reconhecida de alguma forma. O conhecimento sobre relações hipotéticas é útil, mesmo na política. O problema é o que pode ser chamado de “viés do ciclo descendente”. A literatura sobre implementação tende a ver o mundo sob o ponto de vista do regulador e a supor uma potencialidade para as sanções efetivas muito maior do que elas realmente têm. É difícil incorporar às teorias da sanção os limites políticos e interacionais às sanções. Institucionalmente, essa característica

<sup>116</sup> Alguns exemplos da teoria da sanção sensíveis aos problemas discutidos aqui são os seguintes. Sobre recompensas e punições: BERMAN, P. From compliance to learning: implementing legally-induced reform. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, *Relatório de projeto*, n. 81-A20, 1981; DOOLITTLE, F. *Intergovernmental Relations in Federal Grant Programs: The Case of Aid for Families With Dependent Children* (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). Sobre regulação/desregulação: SCHULTZE, C. *The public use of the private interest*, 1977; BREYER, S. Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform, *Harvard Law Review*, v. 92, p. 547-609, 1979; CLUNE, W. The Deregulation Critique of the Federal Role in Education. In: KIRP, D (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo); PELTZMAN, S. Toward a More General Theory of Regulation, *The Journal of Law & Economics*, v. 19, p. 211-240, 1976. Sobre o nível adequado de detalhamento e controle hierárquico: BERMAN, P. Thinking About Programmed and Adaptive Implementation: Matching Strategies to Situations. In: Why policies succeed or fail, 1980, p. 205-230; ELMORE, R. Complexity and Control What Legislators and Administrators Can Do About Implementing Public Policy. In: HANDBOOK OF TEACHING AND POLICY, 1983, p. 342 e ss.; ELMORE, R.; MCLAUGHLIN, M. Strategic Choice in Federal Education Policy: The Compliance-Assistance Trade-Off. In: *Policy making in education, eighty-first yearbook of the national society for the study of education*. 1982, p. 159 e ss.; RABINOVITZ, F.; PRESSMAN, J.; REIN, M. Guidelines: A Plethora of Forms, Authors and Functions, *Policy Sciences*, v. 7, p. 399-416, 1976. Segue uma lista de leitura dos vários aspectos do “legalismo”. Devido processo: KIRP, D. Proceduralism and Bureaucracy: Due Process in the School Setting, *Stanford Law Review*, v. 28, p. 841-876, 1976; YUDOF, M. Law, Policy, and the Public Schools, *Michigan Law Review*, v. 79, p. 774-791, 1981; YUDOF, M. Legalization of Dispute Resolution, Distrust of Authority, and Organizational Theory: Implementing the Due Process for Students in the Public Schools, *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 891-923, 1981. Regras universais: KENNEDY, D. Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1685-1778, 1976; KAGAN, R. Regulating business, regulating schools: the problem of regulatory unreasonableness. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, *Relatório de projeto*, n. 81-A14, 1981; MURPHY, J. *Differential Treatment of the States, A Good Idea or Wishful Thinking?*, 25 ago. 1981 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). Documentação: BARDACH, E. Educational Paperwork. In: KIRP, D (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo). Conflitos entre requisitos apartados e programas: HILL, P. *Do federal education programs interfere with one another?*, Paper n. 6416, Rand Corporation, 1979.

<sup>117</sup> HAY, D. Property, Authority and the Criminal Law. In: *Albion's fatal tree: crime and society in eighteenth-century England*. 1975, p. 17 e ss.

existe porque juristas e analistas de políticas, como parte do grupo de elite que recomenda e impõe sanções, consideram contrário ao seu próprio interesse anunciar a manipulabilidade plástica de seus ofícios. É difícil elaborar as regras e também admitir que as pessoas estão sempre quebrando-as e comprometendo-as. É melhor deixar isso acontecer por si só, sem encorajamento extra.

Um exemplo de viés de ciclo descendente é a avaliação docente. Várias características geralmente não encontradas nas escolas têm sido apontadas como importantes para um efetivo sistema “formativo” de avaliação docente (um sistema projetado para ajudar o desenvolvimento de professores, em oposição a um sistema “somativo”, projetado para avaliar o quadro docente). Essas características incluem: participação dos professores no desenvolvimento dos critérios de avaliação; um alto grau de validação consensual dos critérios; uma forte relação dos critérios com concepções compartilhadas de boa educação; um sistema de implementação, que inclui *feedback* regular e confiável e seja mais motivador do que crítico; e provisões para diferenças individuais e adaptação a diferentes circunstâncias<sup>118</sup>.

Embora possa não parecer, esse sistema é um exemplo da chamada teoria da sanção. Suponha-se que as relações empíricas preconizadas sejam absolutamente verdadeiras – que o sistema descrito funcione maravilhosamente como um sistema formativo de avaliação. É possível, ainda, que o sistema seja política ou organizacionalmente irrealista. Sem fazer mais do que tangenciar o tópico, pode-se levantar as seguintes perguntas sobre o sistema sugerido: (1) Dadas as concepções autoritárias de gestão escolar, a participação efetiva dos professores é possível? A participação pode ser impedida tanto na fase de elaboração quanto de administração. (2) O sistema formativo poderia, com sucesso, ser isolado das funções somativas da escola? Se o sistema fosse usado para fins de julgamento, ele seria aplicado em direção a medições estatisticamente confiáveis, processualmente justas e objetivamente válidas (o exato oposto de um bom sistema formativo). Também se tornaria um ponto de atenção das negociações sobre gestão de mão de obra. (3) É possível ter um sistema de desenvolvimento e crescimento de professores elaborado internamente, dada a ampla utilização de material didático apostilado, completado por testes padronizados de progresso dos alunos? Esse “currículo nacional informal” pode, em grande medida, esvaziar a área de avaliação docente, porque o desempenho do professor é julgado pelos testes fornecidos com o material didático. Vale ressaltar que os próprios professores podem preferir a simplicidade e a clareza da abordagem padronizada, de modo que a resistência pode advir da cultura profissional e organizacional, bem como das restrições políticas externas.

### 3.2 Graus de abstração e contextualização

As teorias de sanção também são caracterizadas por um alto grau de abstração. A ideia de que cenouras funcionam melhor do que porretes<sup>119</sup>, por exemplo, pode ser tida como válida em todas as áreas do direito substantivo e em todos os contextos institucionais. Em teoria, há um trade-off neutro entre abstração e concretude. Teorias abstratas sacrificam o realismo e as avaliações contingentes sobre como elas se aplicam a circunstâncias particulares, mas elas proveem poder: podem ser generalizadas e são facilmente comunicadas. Teorias altamente concretas são realistas e apropriadamente qualificadas para circunstâncias individuais; mas, por causa de sua idiosincrasia, podem fornecer pouco conhecimento geral útil. O conhecimento altamente idiosincrático é essencialmente secreto.

Um pouco de sabedoria que se pode agregar a essa fonte de equívocos é a exortação a que se tenha consciência da escolha. Outra é uma presunção em favor da concretude, porque o risco de negligenciar o contexto é o maior dos dois riscos. A estrutura das organizações reguladoras e reguladas quase sempre faz uma diferença profunda na natureza da implementação. Ao regulamentar o acesso das pessoas encarceradas à literatura pela via postal, deve-se entender que contrabando e armas frequentemente vêm com o material

<sup>118</sup> DARLING-HAMMOND, L.; WISE, A.; PEASE, S. Teacher evaluation in the organizational context: a review of the literature, *Working Draft*, n. 1695-NIE, Rand Corporation, 1982.

<sup>119</sup> [N.T.] No original, “*carrots work better than sticks*”, com o sentido de que incentivos funcionam melhor do que coerção.

de leitura. Portanto, gastos significativos com inspeções são necessários para garantir a leitura com segurança<sup>120</sup>. A regulamentação das escolas deve ocorrer tendo-se conhecimento de que é raro que qualquer aspecto do ensino responda a instruções programáticas superiores<sup>121</sup>. Empregados privados e funcionários públicos respondem a incentivos diferentes<sup>122</sup>. Os tribunais federais se comportam de maneira diferente nos esforços de dessegregação escolar em relação aos legislativos estaduais<sup>123</sup>. A regulação da assistência à saúde deve confrontar as complexas equações de custos médicos<sup>124</sup>.

Por outro lado, a teoria abstrata é extremamente útil. A teoria abstrata fornece uma perspectiva mais ampla e também faz generalizações a partir de pesquisas concretas para evitar estudos particularizados redundantes. Por exemplo, uma exposição teórica como o ensaio de Stephen Breyer sobre “falha regulatória” nos ajuda a evitar a redescoberta infinita das limitações de várias abordagens regulatórias em um contexto concreto após o outro<sup>125</sup>.

### 3.3 Prescrições sistêmicas

Uma categoria de pesquisa sobre implementação pode ser chamada de “prescrição sistêmica”. Uma prescrição é uma asserção sobre como a implementação deve ser estruturada e gerida para ser efetiva. Uma prescrição sistêmica sugere as condições para a efetiva implementação em todo o sistema, incluindo os fatores políticos. De acordo com Sabatier e Mazmanian, as condições para uma implementação efetiva incluem: padrões claros, recursos suficientes para a execução, uma agência reguladora de apoio, poucas partes cujo consentimento seja necessário ou que tenham poder de veto, líderes habilidosos, apoio ativo de grupos políticos fortes e, por fim, ausência de conflito com outros programas ou outras condições socioeconômicas<sup>126</sup>.

Como uma descrição do que faz a implementação efetiva, essa lista é excelente. Mas, em alguma medida, as forças descritivas traduzem-se em fraquezas prescritivas. Nem todas as condições são igualmente suscetíveis à manipulação pelas políticas públicas e nenhuma condição está completamente sob o poder dos formuladores de programas. Padrões claros frequentemente encontram resistências, os recursos devem ser penosamente obtidos no processo político e é difícil mobilizar os grupos políticos de apoio. Assim, as condições existem ou inexistem independentemente do desenho da política. Tomadas como uma totalidade, as condições são pouco significativas porque especificam o caso ideal, em que tantas condições essencialmente fortuitas favorecem a implementação que ela dificilmente falharia<sup>127</sup>. Por outro lado, o artigo não distingue entre condições mais ou menos suscetíveis à manipulação política, nem entre condições mais ou menos importantes dados os níveis subótimos de outras condições.

É tentador argumentar que, se um programa correu bem, suas características deveriam ser emuladas em

<sup>120</sup> Vide nota 48 *supra*.

<sup>121</sup> Vide nota 50 *supra*.

<sup>122</sup> Vide nota 53 *supra*.

<sup>123</sup> KLUGER, R. *Simple Justice*. The history of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality. 1976; PELTASON, J. *Fifty-eight lonely men*: southern federal judges and school desegregation. 1961.

<sup>124</sup> Cost Containment in the Health Care Industry: An Analysis of Physician Reimbursement Under Medicare and the Implication for Future Regulation in the Health Care Field – Coment, *Dickinson Law Review*, v. 84, p. 51-74, 1979.

<sup>125</sup> BREYER, S. Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform, *Harvard Law Review*, v. 92, p. 547-609, 1979; também: BREYER, S. Regulation and its reform, 1982.

<sup>126</sup> SABATIER, P.; MAZMANIAN, D. The Conditions of Effective Implementation: A Guide to Accomplishing Policy Objectives, *Policy Analysis*, v. 5, p. 481-504, 1979, em especial p. 484-500.

<sup>127</sup> Um exemplo podem ser as calçadas rebaixadas, determinadas pelo *Rehabilitation Act*, de 1973, Pub. L. No. 93-112, §502, 87 Stat. 355, 392 (versão atual em 29 U.S.C. S 792 (1976 R Supp. IV 1980)); 36 C.F.R. §1190.70 (1982). A rápida implementação de calçadas rebaixadas provavelmente ocorreu porque: (1) havia padrões claros de conformidade; (2) as agências implementadoras estavam altamente organizadas e acostumadas a incorporar mudanças incrementais no desenho (por exemplo, departamentos municipais de construção); (3) o custo marginal de adequação foi baixo; e (4) a exigência contou com amplo apoio local (não apenas o apoio de pessoas com deficiência, mas apoio da indústria da construção, ciclistas e outros). Minhas reflexões sobre a implementação de calçadas rebaixadas começaram com uma conversa com David Kirp.

outros programas. Se essas condições podem ser imitadas e, em caso negativo, se é possível implementar um programa diferente são perguntas que a abordagem da prescrição sistêmica não responde. Curiosamente, esse problema ocorre igualmente nas prescrições sistêmicas negativas: “aquí está tudo o que deu errado, portanto, não tente nada parecido no futuro”<sup>128</sup>. Um fracasso total pode estar muito próximo de um sucesso substancial, talvez dependendo apenas de uma ou duas condições manipuláveis.

### 3.4 Descrições longitudinais

Aceitar a implementação como um processo político aberto e interativo levanta problemas sobre como descrevê-lo ao longo do tempo. Se as partes estão propensas a intervir em todos os níveis, durante todas as fases de implementação, e se o equilíbrio político pode mudar repentinamente, que estrutura pode ser visualizada em desenvolvimentos de longo prazo? Esse problema tem tanto um aspecto descritivo, discutido nesta seção do artigo, quanto um aspecto preditivo, discutido na próxima seção.

O problema descritivo é simplesmente sobre como narrar uma história de implementação. Dadas as inúmeras interações que compõem uma implementação, em que pontos um narrador “paralisa” o sistema para construir um retrato coerente? Muitos estudos de caso de implementação são bastante coerentes, mas raramente ou nunca discutem como suas histórias foram construídas. A maioria dos narradores trabalha com dois tipos de conceitos organizadores: (1) análise das questões jurídicas em relação às forças políticas que as criaram; e (2) criação de algum modelo de estágios e níveis de implementação.

As questões jurídicas centrais de uma implementação podem ser pensadas em termos de “conflitos políticos”, “divisores de águas”<sup>129</sup> e “evasivas”<sup>130</sup>. Conflitos políticos emergem das posições políticas intrinsecamente envolvidas em qualquer área de política social com objetivos específicos. Quando o movimento social *A* deseja uma mudança social da instituição *B*, imediatamente surgem questões sobre até onde o direito pode ir para alcançar o comportamento desejado e que combinação de incentivos legais será selecionada para encorajar o cumprimento. O confronto político é implícito, e até previsível, em qualquer área de mudança sociojurídica. Os principais interesses divergentes das partes afetadas não somente podem ser vistos com antecedência, como também serão inevitavelmente os principais determinantes da luta política, tanto em relação à lei quanto à sua estrutura final de implementação. “Interesses” são outra denominação para o que é importante para as pessoas – e o que é importante motiva a ação.

Considere-se a ação afirmativa em matéria de emprego com base em um ponto imaginário no tempo, anterior à produção da lei. Qualquer campanha legalmente implementada para aumentar o número de trabalhadores do sexo feminino e de minorias pode comprometer e ameaçar certos grupos e instituições facilmente identificáveis. Homens brancos têm um interesse distributivo inevitável e empregadores têm interesse em manter o controle sobre as decisões relativas à contratação de empregados. Novos grupos no local de trabalho presumivelmente desafiarão as culturas organizacionais informais desenvolvidas na sua ausência<sup>131</sup>. A elaboração e aplicação de uma lei de ação afirmativa, portanto, estruturar-se-á em torno dos conflitos políticos mais importantes para os grupos oponentes: dispositivos que produzirão o maior número de empregos para mulheres e minorias e dispositivos que causem menos problemas aos grupos adversários.

<sup>128</sup> A maioria dos mais conhecidos teóricos da implementação parece chegar a essa conclusão. BARDACH, E. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. 1977, p. 3-6; MOYNIHAN, D. *Maximum feasible misunderstanding-community action in the war on poverty*. 1969, p. xv-xvi, xxxi-xxxiii; PRESSMAN, J.; WILDAVSKY, A. *Implementation*. 2. ed. 1979, p. 163-176; DERTHICK, M. Washington: Angry Citizens and an Ambitious Plan. In: *Social Program Implementation*. 1976, p. 219-239, em especial p. 232-239.

<sup>129</sup> [N.T.] No original, *watershed decisions*.

<sup>130</sup> [N.T.] No original, *punts*.

<sup>131</sup> POWERS, K. Sex Segregation and the Ambivalent Directions of Sex Discrimination Law, *Wisconsin Law Review*, v. 1979, p. 55-124, 1979, em especial p. 64-70. NEWMAN, W.; VONHOF, J. “Separate, But Equal” – Job Segregation and Pay Equity in the Wake of Gunther, *University of Illinois Law Review*, v. 1981, p. 269-331, 1981; POWERS, K. The Shifting Parameters of Affirmative Action: “Pragmatic” Paternalism in Sex-Based Employment Discrimination Cases, *Wayne Law Review*, v. 26, p. 1281-1308, 1980.

O direito, como realmente elaborado, é geralmente analisado em termos do que se pode chamar de “divisores de águas” e “evasivas”. Divisores de águas são resoluções de grandes conflitos políticos – decisões que delimitam uma maneira de fazer as coisas, ao invés de outras formas possíveis – com um resultado social diferente resultante da escolha. Na ação afirmativa, o divisor de águas crítico, de cunho substantivo, era impor cotas absolutas ou permitir justificativas de várias espécies, como indisponibilidade e esforço de boa-fé<sup>132</sup>. Em matéria de execução, decisões-chave eram adotar um sistema regulatório ou um sistema acionado por reclamações, bem como adotar um modelo de persuasão ou um modelo de coerção<sup>133</sup>. É essencial à análise de um divisor de águas considerar não apenas o que foi feito, mas o que poderia ter sido feito e não foi.

A alternativa aos divisores de águas surge quando o processo de implementação deliberadamente evita decidir uma questão, deixando a solução para algum outro nível institucional ou veladamente aceitando o *status quo*. Qualquer lei que exija “não discriminação” e nada mais, por exemplo, está deixando uma imensa quantidade de não dito. Esses subterfúgios podem ser chamados de “evasivas”. O subterfúgio não é necessariamente ruim para o movimento social ou uma abdicação de responsabilidade. Às vezes, faz sentido deixar os detalhes a serem definidos por alguma outra instituição e processo<sup>134</sup>.

Histórias de implementações, com base na perspectiva jurídica, tendem a ser contadas em termos de questões jurídicas principais – isto é, conflitos políticos, divisores de águas e evasivas. Um estudo de caso implicitamente “paralisa” o sistema para examinar o movimento quando algo importante acontece, inclusive quando uma questão é evitada, adiada ou delegada. Os manuais jurídicos de direito público costumam ser organizados da mesma maneira<sup>135</sup>, exceto pelo fato de que o senso de continuidade cronológica é diminuído e o contexto da tomada de decisões políticas e organizacionais é quase que totalmente ausente.

A menção ao contexto político e organizacional leva ao outro dispositivo organizador principal das descrições de implementação, um senso de estágios e níveis de implementação. Uma característica dos divisores de águas é que essas decisões tendem a ser tomadas cedo, no que poderia ser chamado de “estágio de mobilização”. Mesmo que não sejam tomadas cedo, são feitas por pessoas de alto escalão no processo de elaboração de políticas, como membros do Congresso, juízes e legisladores, em oposição aos chamados “burocratas do nível da rua”<sup>136</sup>. Uma história completa da implementação deve continuar a análise além e abaixo dos divisores de águas na estrutura das organizações reguladoras e reguladas e na miríade de interações entre elas. Normalmente, divisores de águas afetam profundamente a natureza dessas interações, especialmente se os recursos e a ideologia são considerados divisores de águas, porque a estrutura jurídica básica define os limites externos do que pode ser feito. Porém, os níveis mais baixos e os estágios posteriores têm vida própria, e sua orientação exata em relação às questões jurídicas estruturais é *a priori* obscura.

Os estudos de caso sobre a implementação completa geralmente traçam divisores de águas a alguma distância “em direção à rua”, mas é difícil descrever as decisões políticas maiores somadas às interações no nível da rua em um estudo de extensão factível. Por essa razão, os estudos no nível da rua tendem, com efeito, a paralisar o sistema em algum momento da implementação. Essa abordagem pode ser enganosa. Entre outras coisas, ela tende a exagerar o escopo da discricionariedade, porque o pesquisador inconscientemente adota os limites da ação social estabelecida pelos divisores de águas como um dado<sup>137</sup>. Ainda mais claramen-

<sup>132</sup> Vide notas 37-39 *supra*.

<sup>133</sup> Essa foi uma das decisões no estágio de “mobilização”. Vide nota 95 *supra*.

<sup>134</sup> DIMOND, P. Strict Construction and Judicial Review of Racial Discrimination Under the Equal Protection Clause: Meeting Raoul Berger on Interpretivist Grounds, *Michigan Law Review*, v. 80, p. 462-511, 1982, em especial p. 463-464. TUSHNET, M. Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles, *Harvard Law Review*, v. 96, p. 781-827, 1983.

<sup>135</sup> Sobre a ideia de direito público, Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1112-13, e parte IV(C)(1), (2) desse artigo (papel dos juristas no direito público).

<sup>136</sup> Vide notas 95-96 *supra*. Para uma análise do grau de orientação descendente nas interações de implementação, vide parte II(B)(8)(b).

<sup>137</sup> Eu diria que esse exagero é característico do trabalho de Lipsky e Edelman. Vide, e.g.: EDELMAN, M. *Politics as Symbolic Action*. 1964; LIPSKY, M. *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*. 1980; WEATHERLY, R.; LIPSKY, M. Street Level Bureaucrats and Institutional Innovation: Implementing Special-Education Reform, *Harvard Educational Review*, v. 47, p. 171-197, 1977.

te, falta-lhe um senso de tendências em longo prazo<sup>138</sup>.

### 3.5 Previsões longitudinais

Mesmo a narrativa mais coerente pode ser inteiramente *post hoc*<sup>139</sup>. A identificação das facetas importantes de uma implementação não significa que elas tenham sido de alguma forma previstas. Não obstante, o processo de identificar como descrever a realidade pode ser uma etapa necessária no processo preditivo. Divisores de águas, por exemplo, podem se tornar parte da “variável dependente” de um modelo preditivo.

A pesquisa sobre implementação está longe de desenvolver teorias rigorosamente preditivas. Por outro lado, o trabalho geral mais interessante sobre implementação tende a ter elementos de previsão. Quando se analisa a experiência de encontrar um trabalho de investigação interessante, geralmente um elemento preditivo é um atrativo. Em lugar de tentar um inventário completo de elementos preditivos espalhados por vários tipos de pesquisa, este artigo sugere três das categorias mais óbvias: (a) Incentivos organizacionais no curso da implementação. Essa categoria de pesquisa sobre implementação tenta identificar os incentivos estruturais para vários tipos de ações por diversas partes, durante o desenvolvimento da lei e sua aplicação. Quando o interesse próprio das partes estrategicamente colocadas é entendido, a previsão é possível, pelo menos no sentido de identificar várias direções plausíveis que o processo pode tomar. (b) Força política, recursos e posicionamento estratégico das partes interessadas. Uma análise diferente, embora complementar, procura identificar o poder geral e a vantagem estratégica específica de vários tipos de partes interessadas<sup>140</sup>. (c) Características estruturais da intervenção jurídica. Uma vez que a fase inicial da luta política termina e que uma forma particular de intervenção jurídica é selecionada, frequentemente é possível identificar características que geralmente levam a um sucesso maior ou menor. Vale dizer, é possível falar de maneira significativa sobre o quão bem ou mal uma determinada forma jurídica provavelmente produzirá resultados. A relação dessa categoria com a “Teoria da Sanção” é óbvia<sup>141</sup>.

Esses fatores não permitem uma verdadeira previsão. Eles nos permitem eliminar alguns resultados implausíveis e especificar uma gama de futuros plausíveis. Como a certeza tende a se acumular à medida que decisões imprevisíveis são tomadas de uma ou outra forma, nos aspectos mais importantes permanecemos na posição imprevisível e *post hoc*. As decisões de maior efeito, abrangendo as intervenções do sistema político mais amplo, como a legislatura conservadora de 1980, são as mais difíceis de prever.

### 3.6 Avaliação

A avaliação de implementações dificilmente poderia ser mais confusa. Uma tradição respeitável na sociologia do direito sustenta essencialmente que todas as implementações fracassam porque resultam em compromissos e consequências inesperadas<sup>142</sup>. Outra tradição sustenta que todas são bem sucedidas, ao menos em dar apoio simbólico aos movimentos sociais<sup>143</sup>. Outra, ainda, nega que a avaliação seja possível, porque

<sup>138</sup> KIRST, M.; JUNG, R. *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View Of Title I, Esea*. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, Relatório de projeto n. 80-B18, 1980.

<sup>139</sup> [N.T.] A expressão *post hoc* refere-se à expressão latina *post hoc ergo propter hoc* (“depois disso, logo, causado por isso”). Segundo a enciclopédia Britannica, trata-se de uma falácia lógica consistente em uma suposta correlação causal entre atos tão-só temporalmente sucessivos. Assim, tem-se, por exemplo, a imputação falaciosa de certo evento danoso a um evento maligno pretérito (como a quebra de um espelho). Porém, não há entre tais fatos qualquer relação de causa e efeito, apesar de, como dito, eventualmente existir uma relação temporal entre eles. (Verbete “Fallacy”. In: *Encyclopædia Britannica*, 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/fallacy>. Acesso: 19 out. 2020).

<sup>140</sup> CHUBB, J. *Interest groups and the bureaucracy: the politics of energy*. 1982; GALANTER, M. Why the “Haves” Come Out Ahead – Speculations on the Limits of Legal Change, *Law & Society Review*, v. 9, p. 95-160, 1974.

<sup>141</sup> Vide nota 112 *supra*.

<sup>142</sup> EDELMAN, M. *Politics as Symbolic Action*. 1964.

<sup>143</sup> SCHEINGOLD, S. *The politics of rights*. 1974. p. 15-16.



o sistema sempre produz exatamente o que se destinava a produzir<sup>144</sup>. Essas posições são um amálgama desnorteante de confusão analítica e de diferenças sutis sobre a interpretação de resultados fáticos.

Acadêmicos niilistas reúnem-se adotando o papel de desenganadores e iconoclastas. Com um pouco de sociologia jurídica elementar, é fácil desempenhar esse papel, porque a única coisa de que podemos ter certeza e, portanto, não precisamos de pesquisa para demonstrar, é que nenhum dos lados de um conflito sociojurídico obtém tudo o que quer. “Descobertas” de que nada é um sucesso ou um fracasso completo obscurecem a questão mais interessante, mas mais difícil de pesquisar, de relativo sucesso ou fracasso.

As implementações variam enormemente ao longo da dimensão sucesso/fracasso. Algumas não são mais do que sinais – e dos fracos. Outras fazem progressos verdadeiramente surpreendentes à luz dos obstáculos. A tarefa essencial da avaliação é distinguir entre graus de relativo sucesso e fracasso. Para tanto, é necessário ter cuidado ao definir a questão avaliativa e equilíbrio em sintetizar as evidências. Aparentemente, a maioria dos críticos prefere tacitamente colocar uma questão que clama por uma resposta preconcebida e então ignorar sistematicamente o falseamento de evidências<sup>145</sup>. Uma análise de custo-benefício muito em voga, por exemplo, prospera com o infame método de declarar custos excessivos sem mensurar, ou mesmo discutir, os benefícios<sup>146</sup>. A implementação é politicamente ativa e a avaliação é um exemplo extremo de viés normativo<sup>147</sup>.

### 3.6.1 Três padrões de sucesso relativo

Quando se busca pensar claramente sobre avaliação, é útil isolar três situações prototípicas tais como elas ocorrem no mundo real. São elas, da menos para a mais bem-sucedida: (a) a vitória simbólica; (b) o fracasso; (c) o compromisso.

Como as implementações ocorrem tipicamente em áreas difíceis da política social, é bastante comum que o sistema apresente uma resolução puramente simbólica. Mesmo estas podem ser do interesse do movimento social que defende a causa e trazer recompensas diretas às elites do movimento, como publicidade e contribuições financeiras<sup>148</sup>. Um símbolo é melhor do que nada, ao menos sob alguns pontos de vista. Um exemplo comum são comissões de estudo, a exemplo da Comissão Especial de Excelência Educacional, cujo contundente relatório foi divulgado em abril de 1983<sup>149</sup>. Não obstante a extensa cobertura da imprensa, é discutível que, no nível federal, algo de substancial resulte do relatório do comitê. Realizar alguma coisa de verdade quase certamente seria difícil e caro, atributos não consistentes com a visão do governo Reagan sobre o papel federal na área de educação. O governo federal provavelmente oferecerá aos estados prestações intangíveis, como liderança, apoio moral e assistência técnica. O que emergirá provavelmente será uma vitória moral.

<sup>144</sup> ETZIONI, A. Two Approaches to Organizational Analysis: A Critique and a Suggestion. *Administrative Science Quarterly*, v. 5, p. 257-278, 1960, em especial p. 261. CAMPBELL, C. A Dubious Distinction? An Inquiry Into the Value and Use of Merton's Concepts of Manifest and Latent Function, *American Sociological Review*, v. 47, p. 29-44, 1982.

<sup>145</sup> Por exemplo: HOROWITZ, D. *The courts and social policy*. 1977. Para uma discussão do livro de Horowitz: FEELEY, M. Approaches to the Study of Court Impact. In: PIELE, P. (ed.). *II SCHOOLS AND THE COURTS*. 1979. p. 1-21, em especial p. 12-16.

<sup>146</sup> Sem qualquer referência aos benefícios, o vice-presidente Bush declarou uma vez que os custos de implementar ou de reforçar a igualdade entre os sexos na educação eram “demasiados”. CLUNE, W. The Deregulation Critique of the Federal Role in Education. In: KIRP, D. (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education*. (no prelo).

<sup>147</sup> Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, 1080-83, 1113-1114.

<sup>148</sup> HANDLER, J. *Social movements and the legal system – a theory of law reform and social change*. 1978. p. 8-9, 17 e 29-31; MOYNIHAN, D. *Maximum feasible misunderstanding – community action in the war on poverty*. 1969/1970. p. 21-36.; KOMESAR, N.; WEISBROD, B. The Public Interest Law Firm: A Behavioral Analysis. In: *Public Interest Law – an Economic and Institutional Analysis*. 1978. p. 80-101, em especial p. 81.

<sup>149</sup> A Comissão foi criada em agosto de 1981: *Educ. Daily*, 27 ago. 1981, p. 1. Uma das preocupações da Comissão eram padrões mais altos. Para um comentário sobre um estudo realizado pela equipe da Comissão: Academic Courses Lose Favor. *The New York Times Magazine*, p. 17, col. 1, 26 de abril de 1983. Um texto do relatório final pode ser encontrado em: *Educ. Week*, p. 12, 27 de abril de 1983.

O fracasso é outro padrão de implementação comum. Muitos programas começam absurdamente fracos e fragmentados em relação ao problema que pretendem melhorar. Características que poderiam ser efetivas frequentemente foram barganhadas no processo político, porque seriam muito caras ou muito controversas. Apesar disso, o programa não é puramente simbólico porque a implementação de *algo* realmente ocorre. Recursos financeiros são gastos, pessoas são contratadas para executar diretrizes e regulamentos são expedidos. A falta de potencial pragmático pode ser resultado de idealismo ou cinismo<sup>150</sup>.

Um compromisso entre valores e interesses concorrentes é o melhor resultado que se pode alcançar por uma implementação. Em tarefas sociojurídicas difíceis, o movimento social que busca a mudança deve sempre acomodar o *status quo*. O controle da poluição deve reconhecer os custos regulatórios, a dessegregação deve reconhecer a integridade do processo educacional e a ação afirmativa deve reconhecer a autonomia das instituições empregadoras. Conforme declarado em ações judiciais, direitos fundamentais devem, em última análise, render-se a restrições fiscais<sup>151</sup>. No entanto, apesar da atmosfera de desventura associada à implementação<sup>152</sup>, resultados impressionantes foram obtidos em muitas áreas. A dessegregação acontece<sup>153</sup>. A qualidade do ar e da água melhora<sup>154</sup>. Sistemas correcionais e de saúde mental tornam-se mais humanos<sup>155</sup>. Crianças com deficiência que não recebiam educação pública passam a recebê-la de alguma forma<sup>156</sup>. A reforma do financiamento da educação confere mais recursos aos distritos mais pobres<sup>157</sup>.

Mesmo aqui, dúvidas de segunda ordem são apropriadas. A dessegregação resultou em melhor educação? O “êxodo branco”<sup>158</sup> implicará nova segregação nas escolas? O ar limpo vale a pena? A educação para pessoas com deficiência é muito cara? Novos empregos foram gerados por ação afirmativa, por mudanças de valores ou pelo mercado<sup>159</sup>? O debate sobre a máxima efetividade da intervenção jurídica é interminável.

<sup>150</sup> Exemplos de “fracassos” incluem: a Administração do Desenvolvimento Econômico: PRESSMAN, J.; WILDAVSKY, A. *Implementation*. 2. ed. 1979; o Programa Cidades-Modelo: BARDACH, E. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. 1977. p. 80; BANFIELD, E. Making a New Federal Program: Model Cities, 1964-68. *In: Social Program Implementation*, 1976, p. 183 e ss.; o Projeto Mohole, E. BARDACH, *supra*, p. 85-88; e o Corpo Nacional de Professores: CRONIN, T. Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program. *In: American Politics and Public Policy*. 1978. p. 77 e ss.

<sup>151</sup> De acordo com o professor Chayes, em litígios institucionais, confrontadas com rejeição clara e específica de suas ordens pelo processo democrático, especialmente por razões fiscais, as cortes invariavelmente cedem. *Discurso de Abram Chayes*, Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, 9 de fevereiro de 1982.

<sup>152</sup> Vide notas 105 e 124 *supra*.

<sup>153</sup> KALODNER, H.; FISHMAN, J. *Limits of Justice: The Courts' Role in School Desegregation*. 1978; ORFIELD, G. *The Reconstruction of Southern Education: The Schools And The 1964 Civil Rights Act*. 1969; RODGERS, H.; BULLOCK, C. *Coercion to Compliance*. 1976.

<sup>154</sup> Para ser mais preciso, a qualidade geral da água não apresentou grande melhoria durante a década de 1970; mas, apesar do aumento da população e do PIB, a qualidade parou de se deteriorar e mostrou melhorias em locais específicos, devido ao melhor controle dos efluentes da indústria e do tratamento de esgoto. *Environmental Quality*. Conselho de Qualidade Ambiental, 1979, p. 75-173.

<sup>155</sup> HARRIS, M.; SPILLER, D. *After Decision: Implementation of Judicial Decrees in Correctional Settings*. 1976; LOTTMAN, M. Enforcement of Judicial Decrees: Now Comes The Hard Part, *Mental Disability Law Reporter*, p. 67-76, jul./ago. 1976.

<sup>156</sup> Na Pensilvânia, o programa de busca ativa ordenado pelo tribunal identificou cerca de 7.400 crianças excluídas de qualquer programa educacional. KIRP, D.; BUSS, W.; KURILOFF, P. Legal Reform of Special Education: Empirical Studies and Procedural Proposals, *California Law Review*, v. 62, p. 40-155, 1974, em especial p. 63. Especialistas em educação especial e advogados haviam estimado um número pelo menos três vezes maior. *Idem*, p. 60, n.68.

<sup>157</sup> CLUNE, W.; LINDQUIST, R. Serrano e Robinson: Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation. *In: PIELKE, P. (ed.). II Schools and the Courts*. 1979. p. 67-106, em especial p. 84-104.

<sup>158</sup> [N.T.] No original, *white flight*. Originária dos Estados Unidos, a expressão *white flight* designa a saída da população branca de algumas regiões urbanas habitadas também por populações de outras raças. Segundo Troyna, “[e]ste termo implica desilusão e até mesmo ressentimento em relação a um tipo de mudança. Refere-se ao movimento dos brancos de bairros e escolas que passaram por recentes mudanças na sua composição étnica. A natureza dessa mudança é, algumas vezes, voluntária – a busca de emprego, talvez, ou de moradia barata. Entretanto pode também ser fabricada, derivando de um comprometimento generalizado com a chamada hipótese de contato. [...] O *White flight* é, portanto, uma resposta súbita ou gradual à não segregação *de jure* e *de facto*” (TROYNA. Barry. Verbetes “White flight”. *In: CASHMORE, Ellis et al. Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*. Tradução Dinah Kleve. 2. Ed. São Paulo: Summus, 2000, p. 555-559, em especial p. 555-556). A expressão ainda é empregada, a exemplo da notícia “Michelle Obama talks about South Side Chicago ‘white flight’ at Obama Summit”, publicada em 29 out. 2019. Disponível em: <<https://chicago.suntimes.com/columnists/2019/10/29/20938718/michelle-obama-south-side-chicago-white-flight-obama-summit>>. Acesso: 9 ago. 2020.

<sup>159</sup> Evaluating the Impact of Affirmative Action: A Look at the Federal Contract Compliance Program, *Industrial and Labor Relations Review*, v. 29, p. 485-584, 1976.

O ponto aqui é simplesmente que, área após área, aparentemente houve progresso substancial na mudança das condições que foram definidas como objetivos dos movimentos de reforma social. O que os ativistas tentaram mudar realmente mudou – até certo ponto. Em outras palavras, pode haver dúvidas sobre as implementações mais bem-sucedidas, mas não são as mesmas dúvidas que se aplicam às vitórias ou aos fracassos simbólicos.

### 3.6.2 Avaliação dos padrões em um ambiente politizado

Contrariamente à concepção de vários padrões de sucesso, a sociedade como um todo parece preocupada, quiçá obcecada, com uma perspectiva mais monolítica da avaliação. Por exemplo, o móvel das políticas neoconservadoras, tanto quanto das neoliberais, é garantir a viabilidade de programas sociais e intervenções regulatórias. Aparentemente, muitas pessoas consideram relevante questionar se os programas políticos tiveram sucesso ou falharam em algum sentido absoluto.

Todos os modelos políticos, inclusive o sugerido neste artigo, complicam uma avaliação simples. Um olhar político hostil veria a consideração sobre sucesso ou fracasso como essencialmente sem sentido. Afinal, algumas pessoas aprovam até o programa mais inútil e, independentemente do quão bem-sucedidas sejam, todas as implementações têm alguns inimigos mortais. Se muitas pessoas sempre apoiam ou sempre se opõem a todas as implementações, não se justifica traçar distinções nítidas entre graus relativos de “sucesso” (definidos como a realização dos propósitos do movimento social).

Assim, o problema de avaliar compromissos políticos é que a avaliação de custos e benefícios depende consideravelmente de uma perspectiva pessoal. Um exemplo desse problema é a ação afirmativa em matéria de empregos. Uma pessoa fortemente solidária à situação das minorias e das mulheres provavelmente examinará as desvantagens da intervenção legal de maneira bem diferente da pessoa antipática ou indiferente. A dificuldade de demonstrar que a ação afirmativa cria empregos provavelmente será vista como um problema de alocação de riscos, e o simpatizante perguntará por que os vulneráveis deveriam suportar o risco da incerteza. Em outros termos, o emprego para grupos excluídos parece ser o produto de uma variedade de causas em interação, incluindo forças de mercado, mudança de atitudes e intervenções jurídicas. Para o partidário da medida, mesmo que a lei não faça muita diferença, cada tentativa de melhorar a posição daqueles que sofreram discriminação é justificada. Para o não partidário, a qualidade incerta e o pequeno ganho são mais salientes.

O ponto de vista é mais decisivo na questão dos custos financeiros da intervenção. Todos podem concordar que recursos são escassos e deveriam ser gastos com sabedoria. Mas, para os partidários, o dinheiro gasto em prol de pequenos ganhos para minorias e mulheres *são* gastos com sabedoria. Ser um simpatizante significa que a causa social está no topo da lista de prioridades. O não apoiador provavelmente considerará que cada emprego gerado é muito oneroso.

Assim, a crítica política da avaliação é convincente; mas, num sentido diferente, parece gritantemente incompleta. Por mais tolo que seja argumentar a favor de um padrão de avaliação universalmente válido, é ainda mais tolo afirmar que não há julgamentos amplamente compartilhados sobre sucesso relativo e fracasso. A política não se limita a transferências de “renda” entre grupos cujos interesses se excluem mutuamente<sup>160</sup>. O sucesso é mais do que a reificação de uma *ratio* fria e pluralista entre benefícios internos e custos externos. Como, então, conciliar opiniões partidárias e consensuais sobre a avaliação? Se, como o modelo sugere, a avaliação deve ser analisada como um processo político – e não como um processo filosófico –, três interpretações políticas distintas sobre avaliação são possíveis, das quais apenas uma é estritamente partidária.

A interpretação estritamente partidária da avaliação é retórica política. Pessoas insatisfeitas com um

<sup>160</sup> THUROW, L. *The Zero-sum society: distribution and the possibilities for economic change*. 1981.

compromisso político podem simplesmente se recusar a aceitá-lo. Naturalmente, a rejeição total de um compromisso pode ser principalmente destinada ao público. Na verdade, com frequência, os defensores de uma proposta ficam secretamente satisfeitos em aceitar o que podem obter. Por outro lado, todos temos visto muitos idealistas amargamente desapontados, pessoas que se sentem ofendidas por qualquer coisa aquém dos objetivos puros de um movimento de reforma ou uma plataforma reacionária.

Uma interpretação política mais consensual da avaliação é pragmatismo. Tanto os envolvidos em uma disputa política quanto os que estão de fora podem tentar avaliar o compromisso *como* um compromisso. Se ambos os lados obtiverem algo importante e significativo nesse processo, cada um dos lados considera o compromisso um sucesso. Uma falha nesses termos é um compromisso que não deixa quase ninguém feliz, como um programa caro que fracassa ou um compromisso extremamente tendencioso para um dos lados. Compromissos muito tendenciosos costumam aumentar a insatisfação na sociedade, violando, assim, o senso pragmático de ganhos politicamente disponíveis no bem-estar líquido.

Nem mesmo a abordagem pragmática escapa do problema utilitarista da total ausência de significação moral coletiva. Para muitos de nós, programas sociais como integração racial e seguros de acidentes de trabalho não parecem ser compromissos políticos frios. Ainda que não estejamos diretamente envolvidos, esses programas são intrinsecamente satisfatórios. Como reconciliamos esse sentimento moral com um modelo político? Trata-se de mera projeção de nossa própria política?

Este artigo não se preocupa com o problema filosófico dos julgamentos morais válidos. Porém, há uma terceira interpretação política da avaliação que lança luzes sobre a questão: a avaliação como desenvolvimento de consenso moral. Os movimentos sociais são bem-sucedidos na medida em que atraem um público além dos beneficiários-alvo; em outras palavras, são bem-sucedidos quando recorrem a valores prevalentes. O grande poder do movimento pelos direitos civis foi fazer o *mainstream* acreditar na justiça racial. Inversamente, quando falham em alcançar o *mainstream*, os movimentos sociais não são bem-sucedidos. Os movimentos são menos efetivos quando o *mainstream* acredita que os ativistas do movimento estão criando problemas por puro egoísmo (desejo de fama, poder, dinheiro). Movimentos sociais também são inefetivos quando percebidos como grupos de interesses especiais, fanáticos e intransigentes.

Parte da dramaturgia social das implementações é um diálogo de confiança e desconfiança entre *mainstream* e ativistas: Jesse Jackson está realmente fazendo algo de bom ou está apenas em uma empreitada megalomaniaca<sup>161</sup>? Ambientalistas podem seguir as regras do jogo e chegar a compromissos pragmáticos ou, independentemente do custo para o restante da sociedade, recorrerão a manobras legalistas diante da menor questão ambiental? Pode-se confiar no *establishment* para uma barganha justa ou os ativistas deveriam pressupor o pior e lutar a cada passo do caminho? As acusações de fanatismo são de boa-fé ou são esforços cínicos para desacreditar o movimento?

Como movimentos sociais e instituições estabelecidas lidam com o problema da desconfiança é uma área extremamente interessante de pesquisa e de políticas públicas. Uma face do problema, levantada pelo exemplo de Jesse Jackson, é a possível discrepância entre o bem-estar dos membros de base e a psicologia da liderança do movimento<sup>162</sup>. Durante o período inicial em que o movimento luta por um reconhecimento mínimo, táticas de confronto e princípios rígidos podem servir adequadamente a seus membros. Depois que o movimento está mais bem estabelecido, compromisso e pragmatismo podem ser mais produtivos. A liderança pode se adaptar?

Outra face do problema é a importância, para a liderança do movimento e de seus membros, de vitórias simbólicas e de superioridade moral, em oposição ao sucesso tangível. Nesse sentido, o movimento pelos direitos civis da população negra tem sido consistentemente pragmático, ao passo que movimentos ambientais

<sup>161</sup> [N.T.] No original, “*ego trip*”.

<sup>162</sup> A famosa “lei de ferro da oligarquia” de Michel diz respeito a este problema. PIVEN, F.; CLOWARD, R. *Poor people's movements: why they succeed, how they fail*. 1979. p. xxii-xxiii, 101-102 e 322. Vide também nota 144 *supra*.

e consumeristas incluíram componentes ideológicos e pragmáticos. O ativismo ideológico é indiferente ao sucesso tangível – ou mesmo incompatível com ele. Se o princípio é o único fator levado em consideração, o *mainstream* é irrelevante. De fato, ofender o *mainstream* pode ser desejável. A superioridade moral é mais bem alcançada, tornando impossível para o outro lado receber o crédito por um compromisso razoável. No entanto, um certo grau de aprovação pelo *mainstream* é essencial até para o ativista mais hipócrita. Um colapso total do apoio do *mainstream* levanta questões sobre a ideologia. É difícil manter a superioridade moral quando se é universalmente ridicularizado como um fanático não realista e ineficiente. Assim, ativistas ideológicos devem manter um equilíbrio desconfortável entre pragmatismo e simbolismo.

Pode-se dramatizar a ideia de que a implementação é um processo de apelo ao *mainstream* pensando-se sobre a outra maneira de lidar com o *status* de minoria. Muitos movimentos contraculturais não recorrem ao direito como um meio de mudança social. Como com os *Amish*, a “saída” ou o isolamento pode ser a forma de lidar com valores contrários aos do *mainstream*<sup>163</sup>. Nessa situação, remédios jurídicos são buscados principalmente como um meio de proteger a privacidade, não de atingir uma mudança social positiva. Finalmente, como ficou claro nos exemplos, o consenso geralmente não significa apoio unânime e entusiasmado. O apelo externo de implementações varia enormemente, desde o forte apoio de alguns membros do *mainstream* a uma discreta minoria, como na política racial, até o fraco apoio a ativistas do movimento por praticamente todos na sociedade, como na política de ar limpo.

O consenso moral aplica-se de forma diferente a cada um dos três padrões de avaliação. Compromissos que beneficiem os dois lados são mais propensos a serem aceitos porque concretizam valores de ambos, aprovados pela sociedade em geral. A controvérsia sobre compromissos, portanto, é quase exclusivamente sobre custos, ou, mais precisamente, sobre a relação entre custos e benefícios. O compromisso que parece ruim tende a parecer muito oneroso frente aos benefícios relativamente pequenos que provê. É pouco provável que fracassos pareçam atraentes ao *mainstream*. Eles não alcançam os valores que o grupo minoritário está defendendo e são caros. Vitórias simbólicas são mais aceitáveis para o *mainstream* porque são baratas. Embora seja improvável que grupos minoritários se satisfaçam com símbolos, às vezes processos simbólicos são mutuamente tranquilizadores, uma espécie de troca barata de boa vontade entre *outsiders* e *insiders*.

Seguramente o aspecto mais interessante do desenvolvimento de consenso moral é o processo pelo qual os valores das minorias passam a ser aceitos por públicos mais amplos. Visto pela perspectiva do modelo político, mesmo as implementações com maior êxito moral devem ser avaliadas politicamente. Ou seja, as implementações devem ser avaliadas por meio de alguma estrutura de comunicação e de resolução de disputas. É comum que grupos e causas inicialmente detestados obtenham respeito moral ao final.

Comentaristas desapaixonados e pesquisadores podem tentar manter os fatos corretos e os argumentos, honestos; mas o processo político impõe sua própria honestidade. Os defensores devem alocar recursos políticos nos programas que considerem mais valiosos e convencer os céticos da intensidade de suas reivindicações. Por outro lado, a boa-fé dos céticos pode ser testada. O papel da mídia em relação a assuntos mal interpretados, trazendo à tona novos pontos de vista e prevenindo subterfúgios óbvios, é uma das características interessantes das implementações. Em alguns casos, os tribunais podem vir em auxílio de grupos particularmente desprotegidos. Em outros casos, as cortes podem proteger o próprio processo. Proteger a possibilidade de persuasão moral das minorias é claramente o principal, e talvez o único, propósito significativo da Primeira Emenda. Uma das questões fatuais testadas pelo debate público é se determinados programas foram sucessos ou fracassos. Essa importante questão merece discussão em uma subseção à parte.

<sup>163</sup> TYACK, D.; KIRST, M.; HANSOT, E. Educational Reform: Retrospect and Prospect. *Teachers College Record*, v. 81. p. 253-269, 1980, em especial p. 266.

### 3.6.3 Discordâncias fatuais sobre que padrão está presente

Compondo a dificuldade normativa de lidar com os compromissos, há discordâncias, genuínas ou taticamente fabricadas, sobre que padrão está presente. Um programa em particular é um fracasso ou um compromisso? Sabê-lo quase nunca é fácil. Além disso, os defensores e oponentes do programa aparecem em lados inesperados da discussão e às vezes ocultam suas verdadeiras percepções.

A educação bilíngue é um exemplo. Frequentemente, ouvem-se críticos da educação bilíngue dizendo que o investimento existente não melhorou as habilidades verbais das crianças. Os defensores do programa amiúde respondem que a educação bilíngue, como o cristianismo, não falhou porque não foi tentada. Ou seja, os programas existentes têm sido tão subfinanciados, hesitantes, diluídos e comprometidos que não se pode esperar sucesso; a resposta seria *mais* financiamento, não menos. Assim, defensores do programa podem aceitar a caracterização dele como um fracasso pré-ordenado. Se essa caracterização é justa e se a conclusão em prol de mais financiamento decorre disso são questões separadas. Por exemplo, muitas das fragilidades estruturalmente determinadas dos programas bilíngues podem ser politicamente inevitáveis. Ainda que os falantes da mesma língua e com mesma origem social das crianças sejam os melhores professores, o sistema educacional, com suas estruturas de certificação de professores e valorização da antiguidade, permitirá que essas pessoas ingressem na docência em grande escala? Falando em termos práticos, se devemos nos relacionar bem com nosso atual corpo docente, talvez o potencial para a educação bilíngue deva ser avaliado sob essa luz. Observe-se, no entanto, que uma das últimas coisas que os defensores estão dispostos a aceitar é a inevitabilidade desses aspectos arraigados do *status quo*, que operam contra seus clientes.

Um exemplo um pouco diferente é o Título I<sup>164</sup>. Supostamente, solicitou-se a membros do Departamento de Educação<sup>165</sup> encarregados da avaliação do Título I que, em seu relatório ao Congresso, omitssem achados negativos sobre efeitos de longo prazo e enfatizassem os achados positivos sobre efeitos de curto prazo. A melhor justificativa para esse pedido foi a convicção da equipe de que o programa do Título I fora continuamente aprimorado desde seu início e não fora gerido suficientemente bem no início para produzir efeitos de longo prazo que pudessem ser observados no momento da elaboração do relatório. Embora inicialmente visto como um fracasso, mais recentemente o programa foi tido como um experimento social promissor em longo prazo. Essa justificativa não responde à pergunta sobre por que não se poderia confiar toda a verdade ao Congresso. Os defensores do programa indubitavelmente estavam desconfortáveis em permitir que nuances de evidências das ciências sociais dominassem o debate político. Não obstante, a tendência dos gestores de programas de proteger os programas ocultando evidências negativas deve ser reconhecida como uma ocorrência frequente. Existem exemplos mais flagrantes do que o Título I<sup>166</sup>.

A dificuldade de encontrar a verdade na avaliação é desanimadora. Um premiado livro de um ilustre autor<sup>167</sup>, na minha opinião, nada mais é do que uma destruição obstinada de provas em uma direção pré-concebida. Por outro lado, esse livro pelo menos contém evidências. Muitos trabalhos condenando a eficácia de programas<sup>168</sup> são retórica vazia. Talvez a avaliação da implementação seja algo como direito penal: há

<sup>164</sup> *Elementary and Secondary Education Act*, de 1965, Pub. L. No. 89-10, 79 Stat. 27.

<sup>165</sup> [N.T.] Na estrutura do Poder Executivo brasileiro, o Departamento de Educação corresponderia ao Ministério da Educação.

<sup>166</sup> Um exemplo é o Corpo Nacional de Professores. CRONIN, T. Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program. *American Politics and Public Policy*. 1978. p. 77 e ss.

<sup>167</sup> HOROWITZ, D. *The courts and social policy*. 1977.

<sup>168</sup> E. g.: GRAGLIA, L. *Disaster by decree*. 1976. O livro de Graglia é, em grande medida, uma disputa de valores e raciocínios envolvidos nas decisões de dessegregação. Não quero afirmar que todas as discussões de valor (ou toda retórica) são vazias. De fato, a implementação repousa sobre uma base de posições valorativas concorrentes. No entanto, o livro de Graglia parece notavelmente tendencioso e obtuso quanto a outros pontos de vista. Sobre a difícil fronteira entre não discriminação e discriminação reversa: BREST, P. Foreword: In Defense of the Antidiscrimination Principle, *Harvard Law Review*, v. 90, p. 1-54, 1976; FISS, O. The Fate of an Idea Whose Time Has Come, *University of Chicago Law Review*, v. 41, p. 742-773, 1974. Sobre as complexidades de definir e limitar remédios jurídicos em questões raciais, mesmo assumindo uma definição "limitada" de responsabilidade: KIRP, D.; BABCOCK, G. Judge and Company: Court-Appointed Masters, School Desegregation, and Institutional Reform, *Alabama Law Review*, v. 32, p.

tanto em jogo e o potencial de viés é tão grande que um processo adversarial deveria ser incentivado. Como políticos, os membros do Congresso são indubitavelmente sensíveis ao elemento político da avaliação e, como forma de contrabalanceamento, abrem esse processo a quem quer que seja. Também ajudaria consideravelmente se mais acadêmicos tentassem ser objetivos, não no sentido de serem politicamente neutros, mas no sentido de esclarecerem como seu ponto de vista se insere no argumento e de serem justos com as evidências. Por fim, mesmo aqueles que advogam uma proposta fariam bem em moderar seus instintos mais oportunistas. Sempre me pareceu que uma das principais razões do sucesso do movimento pelos direitos civis e do movimento contra a Guerra do Vietnã foi a insistência deles em dizer a verdade sobre os fatos sociais e abalar ilusões sociais convenientes. Mais uma vez, os movimentos sociais são bem-sucedidos apelando para algo no *mainstream* da sociedade. Nesse sentido, a verdade, assim como a mentira, tem poder e atratividade.

### 3.7 Metodologia de pesquisa

O modelo de implementação apresentado neste artigo tem implicações importantes para a metodologia de pesquisa. Em geral, pode-se pensar em três aspectos de um projeto de pesquisa que influenciam a metodologia: o tema, a teoria que o sustenta e a questão dos procedimentos ou técnicas confiáveis e válidas<sup>169</sup>. A ideia de metodologia é frequentemente equiparada a técnica – como projetar um instrumento de pesquisa, extrair amostras estatisticamente confiáveis e conduzir entrevistas abertas. Embora as preocupações com a técnica sejam bastante importantes, elas provavelmente são as menos importantes das três. Tema e teoria têm um impacto muito maior sobre a metodologia, porque afetam a escolha do método de pesquisa, e não apenas a execução apropriada de um método já selecionado. Além disso, é difícil articular aspectos metodológicos da teoria e do tema; as decisões sobre eles podem ser tomadas intuitivamente, subconscientemente ou por padrão. Finalmente, a maioria das implicações importantes do modelo em relação à metodologia diz respeito ao tema e à teoria.

Em relação ao tema, o modelo demonstra que todo o processo de implementação envolve tipos de atividades muito diferentes, como a história dos movimentos sociais, sua influência sobre a legislação, os detalhes das regulações, as interações em nível de campo entre a fiscalização e as organizações reguladas e, ainda, as características-chave estruturais de vários tipos de organizações reguladas. Pode não haver uma ligação invariável entre a atividade e o método de pesquisa usado para estudá-la. Apesar disso, os raciocínios empregados para analisar algumas atividades, como a influência histórica, parecem bastante diferentes dos utilizados para outras, como o significado dos regulamentos legais. A prática acadêmica convencional reflete e reforça essas diferenças metodológicas, definindo história e direito como disciplinas separadas.

A natureza da atividade estudada tem uma influência mais sutil sobre o método do que a disciplina acadêmica envolvida. Uma técnica de pesquisa pode ser mais adequada para investigar um aspecto particular do que outras. Por exemplo, se alguém quiser uma visão geral de como o processo funciona, pode ser útil organizar entrevistas abertas com membros de elite das instituições participantes. Essas pessoas são excepcionalmente bem situadas em termos de funcionamento do sistema em um nível geral – elas são insiders. Por outro lado, se se deseja entender os reais compromissos assumidos por esses insiders, os acordos firmados – ao invés de uma visão geral do processo –, ou parte significativa desses processos reais no nível de campo, provavelmente será necessário dedicar algum tempo à observação etnográfica. Os insiders de elite tendem a oferecer uma visão “reconstruída” da realidade, na qual as variantes ideologicamente inaceitáveis de sua própria conduta são censuradas. Eles também tendem a falar em um nível bastante alto de abstração,

313-398, 1981.

<sup>169</sup> “Isso [a metodologia] implica que estudos concretos estão sendo escrutinados quanto aos procedimentos que usam, às premissas em que se baseiam e aos modos de explicação que consideram satisfatórios”. LAZARSELD, P.; ROSENBERG, M. (eds.). *The Language of Social Research*. 1955. p. 4.

e não em termos de interações no nível de campo. Em outras palavras, mantidos os demais fatores – especialmente o custo –, não confie no “ouvir dizer”; se você deseja relatar descobertas sobre uma atividade, observe-a diretamente.

Na escolha do método de pesquisa, a teoria desempenha um papel tão importante quanto o tema. Teoria é aquilo que especifica o que é interessante ou significativo sobre a realidade. Para propósitos práticos, a realidade é infinitamente complexa, e a mente humana pode pensar sobre a realidade de inúmeras formas. Qualquer apresentação coerente envolve, necessariamente, algum sistema de seleção, simplificação e ordenação. Esse sistema é chamado de teoria, embora, às vezes, a palavra seja aplicada de maneira mais limitada aos sistemas formais. Nesse sentido, a teoria não é acadêmica ou esotérica; é simplesmente inevitável, embora possa ser feita inconscientemente ou mal feita.

A importância da teoria para o método pode ser ilustrada pela comparação entre dois tipos de projetos de pesquisa. O primeiro é a teoria da sanção quantitativamente orientada. Este artigo tenta estabelecer uma estimativa do volume de conformidade produzido por sanções de diferentes espécies e intensidades. Pesquisas sobre o efeito dissuasório da ação policial ou sobre efeitos cumulativos de subvenções são bons exemplos<sup>170</sup>. O segundo tipo de pesquisa é o estudo de caso sobre implementação. Como previamente discutido neste artigo, estudos de caso geralmente desenvolvem-se pela descrição dos chamados “divisores de águas”<sup>171</sup>. Divisores de águas são decisões de realizar ou não realizar determinados aspectos de uma intervenção jurídica, decisões que afetam, substancialmente, os resultados da intervenção vis-à-vis os propósitos sociais que a informam. Metodologicamente falando, aqueles que narram o histórico de casos tentam, consciente ou inconscientemente, identificar os divisores cruciais, ou pontos de inflexão, e organizar o histórico do caso em torno desses eventos.

Os métodos de pesquisa que complementam esses dois tipos de teorias são profundamente diferentes. A Teoria Quantitativa da Sanção normalmente requer o desenvolvimento de um modelo matemático como forma de comparar e mensurar a influência relativa das sanções e outros fatores que podem influenciar o comportamento. Como consequência, o mundo da ação legalmente orientada deve ser simplificado e reduzido a categorias que podem ser enumeradas (por exemplo, cumprimento e não cumprimento). O processo de simplificação e quantificação é tanto altamente formal – e, portanto, “censurável” – quanto excessivamente simplificado.

Em contraste, estudos de casos sobre implementação parecem envolver um processo analítico altamente impressionista, geralmente desarticulado, que inclui identificar forças sociais importantes e combiná-las com os principais avanços legais. A identificação dos principais avanços legais envolve uma operação metodológica tácita. Presumivelmente, um desenvolvimento ou não desenvolvimento jurídico é importante pelas consequências que produziu ou poderia ter produzido. Assim, a identificação de marcos relevantes implica uma afirmação intuitiva sobre as relações causais entre direito e mudança social. A força dos estudos de caso deve-se à imagem intuitivamente satisfatória e abrangente que eles podem fornecer do sistema integrado de forças sociais. A parte frustrante dos estudos de caso é a inacessibilidade das avaliações que contribuíram para a seleção dos principais eventos. Na falta de uma descrição formal de como se determinou que certos eventos tiveram consequências, geralmente ficamos com perguntas incômodas sobre o que não foi observado e explicado.

O ponto importante aqui não tem relação com as vantagens relativas dos dois métodos de pesquisa. Pelo contrário, a comparação foi feita para ilustrar como a natureza da teoria pode forçar um pesquisador a pensar sobre a realidade de maneiras completamente diferentes e a observar e relatar coisas totalmente diversas.

<sup>170</sup> WILSON, J.; BOLAND, B. The Effect of the Police on Crime: A Response to Jacob and Rich, *Law & Society Review*, v. 16, p. 163-170, 1981/1982; BARRO, S. *The Impact of Intergovernmental Aid on Public School Spending*, maio 1974, p. 59-66 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).

<sup>171</sup> Para uma discussão sobre divisores de águas como parte de descrições longitudinais, vide parte III(D).



A teoria tem uma influência profunda sobre o método.

Considerando-se a influência do tema e da teoria sobre o método, chegamos à técnica. Se a observação participante em nível de campo for selecionada, permanece a questão de como fazê-la corretamente. As entrevistas com a elite dos participantes podem ser bem ou mal feitas. A aferição de cumprimento/descumprimento, ainda que bem definida, requer habilidade e cuidado, assim como a matemática que estima a influência relativa de diferentes fatores.

De forma geral, o modelo apresentado neste artigo não tem implicações especiais para a técnica no sentido de métodos-padrão de pesquisa. O modelo mostra claramente, no entanto, que muitos tipos de pesquisa-padrão sobre implementação, como o estudo de caso, envolvem técnicas não convencionais e, portanto, majoritariamente não analisadas. Existem tratamentos úteis de processos metodológicos análogos, como a teoria fundamentada e a reconstrução etnográfica<sup>172</sup>. No entanto, como a interação do direito com os sistemas sociais envolve processos sociais e vínculos únicos, as questões metodológicas são distintas. O espaço aqui sequer pode começar a explorar essa importante questão. Como amostra do território a ser explorado, o leitor pode considerar novamente como é elaborado um típico manual de direito em uma área de direito público. Quais são os critérios de relevância que orientam a inclusão e exclusão de matérias? Se um dos critérios é o efeito sobre interesses sociais concorrentes ou sobre a sociedade como um todo, como os autores de livro sobre casos sabem sobre esses efeitos?

Uma palavra final precisa ser dita sobre o desafio interdisciplinar da pesquisa sobre implementação. A pesquisa que aborda qualquer descrição razoavelmente abrangente da implementação deve envolver não apenas métodos de pesquisa distintos e até agora não analisados, mas também uma série de métodos tradicionais cujos especialistas ocupam diferentes disciplinas acadêmicas. Como consequência, esse tipo de pesquisa comumente carece do rigor definido por uma metodologia especializada, e os pesquisadores profissionais frequentemente se sentem hesitantes e inseguros sobre o que fazer. Infelizmente, não existe uma resposta fácil ou confortável para o desafio. Muitas vezes, é essencial estudar o processo como um todo e não como subpartes metodologicamente convenientes. Certamente não queremos desencorajar variedades vitais de pesquisa, até porque os generalistas metodológicos são raros. No entanto, a permissividade geral tampouco é a resposta, porque muitas pesquisas bem-intencionadas tornam-se inúteis por metodologia deficiente. As abordagens prevalentes da pesquisa interdisciplinar parecem ser as mais produtivas – a formação interdisciplinar de pesquisadores (formais ou práticos), a colaboração, a consultoria seletiva e a revisão da pesquisa por equipes interdisciplinares capazes de identificar descuidos metodológicos. Além disso, devemos manter vivo o sonho da formação específica em “estudos jurídicos”<sup>173</sup>.

## 4 Alteração de papel do direito e dos juristas

As consequências do modelo para mudanças no papel do direito e dos juristas decorrem do fato de que a implementação é a forma característica do direito moderno ou pós-moderno<sup>174</sup>. Consideradas separada-

<sup>172</sup> BECKER, H. *Sociological work*. 1970; GLASER, B.; STRAUSS, A. *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*. 1967; MCCALL, G.; SIMMONS, J. (eds.). *Issues in participant observation*. 1969; SCHATZMAN, L.; STRAUSS, A. *Field research*. 1973.

<sup>173</sup> Sobre a importância de não limitar o tema e a perspectiva em razão de um “proselitismo” metodológico limitado: BECKER, H. *Sociological work*. 1970. p. 3.

<sup>174</sup> Teóricos sociais tendem a usar o termo “pós-moderno” para descrever o direito atual. TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review*, v. 17, p. 239-286, 1983, em especial p. 243. A razão para o uso deste termo é que, na tradição weberiana, o direito associado ao nascimento do modernismo era considerado “moderno” e direito contemporâneo é algo diferente. Os termos “autônomo” e “responsivo” são usados por Nonet e Selznick para esses dois tipos de direito moderno. NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and society in transition*, 1978, p. 16 e *passim*. Direito “reflexivo” é aparentemente um termo de Teubner. Teubner, *supra*, p. 266. LUHMANN, N. *The differentiation of society*, 1982. No presente artigo, distinções tão minuciosas não parecem importantes e, assim, vou me referir ao direito da atualidade simplesmente como “direito moderno”. Muita da discussão

mente, implementações constituem o micronível do direito moderno, as interações entre organizações sobre determinados programas sociais. Novas funções para o direito e para os juristas normalmente se mostram nesse nível: no nível de ação intencional e de conflito político. Tomadas coletivamente, as implementações constituem o Estado moderno. Multiplique-se qualquer implementação específica nas diversas áreas de políticas públicas por dez mil e o resultado é o Estado regulador e de bem-estar social. As implementações são o processo formativo aluvial do Estado moderno e o direito do Estado é a soma total das estruturas e interações contínuas deixadas como depósitos por uma infinidade de implementações separadas. O direito no Estado moderno consiste em organizações que se confrontam em setores normatizados de políticas públicas – setores do governo interagindo com governos-sombra criados para lidar com eles. Como o direito moderno no nível macro diz respeito à coordenação e à legitimação dessa legião de interações substantivas, novos papéis jurídicos no nível macro geralmente são percebidos por representantes políticos e juízes de alto escalão, bem como por elites informacionais<sup>175</sup>. No restante desta discussão, será conveniente considerar, primeiramente, algumas mudanças importantes no direito moderno, relacionadas essencialmente à natureza da implementação, conforme descrito neste artigo, e, posteriormente, o tópico dele derivado, relacionado às novas funções dos profissionais do direito.

#### 4.1 Sentido diminuído da autonomia do direito

Como visto atualmente, a característica dominante do direito pré-moderno era um senso de autonomia. O direito parecia ser tanto uma fonte de valores para a solução de problemas quanto uma fonte de novos valores. Advogados e juízes tinham um tipo especial de expertise normativa advinda desse direito autônomo, a habilidade de aplicar o direito a novas situações. O direito também era uma forma de autoridade – uma fonte de segurança. Um direito previsto em lei era duradouro, permanente; a única maneira de perdê-lo era renunciando a ele. Direitos legalmente garantidos eram direitos adquiridos.

A próxima subseção discutirá as características do direito moderno identificadas pelo modelo que diminui esse senso de autonomia jurídica. As subseções seguintes trarão exemplos de uma autonomia reduzida do direito como fonte de valores e de segurança. A discussão final abordará as novas e remanescentes fontes de autonomia jurídica.

##### 4.1.1 Atributos do direito moderno que diminuem a autonomia

Conforme descrito pelo modelo apresentado, quatro características do direito moderno operam para diminuir o senso de autonomia do direito: consequencialismo (ou racionalidade substantiva), origens políticas, comprometimento e renegociabilidade. O primeiro, o consequencialismo, ou a racionalidade substantiva, é a ideia de que o direito deve ser usado para resolver problemas sociais. É a ideia do direito como “engenharia social”<sup>176</sup>. O consequencialismo é incompatível com a autonomia, porque, segundo ele, o direito é, apenas, uma ferramenta<sup>177</sup>. Se os problemas não estiverem sendo resolvidos por normas autônomas, ou se surgirem problemas mais importantes, a lei poderá ser alterada. Observe-se, também, a ênfase coletiva e legislativa aos “problemas sociais”; o direito com um senso de segurança implicava direitos individuais.

Segundo, a origem do direito decorrente da atividade política de grupos de interesse é óbvia para as pessoas modernas. Valores têm origem nas proposições substantivas dos grupos sociais e são transforma-

dessa parte deve-se ao artigo conciso e lúcido de Gunther Teubner, *supra*. Teubner parafraseia e analisa material, como o trabalho de Habermas, que eu considero particularmente difícil (mesmo traduzido).

<sup>175</sup> Gradualmente estamos começando a entender o papel da mídia nos Estados modernos como instituições legitimadoras, deslegitimadoras e reconstrutoras. Vide nota 199 *infra*.

<sup>176</sup> Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1045, n. 2.

<sup>177</sup> LUHMANN, N. *The differentiation of society*. 1982. p. 133-135.

dos em lei por meio de um processo de compromisso político. Obviamente, uma vez atingido, cada compromisso político torna-se “a norma” e, nesse sentido, é uma fonte de valores. Mas esse senso é limitado e transitório em comparação com a ideia de que respostas para novas situações sociais podem ser encontradas no direito existente ou em suas operações. Por esse motivo, mesmo uma demanda moralmente convincente, como a dessegregação, pode parecer “política” demais<sup>178</sup>.

Terceiro, como resultado final de grupos de interesse que chegam a acordos, o direito parece altamente comprometido. Os acordos não são fontes sagradas de valores e não são especialmente duráveis. Finalmente, o direito é obviamente renegociável: se os subsídios não forem suficientemente bons este ano, cria-se um lobby para alterá-los no próximo ano. Se uma ação afirmativa for incômoda, opta-se pela desregulamentação. A seguridade social é um direito adquirido? Isso depende de como os políticos lidam com a atual crise de solvência.

#### 4.1.2 Exemplo do declínio da autonomia do direito como fonte de valores: a indústria da judicialização

O melhor exemplo da preocupação com o direito como fonte de valores é o que pode ser chamado de “indústria da judicialização”. Em um ritmo frenético, juristas estão produzindo artigos e livros com o objetivo de mostrar que há um método legítimo por meio do qual os juízes podem descobrir valores a partir da cognição. Ao mesmo tempo, as autoridades estão em conflito entre si, desacreditando os esforços umas das outras. Inclui-se aqui o impressionante debate em curso sobre a legitimidade da revisão judicial em matéria constitucional<sup>179</sup>, bem como o debate sobre o próprio *common law*<sup>180</sup>.

Um exemplo específico emerge das considerações concorrentes no debate sobre o papel judicial na implementação de políticas sociais. Disputas sobre o financiamento da educação, como ótimo exemplo de

<sup>178</sup> A possibilidade de a regulação nos Estados Unidos ser marcadamente mais legalista do que na Grã-Bretanha foi discutida na conferência de Keith Hawkins intitulada “A estratégia de conformidade”, no Colóquio Interdisciplinar de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, em 6 de novembro de 1981. KIRP, D. *Doing good by doing little: race and schooling in Britain*. 1979. p. 115-123; KIRP, D. Professionalization as a Policy Choice: British Special Education in Comparative Perspective, *WORLD POL.*, v. 34, p. 137-174, 1982, em especial p. 173. A ideia de um estilo de regulação na Europa menos legalista e, ainda assim, mais efetivo foi levantada pelo Professor Norbert Reich em outro colóquio. REICH, N. *Problems in F.T.C. Rulemaking: Some Remarks on Regulatory Failure*, Colóquio Interdisciplinar de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, 16 de junho de 1982. A possibilidade de uma regulação menos legalista e mais efetiva é muito importante e interessante em termos teóricos. Ao levantar questões complexas sobre comparações transatlânticas, alguém poderá facilmente perceber a complexidade de pesquisas comparativas de sociologia jurídica. Por exemplo, quatro questões surgem de maneira imediata: 1) os países europeus são tão agressivos quanto os americanos na tentativa de “tirar o sistema” do *status quo*? 2) o que acontece se, como parece ser o caso, o *status quo* for diferente? Por exemplo, os Estados Unidos parecem ter uma cultura e governos mais *laissez faire* do que muitos países europeus. 3) os meios culturais não legalistas de influência sobre o governo presentes na Europa também estão presentes nos Estados Unidos — por exemplo, relações de confiança em relação à burocracia e efetiva pressão informal dos meios de comunicação de massa? 4) quão efetivo é o sistema europeu em mudar verdadeiramente comportamentos, diferentemente de transmitir uma impressão ideológica de efetividade?

<sup>179</sup> BALL, M. Don't Die Don Quixote: A Response and Alternative to Tushnet, Bobbitt, and the Revised Texas Version of Constitutional Law, *Texas Law Review*, v. 59, p. 787-813, 1981; BOBBITT, P. A Reply to Professor Ball, *Texas Law Review*, v. 59, p. 829-834, 1981; BREST, P. Interpretation and Interest, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 765-773, 1982; COVER, R. The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities. *Yale Law Journal*, v. 91, p. 1287-1316, 1982; FISS, O. Objectivity and Interpretation, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 739-764, 1982; TUSHNET, M. Deviant Science in Constitutional Law, *Texas Law Review*, v. 59, p. 815-827, 1981; WELLINGTON, H. The Nature of Judicial Review, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 486-520, 1982. Eu interpretaria essa atividade quase frenética como o naufrágio da autonomia do direito, com os doutrinadores como marujos arremessando coletes salva-vidas conceituais para passageiros desorientados se debatendo no mar do direito moderno. Se essa metáfora for válida, suponho que meu colega, Mark Tushnet, deva ser retratado girando em uma lancha que produz ondas. Vide nota 182 *infra*.

<sup>180</sup> REES, G. Cathedral Without Walls: A View from the Outside, *Texas Law Review*, v. 61, p. 347-423, 1982. Essa parte do movimento *law and economics* que procura justificar o *common law* a partir da eficiência pode ser vista também como parte da indústria da judicialização. Para uma análise do papel crescente da atividade judicial para além do direito constitucional: Comments on Judicial Creativity, *Iowa Law Review*, v. 69, p. 1-46, 1983.

litígio institucional, encaixam-se perfeitamente no modelo de implementação deste artigo<sup>181</sup>. A dificuldade que juízes e advogados experimentam, assim como a forte tendência da doutrina a se tornar politizada, podem ser percebidas a partir da posição dos tribunais nesse tipo de litígio.

Uma demanda foi proposta contra o Estado de Wisconsin que, se bem-sucedida, exigiria mais de um bilhão de dólares em novas receitas para educação<sup>182</sup>. Na teoria constitucional, um tribunal apenas deveria avaliar se a Constituição de Wisconsin prevê a medida pleiteada. Questões orçamentárias deveriam entrar na equação como, no máximo, mero limite à exequibilidade da decisão, afinal um tribunal não pode fabricar dinheiro<sup>183</sup>. Colocam-se as questões de saber se os tribunais podem permanecer alheios à situação orçamentária e o que aconteceria com o conceito de direito se juízes comesçassem a considerar consequências orçamentárias.

Aspectos orçamentários mais amplos vão muito além do tema educação. O estado de Wisconsin atualmente está cortando programas sociais em larga escala, realizando trocas dolorosas e extremamente cuidadosas entre os vários programas sociais. Faz sentido, nesse caso, que um tribunal ordene um bilhão de dólares em novas receitas para o ensino fundamental e médio, tendo por base não uma avaliação legislativa das prioridades, mas um direito autônomo expresso ambigualmente em uma constituição escrita há cem anos? Talvez algumas cortes pensassem assim, mas as pressões em outra direção são imensas. Uma vez que um tribunal se envolve seriamente na questão sobre o quanto novas receitas devam realisticamente ser direcionadas ao ensino fundamental e médio, boa parte do sentido da lei como fonte autônoma de direitos terá sido perdida. É possível, e de fato apropriado, que os tribunais adotem o novo papel político do direito; o processo, no entanto, pode ser pouco familiar e desconfortável.

#### 4.1.3 Declínio da autonomia do direito como fonte de segurança

O direito moderno também contém um sentido diminuído como fonte de segurança e comprometimento (ou garantia). Em última análise, a ideia de que um direito é assegurado porque a lei assim diz é obviamente dependente de uma certa dose de força autônoma. No entanto, uma das características centrais da implementação, conforme descrito neste artigo, é o sentido de rediscussão do direito.

Um bom exemplo da relação entre autonomia e garantia pode ser visto no direito de propriedade, tanto em seus aspectos constitucionais quanto não constitucionais. Nos primórdios do direito constitucional, era importante que a propriedade tivesse um *status* constitucionalmente definido, protegido contra interferências estatais. Mudanças históricas graduais quase inverteram os pressupostos dos fundadores dos Estados Unidos sobre a relação entre propriedade e Estado<sup>184</sup>. A propriedade em sentido moderno – itens como garantia parcial de renda e benefícios sociais – tende a ser uma experiência fluida, sem proteções e dramaticamente dependente *do* Estado, em vez de representar uma liberdade *contra* o Estado.

Mesmo o protótipo de propriedade, a propriedade imobiliária desembaraçada de uma casa<sup>185</sup>, não está imune às incursões do direito moderno. Em nossa sociedade, a situação financeira de uma pessoa com rela-

<sup>181</sup> Sobre financiamento da educação e litígios institucionais, vide notas 16 e 30 *supra*.

<sup>182</sup> Caso *Kukor versus Thompson*, No. 79 C.V. 5252 (Dane County Cir. Ct., Madison, Wis., filed Oct. 15, 1980). Para outro exemplo de litígio sobre financiamento da educação, vide caso *Buse versus Smith*, 74 Wis. 2d 550, 247 N.W.2d 141 (1976).

<sup>183</sup> Sobre os aspectos práticos dos remédios judiciais, tais como incorporados pelas doutrinas da justiciabilidade: CLUNE, W.; LINDQUIST, R. Serrano e Robinson: Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation. In: PIELLE, P. (ed.). *II Schools and the Courts*. 1979. p. 67-106, em especial p. 104-106. Dimensões orçamentárias de medidas judiciais se destacaram no caso das despesas relacionadas à matrícula de estrangeiros em situação irregular na rede de ensino do Texas, um dos casos sobre educação mais importantes decididos em muitos anos. Vide caso *Phylar versus Doe*, 457 U.S. 202, 228-29 (1982); *idem*, p. 249-50 (Burger, C.J., *dissenting*).

<sup>184</sup> NEDELSKY, J. Confining Democratic Politics: Anti-Federalists, Federalists, and the Constitution, *Harvard Law Review*, v. 96, p. 340-360, 1982, em especial p. 354-358; NEDELSKY, J. *The Future of Property in Light of Its Past*. Colóquio Interdisciplinar de Estudos Jurídicos, Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, 27 de abril de 1982.

<sup>185</sup> [N.T.] No original, “*fee simple absolute in a home*”.

ção à casa própria é dramaticamente afetada pela sua idade. Uma pessoa com cerca de 50 anos de idade pode estar pagando US\$ 150 ou menos por mês por imóvel com valor de mercado na ordem de US\$ 150.000 ou mais. Uma pessoa de 40 anos tende a pagar US\$ 600 por mês pela mesma casa e deve ser grata por isso, pois um jovem de 25 anos deve pagar mais de US\$ 1.200. O que explica essa diferença de quase dez vezes? Nada além de direitos adquiridos, hipotecas ou outros contratos imobiliários, afetados por prolongados e inesperados processos inflacionários.

Na mídia, começaram a surgir matérias questionando a justiça dessa situação. Suas críticas tendem a ser fundamentadas na ideia de racionalidade do Estado de bem-estar social moderno. Do ponto de vista de uma política nacional de habitação, que sentido faz que jovens com piores rendimentos paguem, por imóveis equivalentes, dez vezes mais do que aqueles mais velhos e com melhor renda? Dessa perspectiva, a resposta de que os direitos de propriedade foram historicamente garantidos parece quase exótica. A garantia decorre da autonomia do direito e não de uma racionalidade substantiva.

Como no exemplo do financiamento escolar, a pressão é exercida sobre o Estado a partir de fontes orçamentárias externas. Por isso, privilégios relacionados à idade do comprador do imóvel não podem ser isolados como uma amostra idiossincrática de privilégios arraigados. O Estado será demandado a fazer algo pela situação dos jovens que tentam adquirir casas próprias. Se forem disponibilizados subsídios governamentais em favor de proprietários de imóveis, da indústria da construção civil ou de agentes de financiamento imobiliário, pode haver uma redistribuição indireta de renda dos mais ricos para os menos favorecidos. A redistribuição direta ocorreria por meio da revogação de direitos adquiridos. Por que não “renegociar” essas hipotecas favoráveis? Quando todos os outros estão suportando uma parcela justa da política nacional de habitação, por que esse grupo específico deveria obter um lucro fabuloso? Deveríamos permitir o colapso de instituições financeiras vitais para o bem-estar da comunidade? Certamente, o processo pelo qual o direito de propriedade, antigamente com um *status* sagrado, pode ser visto como dotado de irracionalidades ocorre precisamente pela transformação histórica do direito autônomo em direito moderno, substancialmente racional. O ponto central para essa transformação é a agregação, por um longo período, de diversos programas sociais implementados que podem ser chamados de “política nacional de habitação”. Em outras palavras, a nova forma do direito exerce uma pressão gradual no sentido de absorver a antiga e, consequentemente, tem sua forma própria e moderna de autonomia<sup>186</sup>.

<sup>186</sup> Um pequeno exemplo de pressões da mídia sobre hipotecas antigas está em: MARTIN, C. It Pays to be New in S&L Business. *Wisconsin State Journal*, p. 1, §4, 19 de junho de 1982. O declínio do direito autônomo pode ser facilmente superestimado. Uma gama de qualificações é necessária para perceber essa tendência em uma perspectiva apropriada. Primeiro, essa tendência é ainda nova e incompleta. Segundo, novas formas de cultura jurídica não substituem por completo as antigas. NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and society in transition*. 1978. p. 116. Uma razão para isso é que algum grau de autonomia do direito é provavelmente necessário para o Estado. FULLER, L. *The morality of Law*. ed. rev. 1969. p. 33-94. Terceiro, há um enorme papel para o direito e para os juristas nos Estados modernos, papéis que podem facilmente ser confundidos com o papel histórico do direito autônomo. Vide a discussão sobre os profetas do direito, formalistas, legalistas e gerentes racionais na parte IV(C)(1). Nesse sentido, o direito, os juristas e a formação jurídica já se ajustaram ao direito moderno e a maioria das pessoas sequer notará a diferença. Apesar da crise referida na parte IV(A)(2), da perspectiva de um professor de direito, muito do conteúdo, da docência e da atividade discente em direito constitucional caminha para o desenvolvimento de novas habilidades para o sistema jurídico-político. Conceitos como nível de controle, análise meios-fins e análise intenção-resultado são muito úteis como paradigmas de análise de políticas (instrumentos cognitivos para avaliações rápidas e eficientes de problemas políticos). Em uma perspectiva de resposta a problemas particulares, a abertura e a indeterminação dessas ideias – muito percebidas na literatura jurídica – são a força, não a fraqueza da análise política. Elas são aspectos do direito puramente procedimental como se vê abaixo. Vide nota 189 *infra*. Além disso, a ascensão da análise política, como parte do direito político, não diminui o papel dos tribunais em temas constitucionais. Cortes de justiça simplesmente se tornam parte de um processo reflexivo do direito moderno. Vide nota 170 *supra*. Como exemplo de litigância institucional, vide notas 16 e 30 *supra*; vide também nota 110 *supra* (caso *Adams v. Richardson*). A nova doutrina constitucional sagaz, politicamente orientada, esclarecida e burocraticamente sensibilizada é endêmica. O marco dessa nova abordagem é a construção de equações conceituais simultâneas para sopesar valores substantivos e custos administrativos. Obviamente, o desgaste causado pelo declínio da autonomia do direito e o grau de autonomia que permanece, como apontado na parte IV(A)(4), também precisam ser acomodados. Uma pequena lista de leituras de alta qualidade ilustrativas desses temas é: HELLERSTEIN, W. Constitutional Limitations on State Tax Exportation, *American Bar Foundation Research Journal*, p. 3-77, 1982; KOMESAR, N. In Search of a General Approach to Legal Analysis: A Comparative Institutional Alternative, *Michigan Law Review*, v. 79, p. 1350-1392, 1981; MASHAW, J. Conflict and Compromise Among Models of Administrative Justice, *Duke Law Journal*, v. 1981, p. 181-212, 1981; MICHELMAN, F. Politics and Values or What's Really Wrong with Rationality

#### 4.1.4 Uma nota sobre a sobrevivência e as novas fontes de autonomia e o problema do reducionismo

Se o direito não fosse mais do que o mais recente acordo político, ele não teria autonomia e não poderia ser diferenciado da política<sup>187</sup>. Esse problema às vezes é chamado de “reducionismo”. Embora a maioria das características do direito aqui discutidas tenda a militar contra a sua autonomia, este artigo não deve ser entendido como uma tomada de posição reducionista extrema. Embora cada página do Diário Oficial<sup>188</sup> possa ser basicamente o registro de uma negociação entre grupos de interesse, essa leitura demanda urgentemente alguns esclarecimentos. A política é a norma, mas a autonomia do direito modifica a política.

Como este artigo não trata da autonomia do direito no Estado moderno, o assunto não será tratado com grande sofisticação ou detalhamento<sup>189</sup>. Para ajudar a dissipar a falácia reducionista, basta uma lista concisa das razões pelas quais o direito exige autonomia em relação à política. Primeiro, o próprio processo de negociação política – isto é, o envolvimento de grupos de interesse com os meandros do legislativo, dos tribunais e das agências administrativas – molda o conteúdo e a estrutura dos acordos políticos. Segundo, a ampla discricionariedade é criada pela indeterminação do sistema jurídico, incluindo desde a necessidade de decidir casos singulares até a discricionariedade sem supervisão de agentes administrativos de campo. Terceiro, existem algumas normas jurídicas dotadas de autonomia, tais como consistência e igualdade. Quarto, grandes compromissos políticos, como o *National Labor Relations Act*<sup>190</sup>, têm imensa estabilidade inercial. Melhores compromissos podem ser possíveis, mas um novo compromisso básico seria proibitivamente caro para ser negociado. Quinto, uma liberdade normativa radical associada a um sistema politizado leva a uma sensação, por parte dos atores jurídicos, de que eles são normativamente livres para desenvolver soluções mais justas, criativas e estáveis do que aquelas sugeridas por grupos de interesses políticos. Sexto, existe uma elite, em associação com atores puramente altruístas, para quem alguma forma de solução estável e de longo prazo tem precedência sobre interesses políticos mais estreitos<sup>191</sup>. Por último, desenvolve-se um senso de

---

Review?, *Creighton Law Review*, v. 13, p. 487-511, 1979; TRIBE, L. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, *Yale Law Journal*, v. 89, p. 1063-1080, 1980; WESTEN, P. The Empty Idea of Equality, *Harvard Law Review*, v. 95, p. 537-596, 1982. *Follow-ups* em relação ao artigo de Westen sobre igualdade incluem: BURTON, S. Comment on “Empty Ideas”: Logical Positivist Analysis of Equality and Rues, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 1136-1152, 1982; CHEMERINSKY, E. In Defense of Equality: A Reply to Professor Westen, *Michigan Law Review*, v. 81, p. 575-599, 1983; WESTEN, P. The Meaning of Equality in Law, Science, Math, and Morals, *Michigan Law Review*, v. 81, p. 604-663, 1983; e WESTEN, P. On “Confusing Ideas”: Reply, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 1153-1165, 1982. Se eu estou correto que essa doutrina é parte da reconstrução do direito para se conformar às novas condições sociais, esses estudiosos são a versão moderna daquilo que Weber chama de “*honorários* do direito” ou notáveis. WEBER, M. *Economy and Society*, v. 2. G. Roth & C. Wittich eds., 1978, p. 784-802 (profissionais do direito treinados academicamente e empregados envolvidos na racionalização jurídica) [N.T.: a tradução desta referência a Weber preservou a ordem do texto original]. Ainda, já que muitos estudiosos consideram que sua missão é a preservação da autonomia do direito (na forma de direitos fundamentais em um Estado liberal) e se eles estão efetivamente preparando o caminho para um direito político e reflexivo, suas atividades vão ao encontro do paradoxo weberiano de intenção e resultado. De forma similar, monges, procurando uma comunicação divina mais mística e menos secularizada, por suas abordagens metódicas do asceticismo, rotinização do trabalho e preces, agricultura científica e manutenção de registros ordenados, contribuíram para a desmistificação e sistematização da religião e sociedade e para o desencantamento final do secularismo moderno. O resultado de uma doutrina politizada, em disputa com a indústria da atividade judicial como apontado na parte IV(A)(2), pode implicar uma deferência absoluta ao Poder Legislativo, isto é, uma destruição do constitucionalismo. Vide o ataque à ponderação de interesses em: BERNIS, W. Judicial Review and the Rights and Laws of Nature, *Supreme Court Review*, v. 1982, p. 49-83, 1982, em especial p. 49-57, 61-66 e 82-83 (o legislativo é a única fonte constitucionalmente legítima de julgamentos valorativos); EASTERBROOK, F. *Substance and Due Process*, 1982 *Supreme Court Review*, v. 1982, p. 85-125, 1982, em especial p. 89-94 e 125 (“*unrestrained interest balancing*”); HUTCHINSON, D. More Substantive Equal Protection? A Note on Plyler v. Doe, *Supreme Court Review*, v. 1982, p. 167-194, 1982, em especial p. 191-94 (a ponderação de interesses em conflito é imprevisível). Em sentido contrário: SUNSTEIN, C. Public Values, Private Interests, and the Equal Protection Clause, *Supreme Court Review*, v. 1982, p. 127-166, 1982, em especial p. 127-131 (“*general principles*” versus “*endless tinkering*”).

<sup>187</sup> LUHMANN, N. *The differentiation of society*. 1982. p. 122-137.

<sup>188</sup> [N.T.] No original, *Federal Register*.

<sup>189</sup> UNGER, R. *Law in modern society*. 1976, p. 52-53 (definindo autonomia); BALBUS, I. Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy” of the Law, *Law & Society Review*, v. 11, p. 571-588, 1977, em especial p. 585-587.

<sup>190</sup> Ch. 372, 49 Stat. 449 (1935) (versão atual em 29 U.S.C. §§151-187 (1976)).

<sup>191</sup> BLOCK, F. The Ruling Class Does Not Rule: Notes on the Marxist Theory of the State. *Socialist Revolution*, p. 6-28, maio/jun. 1977, em especial p. 26-27; vide nota 234 *infra*.

legitimidade do próprio processo político, a ideia de que a democracia é a única maneira justa de conciliar valores fundamentalmente irreconciliáveis.

O exemplo mais conhecido do problema do reducionismo é a questão da legitimidade procedimental, judicial ou legislativa, há pouco mencionada. O que os juízes estão fazendo, se não “achar” o direito de maneira imparcial por meio do exercício de análise judicial? A resposta óbvia é que eles estão respondendo a sérias demandas de grupos de interesses legítimos, com base em valores que *estão* estabelecidos na Constituição. O direito pode ser considerado legítimo na medida em que é aberto a reivindicações moralmente legítimas fundadas na Constituição ou em outras leis<sup>192</sup>. A esse respeito, a responsividade política da implementação é uma fonte de legitimidade, não uma falha. A essência da implementação é que dois ou mais grupos moralmente legítimos competem por reconhecimento por meio do direito. A legitimidade moral é definida aqui em termos de valores sociais prevalentes: muitos membros da sociedade acreditam que o *status quo* deve ser mudado, enquanto outros acreditam que deve haver resistência a mudanças.

A moderna visão de legitimidade substantiva é uma combinação de substância e processo<sup>193</sup>. Em situações de conflito social, antes das trocas políticas, nenhum resultado claro e substantivo pode ser identificado como justo. Mesmo os defensores de posições concorrentes geralmente admitem que algum ajuste ao ponto de vista do oponente pode ser justificado, e uma pluralidade de ajustes pode ser aceitável. Nesse sentido, o processo de discussão e compromisso é, ele próprio, fonte de legitimidade. Por outro lado, nem todo processo político é considerado legítimo. O processo deve enfrentar os problemas de maneira justa e será julgado de acordo com a seriedade com que as reivindicações forem consideradas e com o conteúdo do resultado final. Tanto um processo superficial quanto um resultado tendencioso podem polarizar os participantes e desagradar os observadores. Em certo sentido, a visão moderna da legitimidade analisa como o sistema lida com um problema. Se o sistema se comporta de maneira responsável, como no caso do movimento pelos direitos civis e em *Watergate*, obtém-se um senso geral de legitimidade. Essa legitimidade exsurge apesar de algumas falhas no procedimento e no resultado, falhas existentes mesmo no mais idôneo dos processos. As pessoas não esperam perfeição da luta.

#### 4.2 Conflito entre racionalidade substantiva e participação política: tendências positivas e contradições no direito moderno

A segunda característica principal do direito moderno que pode ser inferida do modelo apresentado é um conflito implícito entre racionalidade substantiva e participação política, levando a tendências positivas e a contradições. As características dominantes do direito moderno são o finalismo substantivo e a fragmentação política. O finalismo substantivo aproxima-se da racionalidade substantiva de Max Weber<sup>194</sup>, porque o direito é concebido como meio para alcançar objetivos sociais positivos. A busca consciente de objetivos

<sup>192</sup> Esse tipo de noção é aplicada em: CLUNE, W. The Supreme Court's Treatment of Wealth Discriminations Under the Fourteenth Amendment, *The Supreme Court Review*, v. 1975, p. 289-354, 1975. O direito que não está aberto a reivindicações morais é tido por formalista e não legalista. Idem, p. 281, n. 4. SHKLAR, J. *Legalism*. 1964. p. 1, 10 e 36-38.

<sup>193</sup> DEWEY, J. *Philosophy and civilization*. 1931. p. 13-35, 126-140, 271-298; YUDOF, M. Plato's Ideal and the Perversity of Politics (resenha de livro). *Michigan Law Review*, v. 81, p. 730-745, 1983, em especial p. 742-745 (comparando o método interativo de decisão de Lindblom e Cohen com o método analítico). Também: TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review*, v. 17, p. 239-286, 1983, em especial p. 269. Teubner afirma: “na visão de Habermas, apenas uma racionalidade ‘discursiva’ decorrente de um processo evolucionário autônomo na esfera normativa poderia finalmente resolver os problemas de legitimidade do Estado Moderno [...] Essa visão é baseada na teoria da legitimidade política, segundo a qual o desenvolvimento irreversível da esfera normativa significa que princípios modernos de legitimação devem ser procedimentais: “[citando Habermas] ‘Uma vez que justificações definitivas não são mais plausíveis, as condições formais de justificação obtêm elas próprias força legitimadora. Os próprios procedimentos e pressupostos de acordos racionais tornam-se princípios’”. Idem (citações omitidas) (destaque no original). Para uma análise de uma área do direito moderno estruturada para funcionar da maneira descrita, bem como dos problemas relacionados com a tentativa de ser puramente procedimental: CLUNE, W.; HYDE, P. Final Offer Interest Arbitration in Wisconsin: Legislative History, Participant Attitudes, Future Trends, *Marquette Law Review*, v. 64, p. 455-505, 1981.

<sup>194</sup> WEBER, M. *Economy and Society*, v. 1. G. Roth & C. Wittich eds., 1978, p. 85-86; Idem, *ibidem*, v. 2, p. 809-816.

por meio do direito foi definida ao longo deste artigo como a essência da implementação<sup>195</sup>. A racionalidade substantiva de Weber, no entanto, assumiu uma única fonte de propósitos. Em um sentido coerente, o Estado foi substancialmente racional em todas as suas empreitadas. A segunda característica do direito moderno, a fragmentação política, anula qualquer senso de propósito substantivo coordenado. Em vez disso, uma multiplicidade de propósitos diferentes e frequentemente conflitivos interagem politicamente da maneira apontada neste artigo. A participação política é uma questão fundamental devido à multiplicidade de grupos, os quais devem se comunicar e negociar entre si para serem efetivos. A ampliação de objetivos de cunho substantivo é referida pelos teóricos sociais europeus como a “rematerialização” do direito. A fragmentação política é vista como uma tendência conflitiva por causa de sua ênfase procedimental<sup>196</sup>.

A chegada da implementação como uma forma regular de ação criou um conjunto característico de experiências positivas e negativas. Esses bens e males do direito moderno emergem diretamente do conflito entre finalismo substantivo e fragmentação política. Eles são experienciados diretamente; não são construções especulativas da teoria social. Nada é mais comum na experiência subjetiva da implementação, como participante ou como pesquisador, do que a esquizofrênica percepção de grande potencial prático combinada com resultados irracionalmente baixos. Problemas como legalismo excessivo e falta de razoabilidade regulatória, por exemplo, são desconcertantes precisamente porque parecem teoricamente desnecessários, embora praticamente onipresentes. Esses pontos de conflito frequentemente encontrados são uma indicação dos limites que a cultura impõe às políticas.

Na Tabela 3, apresenta-se resumo desses problemas no nível de “varejo” da implementação, representando as interações entre o governo e as organizações reguladas:

Tabela 3 - Tendências positivas e contradições no direito moderno

(Nível “Varejo”: ação interorganizacional)		
QUALIDADE DO DIREITO MODERNO	DIREÇÃO DA TENDÊNCIA	
	<i>Tendência positiva</i>	<i>Contradição</i>
<i>Aspecto substancial: racionalidade substantiva fragmentada</i>	Pragmática, fragmentada, solucionadora de problemas – realismo.	Substância conflitiva – comprometimento, diluição e desvios.
<i>Aspecto formal: direito como política</i>	Direito “responsivo”, desenho institucional.	Conflito político, desconfiança, legalismo, duplicidade, sociopatia, manipulação, perda de autonomia ocupacional e de autoestima.

<sup>195</sup> Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1094-1104.

<sup>196</sup> “Neste momento, a sociedade parece estar reavaliando seus compromissos com a intencionalidade do direito e com as estruturas burocráticas e legais a ela associadas. Os modelos clássicos de direito e Estado que herdamos do século XIX ressaltam aquilo que Max Weber chamou de ‘racionalidade formal’ [...] Um sistema jurídico racional cria e aplica um corpo de leis universais, e a legalidade racional formal depende de um corpo de profissionais do direito que empregam argumentação jurídica peculiar com o objetivo de resolver determinados conflitos. Com a ascensão do Estado de bem-estar social e do Estado regulador, grande ênfase foi conferida ao direito substancialmente racional, i.é., no direito utilizado como um instrumento de intervenções teleológicas, orientadas a objetivos [...] Uma vez que o direito substancialmente racional é elaborado para atingir objetivos específicos em situações concretas, ele tende a ser mais geral e indeterminado, mas, ao mesmo tempo, mais particularista do que o direito clássico formal. Doutrinadores europeus denominam essa tendência que se distancia do formalismo de ‘rematerialização do direito’” (TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review*, v. 17, p. 239-286, 1983, em especial p. 240, citações omitidas).



Como a Tabela 3 indica, cada atributo essencial do direito moderno característico da implementação está associado a uma tendência positiva e a uma contradição – um tipo específico de característica negativa que impede a tendência positiva de se realizar plenamente. A primeira característica é a racionalidade substantiva fragmentada. A racionalidade substantiva é responsável pela tendência positiva. Racionalidade substantiva significa que a lei é utilizada para fins sociais positivos – propósitos de bem-estar social. Essa abordagem produz um tipo de realismo saudável no direito e resulta, sob circunstâncias apropriadas, na resolução pragmática e pontual de problemas. Mas a racionalidade substantiva também é fragmentada. A implementação consiste em grupos com objetivos sociais positivos opostos em uma situação de conflito social. A contradição decorre dessa tendência de oposição. O pragmatismo é geralmente frustrado pelos resultados da luta política – conflitos substantivos, compromissos, enfraquecimento e desvio de metas.

A segunda característica do direito moderno é o direito como política. A política é a recursividade, a negociabilidade e a renegociabilidade da lei, bem como as estruturas e rotinas institucionais que, na configuração da implementação, surgem para acomodar negociações. Em circunstâncias positivas, o caráter político do direito culmina em um direito “reflexivo” ou “responsivo”<sup>197</sup>. Um exemplo de lei responsiva é a negociação de boa-fé: em uma estrutura institucional madura, partes com visões e interesses opostos negociam de maneira pacífica e produtiva. A contradição deriva da alienação da política – a tendência de ver o lado oposto como um objeto a ser manipulado em proveito próprio. O aspecto contraditório do direito como política é experimentado profunda e intensamente pelos participantes na implementação. Aqueles que participam da implementação formulam grande quantidade de reclamações sobre a relação de desconfiança subjacente a comportamentos como legalismo excessivo, ardis, manipulação (às vezes beirando a sociopatia) e a perda de autonomia ocupacional e autoestima resultantes de desconfiança, manipulação e do excesso de regulação<sup>198</sup>.

Em suma, o direito moderno produz resultados bons e ruins (o aspecto substantivo), bem como bons e maus relacionamentos (o aspecto formal). Os teóricos sociais que preveem uma evolução em direção a tendências puramente positivas do direito moderno parecem irrealistas<sup>199</sup>. A questão mais realista é se essa condição de tendência positiva e contradição podem persistir, em uma espécie de combinação levemente infeliz e improvável entre objetivos substantivos e programas desconectados, ou se atingirá uma condição insuportável de entropia e confusão<sup>200</sup>. Essa questão, no entanto, não existe no nível de varejo da implementação (o nível no qual o processo de implementação geralmente parece viável), mas existe no nível de atacado ou social. Para uma rápida visualização das tendências positivas do direito moderno nesse nível, a Tabela 4 será útil.

<sup>197</sup> NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and society in transition*. 1978, p. 73-113; TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review*, v. 17, p. 239-286, 1983, em especial p. 243.

<sup>198</sup> Para uma boa discussão sobre problemas do legalismo na regulação: BARDACH, E.; KAGAN, R. *Going By The Book: The Problem Of Regulatory Unreasonableness*, 1982; BARTON, J. Behind the Legal Explosion, *Stanford Law Review*, v. 27, p. 567-584, 1975; GLAZER, N. Towards an Imperial Judiciary?, *Public Interest*, v. 41, p. 104-123, 1975; MANNING, B. Hyperlexis: Our National Disease, *Northwestern University Law Review*, v. 71, p. 767-782, 1977. Vide nota 188 *supra* (tribunais respondem a demandas moralmente persuasivas fundadas na constituição).

<sup>199</sup> Vide nota 193 *supra*.

<sup>200</sup> LOWI, T. *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*, 2 ed., p. 1979, p. 50-63, 271-294.

Tabela 4 - Tendências positivas e contradições no direito moderno

(Nível “Atacado”)		
FUNÇÃO DO SISTEMA	DIREÇÃO DA TENDÊNCIA	
	<i>Tendência positiva</i>	<i>Contradição</i>
<i>Integração do sistema</i>	Estado de bem-estar social exitoso	Problemas de coordenação: orçamento, programas conflitantes.
<i>Justificação do sistema</i>	Imagem do provedor	Imagem fraca, de contemporização; ou imagem simplória, fanática.

O nível de “atacado” ou nível societal do Estado moderno é o nível acima de todas as implementações particulares. As implementações são interações relativamente limitadas a grupos com objetivos relativamente específicos, e existem milhares dessas interações. Alguém ou algo deve se preocupar sobre como todas essas interações se relacionam (por exemplo, se há recursos suficientes para ir adiante). Assim, uma característica essencial do direito moderno no nível societal é a coordenação sistêmica<sup>201</sup>. Quando a coordenação está funcionando bem, o bem-estar social floresce: muitos *trade-offs* penosos, mas um compromisso viável ao final. Quando a coordenação falha, isso tende a ocorrer em uma crise orçamentária ou programática. Uma crise orçamentária ocorre quando os compromissos elaborados por milhares de implementações isoladas são simplesmente muito caros e torna-se muito difícil para o sistema identificar *trade-offs* aceitáveis. Uma crise programática ocorre quando os objetivos de um conjunto de implementações são inconsistentes com os objetivos de outro (por exemplo, energia e pleno emprego *versus* uma economia estabilizada e um ambiente limpo).

A outra característica essencial do direito moderno no nível societal é a justificação do sistema. Em certo sentido, dificuldades com a coordenação do sistema só se tornam problemas genuínos quando evoluem para dificuldades com a justificação do sistema, haja vista que muitos compromissos são teoricamente possíveis para qualquer dificuldade na coordenação; o problema é vender politicamente os compromissos. Quando a justificação do sistema está funcionando bem, o Estado de bem-estar social moderno obtém uma imagem de “provedor” (que os americanos tendem a personificar em Franklin Delano Roosevelt). Quando a justificação do sistema se quebra, duas imagens negativas diferentes são possíveis: o contemporizador<sup>202</sup> e o fanático. O contemporizador é uma pessoa excessivamente conveniente que, aparentemente sem princípios ou objetivos, vai de um setor implementado a outro tentando impedir o seu colapso por meio de barganhas temporárias, apenas para enfrentar problemas cada vez piores conforme aumenta a complexidade do sistema de barganhas. A imagem oposta é a do fanático, ou simplório, que trata todas as implementações específicas de forma grosseira em relação a seus objetivos internos, impondo alguma solução de segunda ordem internamente consistente para o sistema de implementações. Por exemplo, reduzir os gastos com educação em trinta por cento não faz sentido em relação aos objetivos educacionais e, por essa perspectiva, pode ser ridicularizado.

Os presidentes americanos modernos tendem a ficar presos a uma dessas duas imagens. O presidente Carter foi rotulado de “fraco” contemporizador; o presidente Reagan é chamado de “ideólogo” insensível. Este artigo não tece comentários sobre as personalidades reais desses homens e, de fato, a relação entre

<sup>201</sup> Habermas propõe três dimensões de racionalidade jurídica: racionalidade interna (o que Weber chamava de racionalidade formal); racionalidade do sistema (capacidade da ordem jurídica de responder aos problemas de controle da sociedade em larga escala); e racionalidade normativa (princípios fundamentais que ditam como as normas jurídicas devem governar a ação humana). TEUBNER, G. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *Law & Society Review*, v. 17, p. 239-286, 1983, em especial p. 252. O problema a que me refiro como integração e justificação do sistema na Tabela 4 parece corresponder às duas últimas dimensões.

<sup>202</sup> [N.T.] No original, *temporizer*.

personalidade e estereótipo social é capciosa – o sistema social pode selecionar pessoas que se encaixam em estereótipos, forçá-las a adotar papéis sociais ou impor-lhes rótulos sem qualquer relação com sua personalidade ou comportamento. O ponto principal é que nenhum dos papéis é muito atraente e os meios de comunicação parecem obrigados a capitalizar sobre o potencial de críticas<sup>203</sup>.

As dificuldades no nível social descritas acima são versões aproximadas de pelo menos parte do que Habermas quer dizer com “crise de legitimação”<sup>204</sup>. Novamente, a questão crucial é se podemos continuar errando indefinidamente nessas condições difíceis (de modo que a justificação do sistema do Estado moderno seja apenas uma das imperfeições da condição humana) ou se algum tipo de crise está se formando. Temos de fato uma crise ou apenas um problema crônico?

Uma crise não pode ser inferida, apenas, de dificuldades de coordenação e justificação sistêmicas historicamente experimentadas. Um sistema ligeiramente caótico tem muitos custos, mas também muitos benefícios porque, por meio dele, muitas pessoas e interesses são efetivamente representados. Para haver uma crise, seria necessária alguma pressão sobre o sistema ao longo do tempo, de forma a tornar a coordenação e a justificação cada vez mais difíceis. James O’Connor parece pensar que o capitalismo trabalha com esse tipo de confusão<sup>205</sup>. Segundo O’Connor, a dinâmica de crescimento do capitalismo demanda a expansão do papel do Estado, embora gradualmente esvazie os recursos estatais. Conflitos políticos irracionais resultam de demandas crescentes sobre recursos cada vez menores.

O’Connor analisa o fluxo das economias capitalistas da seguinte maneira: ao contrário das visões convencionais, tanto de liberais quanto de conservadores, no capitalismo tardio o capital requer grandes investimentos públicos para se tornar mais lucrativo. Maiores investimentos em educação, por exemplo, são necessários tanto para aumentar a produtividade do trabalho quanto para estimular a inovação tecnológica, um alicerce da produtividade do capital. O aumento da produtividade do capital, alcançado por gastos maiores, desaloja trabalhadores, levando ao desemprego e ao subemprego. O desemprego requer gastos adicionais do Estado sob a forma de transferência de renda. Tanto a transferência de renda quanto o investimento na acumulação privada de capital reduzem a base fiscal. A redução da base fiscal dificulta o custeio de investimentos necessários para melhoria da produtividade.

O ponto mais relevante para os fins deste artigo é a geração de conflito político. A contração da base fiscal leva à dívida pública, à inflação (dívida monetizada) e a sérias tensões no processo político, à medida que os vários demandantes de recursos públicos entram em choque e tentam desacreditar uns aos outros. A controvérsia política torna-se mais estridente do que a escassez de recursos e a correspondente indisponibilidade de soluções políticas. Nessa visão sombria, liberais e libertários confrontam-se em uma espiral

<sup>203</sup> Sobre a mídia e os presidentes: GROSSMAN, M.; KUMAR, M. *Portraying the President: the White House and the News Media*, 1981; RUBIN, R. *Press, Party, and Presidency*. 1981. Sobre as falhas em ajustar o orçamento: NORDHAUS, W. All Tied Up by the Business Cycles. *The New York Times Magazine*, p. F-3, coluna 1, 13 de junho de 1982 (argumentando que, apesar de a política fiscal ser o instrumento preferido de estabilização econômica, dificuldades políticas podem torná-la inútil, forçando a confiança em políticas monetárias menos desejáveis). Por óbvio, a independência do Banco Central dos EUA está novamente sob ataque. Políticos não podem decidir se é melhor manter o Banco Central como bode expiatório ou colocá-lo sob controle do Executivo como forma de exercer a coordenação do sistema. Sobre problemas no processo orçamentário: Greider, W. The Education of David Stockman, *Atlantic Monthly*, p. 27, dez. 1981. Qualquer um preocupado com a crise de coordenação do sistema poderia optar por pressionar o botão de pânico. O novo processo orçamentário aparentemente culminou em um grande entrave, produzindo meses de gastos em continuidade (confiando em orçamentos antigos). SCHICK, A. *Congress and Money: Budgeting, Spending and Taxing*, 1980. A necessidade de controle é tamanha que conservadores republicanos podem ter uma insuperável vantagem sobre as atuais ideologias partidárias (controle antes da solidariedade). Talvez eu seja alarmista, mas a pressão dessas circunstâncias em favor de uma forma de governo mais centralizada e menos democrática parece imensa (uma das contradições da filosofia política conservadora, pode-se acrescentar). LOWI, T. *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States*, 2. ed. 1979. p. xi-xiii, 274-279; MCWILLIAMS, C. Carey’s Warning, *The Nation*, v. 232, p. 780 e ss, 1981, em especial p. 780-781. Evidentemente, dada a genialidade pragmática da política americana, talvez essa centralização ocorra por meio de adaptações informais das instituições existentes, a exemplo de novas formas de liderança no Congresso e de cooperação.

<sup>204</sup> Vide nota 197 *supra*. HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. 1973.

<sup>205</sup> O’CONNOR, J. *The Fiscal Crisis of the State*. 1973.

descendente de desvalorização mútua, culpando atores humanos inocentes pela futilidade de políticas que nenhum deles pode compreender. Vistas historicamente, as forças de racionalização e harmonização da competição privada, características do capitalismo primitivo, são gradualmente substituídas por manobras políticas irracionais.

Intuitivamente, a análise de O'Connor faz mais sentido uma vez que incorpora a ideia de retornos decrescentes. Se investimentos sociais, na acumulação de capital, são generosamente compensados, não poderia haver crise fiscal, porque os abundantes retornos ao capital poderiam ser tributados. Vários tipos de retornos decrescentes são possíveis. O'Connor menciona que investimentos capitalistas tardios em itens como educação podem não ser muito produtivos<sup>206</sup>. Outra ideia é a de que o padrão de vida cada vez mais elevado da população, implícito na sempre crescente demanda de consumidores, em algum momento deve entrar em choque com recursos naturais cada vez mais escassos<sup>207</sup>.

A análise de O'Connor, embora difícil para alguém não familiarizado com teorias macroeconômicas complexas, é atraente porque tenta explicar alguns fatos importantes, prontamente observáveis e de outra forma inexplicados. Políticas orçamentárias, monetárias e sociais nos Estados Unidos parecem operar sob um conjunto comum de restrições de recursos relacionadas às demandas crescentes em face do Estado e a uma economia de baixo crescimento. A energia política e retórica em uma ampla gama de questões é reduzida a uma luta entre vários grupos por recursos orçamentários limitados. Soluções conservadoras radicais, como desregulação e maciças reduções tributárias, parecem politicamente ingênuas. Consequentemente, é crucial considerar as conexões entre desenvolvimento econômico e contradições políticas. O'Connor pode não ter as respostas certas, mas faz uma pergunta de capital importância.

Um ponto diferente é que tanto uma crise quanto um problema crônico podem levar a um grande ajuste do sistema, em vez de um colapso. As pressões decorrentes das dificuldades do sistema podem estar forçando uma solução de longo prazo. A implementação, como prática reiterada, implica uma certa dose de corporativismo (indivíduos identificados com instituições, grupos e causas)<sup>208</sup>. Talvez, ao final, esse processo resulte em simplificação. Por exemplo, muitos empregadores modernos nos Estados Unidos podem estar muito mais próximos das famosas empresas paternalistas japonesas do que reconhecemos. Várias formas de garantia de manutenção de renda, seguro de saúde (junto com controles de custos) e seguro de vida, tendem a ser associadas ao emprego. Transportes e mesmo habitação podem não estar muito atrás<sup>209</sup>. Embora o tema das tendências sociais de longo prazo vá muito além do âmbito deste artigo, é extremamente útil demonstrar como os fenômenos intermediários de implementação, discutidos neste artigo, estão relacionados e como são, de fato, parte constitutiva de tendências sociojurídicas mais amplas.

### 4.3 Novos papéis para os juristas

A implementação como uma forma prevalente do direito cria novos papéis para os juristas. Todavia, os papéis mais antigos persistiram e, assim, o processo foi mais de acréscimo do que de substituição. Os papéis mais antigos tendem a ser associados ao direito privado – o direito produzido por sistemas de responsabilidade – e envolvem tanto aconselhamento como resolução de disputas *post hoc*, principalmente nos

<sup>206</sup> Idem, p. 51-58.

<sup>207</sup> FIREBAUGH, G. Scale Economy or Scale Entropy? Country Size and Rate of Economic Growth, *American Sociological Review*, v. 48, p. 257-269, 1983, p. 259-260.

<sup>208</sup> UNGER, R. *Law in modern society*. 1976. p. 192-216 e 238-242.

<sup>209</sup> Não estou seguro de que O'Connor consideraria essas tendências como parte da solução ou parte do problema. Evidentemente, ele vê diversos esquemas de seguro social, como a Seguridade Social, como parte dos “gastos sociais de consumo” surgidos da insegurança econômica e contribuindo para a crise fiscal. O'CONNOR, J. *The Fiscal Crisis of the State*. 1973. p. 138. Nos arranjos mais localizados mencionados no texto, vejo elementos de soluções coletivamente imaginadas, economias de custos (em vez de aumento do consumo) e redistribuição que vão de encontro com a ética individualista. O seguro-saúde pago pelos empregadores, por exemplo, é muito mais igualitário do que os salários, está ligado a concepções de necessidade e normalmente é associado ao controle de custos sobre os elementos onerosos da indústria de assistência à saúde.

tribunais<sup>210</sup>. Os papéis mais novos estão associados ao direito público e aos sistemas regulatórios e envolvem uma interação jurídica e política contínua do tipo descrito neste artigo<sup>211</sup>. Nesta seção, serão discutidos três aspectos da mudança do papel do jurista: novos papéis de direito público, novos papéis de direito privado e o conflito cultural entre os dois papéis (o conflito entre modernismo e tradicionalismo).

### 4.3.1 Novas funções de direito público

De modo geral, as funções de direito público incluem todas as funções de direito privado e outras. Assim, os advogados de direito público serão ativos na resolução *post hoc* de disputas e na interação contínua em tribunais, agências reguladoras e legislaturas. Com essa ressalva, distingue-se, na Tabela 5, o papel dos juristas, a respeito do direito privado, em relação aos juristas no direito público.

<sup>210</sup> Sobre a distinção entre sistemas de responsabilidade e implementação, Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1083-1088.

<sup>211</sup> Uma boa maneira de retratar os novos papéis dos juristas é imaginar a implementação como um processo pelo qual o direito periodicamente e imprevisivelmente “legaliza” áreas de administração privada e pública. Esse importante *insight* veio de John Meyer. MEYER, J. *Organizational Factors Affecting Legalization in Education*, out. 1980, p. 2-8 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor). Vide nota 58 *supra* para trabalhos relacionados de Meyer. Organizações acostumadas à operação autônoma, seja a IBM ou a Divisão Penitenciária, descobrem que parte de suas operações deve responder às diretrizes legais. Direitos criados por tribunais e legislaturas transformam áreas da administração em subsectores legalizados. Observe-se que podemos legitimamente falar em legalizar uma área de direito público que começa inteiramente como uma criação da lei (por exemplo, educação pública). FRIEDMAN, L. Limited Monarch: The Rise and Fall of Student rights. In: KIRP, D. (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo). A mudança produzida pela legalização vai tipicamente da burocracia interna e da discricionariedade profissional em direção a algum grau de controle jurídico externo. Burocracias públicas desenvolvem estruturas organizacionais e rotinas de decisão projetadas para responder à legalização. “Direitos” se tornam um aspecto normal, embora episódico e imprevisível, da formulação de políticas. A fronteira entre “direito” e “não direito” tem características especiais na situação da administração legalizada. Muito da “tradição Macaulay” nos estudos sociojurídicos, por exemplo, preocupa-se com o significado marginal da lei nas transações comerciais. Por exemplo: Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, *American Sociological Review*, v. 28, p. 55-67, 1963; MACAULAY, S. Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contracts, *Law & Society Review*, v. 11, p. 507-528, 1977. A pesquisa nessa tradição tende a ser cética quanto às deliberações de políticas por decisões de tribunais de apelação, em razão da pouca evidência de que ação privada responda a qualquer coisa próxima da forma pela qual os juízes as imaginam. No direito público, o problema da fronteira direito/não direito é análogo, mas diferente. Primeiro, todas as implementações, independentemente de o setor regulado ser privado ou público, necessariamente envolvem um maior grau de supervisão e controle do que um direito facilitador ou privado. Embora o verdadeiro impacto da legislação ainda seja uma questão primordial no direito público, a poderosa intrusão de muitas intervenções torna improvável que o setor regulado possa ignorar a lei, tanto que Macaulay sugere que as empresas cumpram o direito dos contratos. Se os objetivos do direito público fossem desviados, o desvio provavelmente seria acompanhado de uma série de intensas interações entre organizações reguladoras e reguladas, e não de ignorância indiferente. Assim, em termos de papéis de juristas, o direito público, no mínimo, envolve intensivamente profissionais do direito nos assuntos de “organizações técnicas”, e isso significa que não podem ser dominantes. O domínio dos advogados no direito privado é consequência do fato de que, contrariamente à retórica, os processos judiciais tendem a envolver um equilíbrio *post hoc* de ações, em lugar de controle social direcionado a objetivos. A legalização da administração pública geralmente é feita pelos profetas da lei. Vide notas 209-212 *infra*. O papel de regulação de objetivos específicos exercido por instituições jurídicas de propósito geral é estranho. Por exemplo, no início, litígios em torno da reforma do direito envolveram um encontro entre o jurista idealista focado, mas substancialmente ignorante, e o experiente administrador técnico, que se desapontou ao saber que não estava seguindo a lei o tempo todo. O jurista pode ter achado difícil explicar a legitimidade das novas teorias constitucionais aos servos leais do Estado. A “segunda geração” de reformadores do direito administrativo adquiriu *expertise* técnica e burocrática e está capacitada a trabalhar com administradores públicos de forma mais eficaz e agradável. Assim, a aceitação de novos objetivos de política social pode estar no processo de aceitação pelos administradores, que então incorporam os objetivos como parte da formulação normal de políticas, como discutido nas partes IV(C)(2) e V.

Tabela 5 - Diferenças nos papéis dos juristas entre implementação e não-implementação

<i>Denominações do campo</i>	NÃO IMPLEMENTAÇÃO (DIREITO PRIVADO) (FACILITAÇÃO)	IMPLEMENTAÇÃO (DIREITO PÚBLICO) (REGULAÇÃO)
		<i>Envolve toda a primeira coluna, mais as seguintes:</i>
<i>Instituições envolvidas</i>	Cortes	Poderes legislativos, burocracias
<i>Identidade das pessoas que reivindicam direitos</i>	Advogados	Autoajuda
<i>Identidade dos titulares dos direitos</i>	Corporações, indivíduos ricos	Clientes do Estado corporativo
<i>Natureza da expertise</i>	Metodologia jurídica	Conhecimento organizacional, institucional e técnico
<i>Método de influência</i>	Litígio	Negociação, barganha, jogo político
<i>Identidade de especialistas</i>	Juristas	Analistas de políticas públicas

Para os juristas, os papéis de direito público são muito menos dominantes e claros do que os de direito privado, embora o volume de direito público seja muito maior do que de direito privado e existam muitos empregos para advogados. Juristas são menos hegemônicos porque a principal atividade da implementação – planejamento, monitoramento e resolução de disputas – é amplamente realizada por juristas e não juristas. Qualquer área de direito público, como meio ambiente, política de renda, educação, regulação de valores mobiliários, energia ou segurança do trabalho, serve como exemplo. Pelo menos quatro tipos de “especialistas” desempenham papéis poderosos nessas áreas: burocratas não advogados com conhecimento programático e institucional (por exemplo, gestores de orçamento, guardas florestais), especialistas técnicos cuja experiência se baseia no funcionamento do setor regulado (por exemplo, educadores e psicólogos educacionais), “generalistas técnicos” que têm algo a dizer sobre a efetividade do programa em áreas temáticas (por exemplo, economistas, consultores de gestão, analistas de políticas) e políticos (devido à natureza política altamente ativa de todas as implementações).

Os papéis dos novos juristas nesse consórcio eclético e “interdisciplinar” de elaboração do direito público podem ser efetivamente observados em uma grande burocracia pública como o Departamento de Saúde e Serviços Humanos (anteriormente Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar). Por conveniência, quatro papéis podem ser distinguidos: o profeta da lei, o formalista, o gerente racional e o legalista.

O profeta da lei é um jurista ou grupo de juristas que defende uma nova e importante teoria das obrigações jurídicas. Um dos eventos recorrentes no mundo da implementação é a luta pela reforma do direito, tanto constitucional quanto do restante do direito positivado<sup>212 213</sup>. Essas ações tentam conformar a prática existente a uma teoria da justiça relativamente abrangente, substantiva ou procedimental. O protótipo da profecia substantiva é obviamente o movimento pelos direitos civis da população negra<sup>214</sup>. Grande parte do estudo de direito constitucional é um esforço para profetizar novos direitos substantivos ou desacreditar algumas profecias. Um bom modelo procedimental é o movimento ambiental, com sua criação tenaz de declarações de impacto e dispositivos correlatos<sup>215</sup>. Em geral, o estudo do direito administrativo está cheio

<sup>212</sup> [N.T.] No original, “either constitutional or statutory”.

<sup>213</sup> Vide os ensaios que descrevem as atividades dos escritórios de advocacia de interesse público em *Public Interest Law: An Economic And Institutional Analysis*. 1978.

<sup>214</sup> Vide nota 119 *supra*.

<sup>215</sup> TAYLOR, S. *Environmental analysts in the bureaucracy: the impact statement strategy of administrative reform* (no prelo); CRAMTON, R.; BERG, R. On Leading a Horse to Water: NEPA and the Federal Bureaucracy, *Michigan Law Journal*, v. 71, p. 511-536, 1973; TRUBEK, D. Environmental Defense, I: Introduction to Interest Group Advocacy. In: *Public Interest Law – an Economic and Institu-*

de profecias procedimentais<sup>216</sup>.

O formalista é como o profeta da lei, ao afirmar que as respostas para problemas substanciais estão “dentro” do direito. O formalista, no entanto, invoca um senso técnico de obrigação jurídica, ao invés de uma ampla teoria da justiça. Frequentemente, uma burocracia se vê considerando um novo curso de ação (por exemplo, distribuir benefícios tanto por uma base geográfica como com base no mérito). Mesmo que a legalidade de uma ação proposta não seja clara, o advogado formalista fará todo o possível para “encontrar” a lei. Se a Suprema Corte não julgou o assunto, qualquer tribunal o fará – mesmo que seja apenas um juízo federal, cuja decisão não terá efeito vinculante fora da própria seção judiciária. Se nenhum tribunal tiver decidido a questão, uma interpretação legal, mesmo que de linguagem obscura e ambígua, ainda será superior para definir a questão por motivos substanciais. A convicção formalista de que o direito deve conter a resposta também leva ao comportamento peculiar, mas generalizado, dos próprios advogados das agências de redigirem regulamentos e depois alegarem, sob objeções de natureza material, que a lei proíbe um curso de ação proposto.

A base social do formalismo varia. Às vezes, por políticas de poder relativamente autoconscientes, advogados ideológicos invocam a lei para conseguir o que querem. Novamente, a evolução ocorreu entre juristas e outros especialistas. Os não juristas estão menos propensos agora a aceitar opiniões legais ingênuas do que há dez anos. Em outra época, profissionais do direito não sofisticados poderiam acreditar no treinamento formalista que receberam na faculdade de direito. As decisões judiciais estudadas por alunos de direito geralmente eram fundamentadas como se os juízes estivessem encontrando o direito existente, não importando quão profundamente obscura a questão pudesse realmente ser. Ainda em outros momentos, havia uma necessidade organizacional de legitimação formalista. O risco de censura apresentado em um novo curso substantivo de ação pode ser bastante reduzido, mesmo por meio de uma opinião implausível de que “a lei diz isso”.

Um “gerente racional” é o tipo de advogado contratado nos níveis mais altos da administração para facilitar o funcionamento das coisas. Quando era secretário do Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar, Joseph Califano não apenas era um poderoso advogado de Washington, como também o eram praticamente todos os seus assistentes<sup>217</sup>. Podemos não entender muito bem o valor desses advogados, mas, em geral, suas funções em agências parecem quase o oposto dos formalistas. Advogados de elite são valiosos porque são sofisticados na forma de efetivamente moldar o direito a serviço de finalidades substantivas. Além disso, a inteligência, a produtividade e a disciplina mental lógica dos advogados de elite os tornam candidatos para o difícil trabalho de impor algum grau de racionalidade formal a dispersas e indisciplinadas agências e instituições reguladas. Também, como estudantes de direito e advogados têm a impressão de que podem aprender

---

*tional Analysis*. 1978, p. 151-194; TRUBEK, D.; GILLEN, W. Environmental Defense, II: Examining the Limits of Interest Group Advocacy in Complex Disputes. *In: idem*, p. 195-217.

<sup>216</sup> RABIN, R. *Perspectives on the administrative process*. 1979, p. 264-302 (modelos procedimentais); ACKERMAN, B.; HASSLER, W. Beyond the New Deal. Coal and the Clean Air Act, *Yale Law Journal*, v. 89, p. 1466-1571, 1980; ACKERMAN, B.; HASSLER, W. Beyond the New Deal: Reply, *Yale Law Journal*, v. 90, p. 1412-1434, 1981; HARTER, P. Negotiating regulations: A cure for malaise, *Georgetown Law Journal*, v. 71, p. 1-118, 1982; SMITH, L.; RANDLE, R. Comment on Beyond the New Deal, *Yale Law Journal*, v. 90, p. 1398-1411, 1981; STEWART, R. Regulation, Innovation and Administrative Law: A Conceptual Framework, *California Law Review*, v. 69, p. 1256-1377, 1981; STEWART, R.; SUNSTEIN, C. Public Programs and Private Rights, *Harvard Law Review*, v. 95, p. 1195-1322, 1982.

<sup>217</sup> A equipe de Califano incluía Ben Heineman, Jr., inicialmente assistente executivo e depois secretário adjunto de políticas de saúde, que mais tarde tornou-se sócio de Califano no escritório de advocacia e agora está no Sidley & Austin em Washington D. C.; Richard Beattie, assistente executivo depois de Heineman e então Conselheiro Geral, que agora está no Simpson, Thacher, & Bartlett na cidade de Nova York; Peter Hamilton, assistente executivo depois de Beattie e anteriormente consultor jurídico adjunto, que mais tarde foi sócio do Califano, Ross & Heineman; Dan Meltzer, assistente especial, que agora está na Faculdade de Direito de Harvard; e Myles Lynk, assistente especial após Meltzer, que mais tarde foi associado do Califano, Ross & Heineman e agora está com Califano no Dewey, Ballantine, Bushby, Palmer & Wood, em Washington. A posição de assistente executivo é interessante do ponto de vista do texto. O assistente executivo normalmente decide quem entra na agenda do secretário, filtra todas as declarações públicas importantes e, além do secretário e do subsecretário, é a única pessoa autorizada pela Casa Branca a falar pelo secretário.

qualquer coisa em um curto período de imersão, os advogados, às vezes, estão dispostos a se arriscarem em um trabalho interdisciplinar, com o qual muitos especialistas de áreas não jurídicas estão habituados por sua formação acadêmica. O papel generalista é, ao mesmo tempo, grandioso e surpreendentemente factível. Por fim, como os advogados são incentivados a “se virarem” quando realmente não sabem o bastante, o treino jurídico da pessoa adequada pode produzir o antídoto certo contra o planejamento formal racional. O resultado pode ser a vontade de decidir quando uma decisão é necessária, de interferir e, em geral, de participar, efetivamente, dos aspectos incrementais da tomada de decisão organizacional.

“Legalistas” são aqueles que afirmam os requisitos mínimos de legalidade no sentido de Fuller<sup>218</sup>. Assim, a legalidade inclui a consistência do tratamento em situações semelhantes, a aplicação prospectiva de regras, a oportunidade de ser ouvido em situações de disputa e o direito de contestar ações que não estejam de acordo com a lei. Apesar do ceticismo em voga entre os intelectuais realistas a esse respeito, demandas por legalidade emanam de muitas fontes em sistemas burocráticos reais. As pessoas nas instituições reguladas sentem-se prejudicadas pelo tratamento “injusto” e, às vezes, estão dispostas a simular danos, para fins estratégicos. Quando se envolvem em ações extralegais motivadas ideologicamente, fiscais de campo são uma ameaça por várias razões. Os fiscais são vulneráveis a questionamento das organizações reguladas porque perturbam o delicado compromisso embutido na estrutura de implementação, compromisso esse elaborado por pessoas com maior poder político. Esses inspetores também são um perigo para os gestores de programa, porque ações autônomas em nível de campo desafiam a legitimidade do controle organizacional formal<sup>219</sup>.

Em razão da demanda por legalidade, no sentido de permissão legal, uma disputa contínua entre advogados do departamento jurídico e inspetores em nível de campo é comum em grandes agências<sup>220</sup>. Os advogados nessa situação desempenham um papel conservador, afirmando a prioridade dos propósitos organizacionais formais e a legitimidade do controle hierárquico. Observe-se que os legalistas, que afirmam a necessidade de autorização legal, não são o mesmo que formalistas, que, em situações improváveis, defendem que essa autorização já existe. Os legalistas estariam atentos a situações inadequadamente cobertas pelo direito existente e procurariam remediá-las criando normas (como os regulamentos). Em outras palavras, os legalistas estão bastante dispostos a serem substantivamente racionais (realizar o trabalho social da agência), mas insistem em qualidades do “tipo Fuller” como meios operacionais.

### 4.3.2 Novos papéis de direito privado

Na subseção anterior, as novas funções de direito público foram equiparadas a empregos na burocracia. Essa abordagem foi conveniente, mas enganosa. A mudança do direito privado para o direito público teve um efeito igualmente profundo sobre muitos advogados que representam clientes. Um exemplo de advogado com novas funções de direito privado é um amigo meu que exerce o papel reconhecidamente não tradicional de representar o sindicato dos professores da rede pública e muitos professores individualmente. Uma lista parcial das atividades desse advogado, observada casualmente e não por meio de qualquer investigação sistemática, é a seguinte: (1) representação de professores punidos administrativamente ou demitidos por administradores, conselhos escolares e tribunais; (2) patrocínio de demandas institucionais para obter mudanças radicais na legislação estadual, incluindo o recurso a testemunhas técnicas<sup>221</sup> e o desenvolvimento de dados estatísticos sofisticados; (3) *lobby* intensivo nas assembleias legislativas estaduais em um enorme espectro de questões, desde financiamento escolar até a organização de professores no ensino superior; (4) patrocínio de *workshops* e outras atividades educacionais para informar professores e representantes sindicais sobre direitos e adquirir credibilidade em espaços públicos; (5) desenvolvimento de uma tipologia dos pa-

<sup>218</sup> FULLER, L. *The morality of Law*, ed. rev. 1969, p. 33-94.

<sup>219</sup> SELZNICK, P. *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organization*, 1953, p. 205-213.

<sup>220</sup> Vide nota 46 *supra*.

<sup>221</sup> [N.T.] No original, *expert witnesses*.



péis dos membros do conselho escolar que pode ser usada para selecionar estilos de argumentação perante conselhos escolares, possibilitando a previsão de argumentos bem-sucedidos.

É interessante que advogados de estilo antigo e novo – advogados politizados e não politizados, para alguns – parecem coexistir lado a lado. Por exemplo, muitos advogados que representam clientes individuais em matéria de direito de seguros consideram estranha qualquer sugestão para intervirem na legislação ou na elaboração de regulamentos no interesse geral de seus clientes. Essa atitude existe muito embora os advogados de companhias de seguros que lidam com os mesmos temas sejam altamente politizados. A distinção operativa mais importante pode ser entre advogados que representam clientes individuais, especialmente na prática geral, e advogados de empresas – isto é, advogados que atuam em uma organização altamente diferenciada<sup>222</sup>.

### 4.3.3 Conflito cultural entre papéis antigos e novos

Uma das experiências desconcertantes do direito moderno, intensamente presente nas faculdades de direito (mas também nos conflitos entre a população não acadêmica e a comunidade acadêmica<sup>223</sup>, nas decisões da Suprema Corte e em suas críticas, e em quaisquer outros lugares), é o conflito cultural entre antigos e novos papéis do direito e dos juristas<sup>224</sup>. A organização cultural implícita ao conflito é uma forte distinção entre direito “real” e advogados “real” e cientistas sociais, ideólogos e formuladores de políticas. O conflito tem dimensões ativas (conflituosas) e passivas (desintegradoras).

Conquanto o conflito ativo seja, no fundo, um tanto divertido, pode ser também amargo, assumindo as dimensões de um confronto clássico entre modernismo e tradicionalismo. Os modernistas começam a ver os tradicionalistas como reacionários, bastante antiquados, obtusos ou fundamentalistas militantes (o Novo Direito). Os tradicionalistas veem os modernistas como inaptos, sem as genuínas habilidades dos advogados, corrompidos, que rejeitam a existência de uma ordem jurídica autônoma e como traidores, vendendo o direito para as ciências sociais infames e vazias. Os tradicionalistas veem a si próprios como leais, aderentes ao bom senso e a uma tradição profissional e oral reverenciada (incluindo-se anedotas). Os modernistas são insuficientes e excessivamente racionais, confiando, por um lado, em valores e emoções subjetivas, e, por outro, mantendo a companhia de especialistas que rejeitaram a possibilidade de conhecimento popular.

O conflito passivo é mais prejudicial do que o conflito ativo, pois envolve a erosão de uma cultura jurídica central. As críticas do campo oponente deslegitimam cada lado da controvérsia e nenhuma delas pode ser muito exitosa em firmar uma nova posição. Os tradicionalistas devem se afastar dos avanços, ao definirem mudanças como “não direito”. Os modernistas devem sofrer a humilhante perda da mística dos valores jurídicos autônomos. Ao considerarem que muitos não juristas sabem mais sobre os problemas do que eles, os modernistas foram desarmados em sua luta por *status* contra os tradicionalistas. Recuando para o formalismo como natureza da *expertise* jurídica, os tradicionalistas ficam com tecnicismos. Se as regras jurídicas são sagradas, seria importante distanciar-se das políticas públicas e do jogo político<sup>225</sup>.

Assim, no direito tributário, os modernistas se veem preocupados com a economia, enquanto os tradicionalistas se dedicam a analisar as brechas na lei. A economia é poderosa, mas outras pessoas são melhores nesse assunto. As brechas são afetadas aos advogados, mas elas vêm e vão, manipuladas por pessoas poderosas

<sup>222</sup> Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, 1083-1094. Legal Remedies in a Society of Large-Scale Organizations. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 861, 1981.

<sup>223</sup> [N.T.] No original, *town/gown conflicts*.

<sup>224</sup> Para um exemplo envolvendo a Suprema Corte, seus apoiadores e seus críticos: KURLAND, P. Earl Warren: Master of the Revsels (resenha de livro). *Harvard Law Review*, v. 96, p. 331-339, 1982. Para uma discussão de como o conflito não é apenas uma questão de mudanças no papel de advogados (pessoas que promovem litígios *versus* aqueles que não o fazem), mas é também sobre o papel em mutação do direito (direito como fonte autônoma de valores), vide parte IV(A)(2). A perda da autonomia dos valores jurídicos, definida como o colapso do formalismo, é discutida por Unger. UNGER, R. The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, v. 96, p. 561-675, 1983, em especial p. 564-565 e 570-576.

<sup>225</sup> [N.T.] No original, *policy and politics*.

fora do campo jurídico tradicional, à luz de considerações além do escopo da *expertise* jurídica tradicional. A relevância vem ao preço da desmistificação; a *expertise* vem ao preço da ignorância e da impotência. O conflito pode ser sentido pela mesma pessoa, como quando o professor de direito escolhe conscientemente ensinar e estudar tanto um campo de direito “rígido” quanto um “flexível”.

Essas distinções são tão poderosas quanto ilógicas. Certa vez, um representante da *American Bar Association* (ABA)<sup>226</sup> entrou em contato comigo para fazer uma apresentação em uma faculdade de direito. Sugeriu que a regulação acerca da qualidade da educação seria um tópico interessante. Ela disse que queria algo *jurídico*. Respondi que haveria muito de jurídico sobre o assunto: diplomas legais, decretos judiciais, regras administrativas. Ela repetiu: a plateia estaria interessada em *direito* – como limites orçamentários nos gastos escolares locais, porque se poderia argumentar que isso estaria em conflito com precedentes constitucionais relativos ao financiamento escolar (e o litígio sobre finanças escolares era o mais recente tema jurídico “real” pelo qual eu era conhecido). Penso que ela estava tateando em busca desse núcleo do direito antigo, direito verdadeiro: regras analiticamente decompostas tratando de algo preciso, como dinheiro, e não padrões vagos, dificilmente distinguíveis de ordens burocráticas, sobre algo específico e fluido, como educação. Ela queria algo que pudesse inspirar uma demanda judicial – uma violação a uma regra jurídica autônoma.

Uma das manifestações mais antigas do conflito está nas concepções sobre o verdadeiro método jurídico, bem como sobre centro e periferia nos currículos das faculdades de direito. Como já discutido, o método doutrinário tradicional de ensino-aprendizagem em direito baseia-se na ideia formalista de que as respostas aos problemas são encontradas no direito, por meio dos precedentes. É difícil ensinar a nova forma jurídica integrada à política, não apenas por ser nova, mas também por deixar a natureza do conhecimento jurídico em uma condição problemática e, portanto, subjetivamente ameaçada<sup>227</sup>. Creio que a resistência, muitas vezes raivosa e cheia de pânico, dos estudantes de direito em relação a “cursos de política” e a “argumentos de política” – para não mencionar uma abordagem política, histórica ou sociológica do direito –, se origina nessa tensão entre direito autônomo e direito político<sup>228</sup>.

Os conflitos entre centro e periferia são ainda mais interessantes. O núcleo é o *common law*, o direito constitucional, o contencioso e a prática privada. Não parece importar que grande parte do direito esteja na periferia “flexível”: processo orçamentário, legislação de proteção ao trabalhador, transferências de renda e direito escolar. Conheci um jurista na Flórida que me disse que a faculdade de direito local não lhe permitiria ministrar um curso de direito da saúde porque seria muito esotérico. Em vez disso, ele ministrou esse curso em uma faculdade de medicina para um público entusiasmado.

O litígio institucional é um tipo de compromisso simbólico ou objeto transitório entre as antigas e as novas concepções de direito e entre o núcleo e a periferia nos currículos. É tradicional porque envolve uma corte que aplica valores aparentemente autônomos, até sagrados, de direito constitucional. É moderno porque é uma litigância de direito público – reparadora, e não julgadora, preocupada com o comportamento político e organizacional, e não com direitos individuais. A questão real é se uma nova cultura central está em desenvolvimento. Ao contrário de alguns, sou muito otimista a esse respeito, porque os juristas e as habilidades jurídicas parecem capazes de trazer grandes contribuições em contextos interdisciplinares – acadêmicos

<sup>226</sup> [N.T.] No original consta apenas a sigla.

<sup>227</sup> ABEL, R. Law Books and Books About Law. *Stanford Law Review*, v. 26, p. 175-228, 1973; GORDON, R. Historicism in Legal Scholarship. *Yale Law Journal*, v. 90, p. 1017-1056, 1981.

<sup>228</sup> Creio vislumbrar uma mudança do direito autônomo em direção a um direito político, na mudança de uma perspectiva doutrinária para uma perspectiva regulatória no direito securitário (e.g., da doutrina contratual formal, como impedimento promissório, à doutrina de expectativas razoáveis entre seguradora e segurado). KEETON, R. *Basic Text on Insurance Law*, 1971, §6.3. Essa nova doutrina gera diversos litígios e questões legais (por exemplo, cláusulas-padrão) porque ela é, nas palavras de teóricos sociais, aberta e, ainda assim, particularista. UNGER, R. *Law in modern society*, 1976, p. 193-200; nota 189 *supra*. Um exemplo em sentido contrário, em termos de potencial litigiosidade, podem ser as limitações às cláusulas comerciais sobre taxaço estatal do comércio, em que o realismo econômico parece corresponder à falta de intervenção judicial. HELLERSTEIN, W. Constitutional Limitations on State Tax Exportation, *American Bar Foundation Research Journal*, p. 3-77, 1982, em especial p. 5.

e políticos. As interações científicas de viés político-jurídico-social são estimulantes. Uma vez derrubada, a mística do formalismo parece limitada e tola, mas os elementos do formalismo reaparecem como importantes considerações políticas.

## 5 Considerações finais

Nenhuma conclusão lógica final poderia ser extraída do presente artigo, o qual aponta certas implicações a partir da descrição de um processo social complexo. Uma conclusão apropriada reside no tema central do artigo, direito como política. A generalização de que o direito é afetado pela política é antiga; mas a extensão da influência retratada neste artigo pode ser surpreendente. Para demonstrar essa influência, uma comparação com o protótipo do direito politicamente dominado pode ser esclarecedora. Recentemente, surgiram artigos instigantes sobre o papel do direito em países comunistas, familiarizando-nos com a profunda imersão do direito nas políticas do leste europeu e da União Soviética<sup>229</sup>. Este artigo sugere a percepção contracultural de que nosso direito pode estar igualmente – ou pelo menos de forma comparável – imerso na política, embora em uma forma de política muito diferente.

A imersão do direito na política leva a direções políticas divergentes. A reação instintiva, na herança do realismo jurídico, é cinismo, desmascaramento e descrédito<sup>230</sup>. Uma certa dose dessa atitude é claramente justificada. O direito é severamente atingido pela política. A frustração de políticas públicas pelo jogo político é a história da implementação. O compromisso é encontrado em todas as etapas e níveis do sistema, desde a negociação e renegociação de comandos jurídicos até a construção social da realidade em nível de campo.

A imagem do direito, no entanto, seja como um meio de troca passivo para negociadores de poder, seja como uma correia de transmissão de interesses sociais, é quase tão falsa quanto a ideia do direito totalmente autônomo. Uma vez que o direito é política, há um enorme espaço para criatividade, adaptação e negociação. O direito político pode ser libertador; o direito autônomo (se realmente existisse além de uma ideologia) seria restritivo. O direito político começa com o fermento dos movimentos sociais, continua na “dança da legislação”<sup>231</sup> (ou no drama do litígio institucional) e culmina na construção social livre da conformidade. Cores ideológicas iluminam o panorama. O jurista moderno, capacitado para a implementação, é pioneiro, com um trabalho que é alternadamente emocionante e enlouquecedor. Um bom exemplo é um conhecido meu que representa pessoas com deficiência em questões de educação especial. Para esse jurista, o direito a uma educação adequada, de acordo com a lei federal, serve a um único propósito: chamar a atenção da burocracia escolar e preparar o terreno para uma consideração séria das melhores opções educacionais por uma equipe de planejamento multidisciplinar.

A última palavra em exploração hábil do direito político provavelmente ocorre na criação de estruturas legais “reflexivas”.<sup>232</sup> Essas estruturas são instituições e processos que permitem a grupos dissidentes negociarem efetivamente (e, principalmente, não se afundarem em uma das condições patológicas do direito moderno). Um exemplo claro, por ter uma encarnação organizacional, é a criação de estruturas legais para barganhas e trocas. Exemplos diversos incluem o mercado de crédito de carbono no direito ambiental<sup>233</sup>,

<sup>229</sup> IOFFE, O. Law and Economy in the U.S.S.R. *Harvard Law Review*, v. 95, p. 1591-1625, 1982; MARKOVITS, I. Law or Order-Constitutionalism and Legality in Eastern Europe, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 513-613, 1982.

<sup>230</sup> MACINTYRE, A. *After Virtue*, 1981, p. 68-70 (relação dos comportamentos modernos de desmistificação, iconoclastia, protesto e indignação com o positivismo em ética); R. UNGER, *Law in Modern Society*, 1976, p. 173-176.

<sup>231</sup> REDMAN, E. *The dance of legislation*, 1973.

<sup>232</sup> Vide nota 170 *supra*.

<sup>233</sup> Uma excelente discussão sobre esquemas alternativos de regulamentação da poluição está em: BARDACH, E.; KAGAN, R. *Going By The Book: The Problem Of Regulatory Unreasonableness*, 1982, p. 292-299.

vales-educação<sup>234</sup>, e arbitragem de ofertas finais no campo das relações de trabalho<sup>235</sup>. No entanto, o desenvolvimento de soluções pragmáticas em qualquer área da política social deve satisfazer os critérios do direito reflexivo. Por exemplo, vários esquemas foram propostos para impedir que requisitos contábeis legalistas interfiram na devida educação compensatória<sup>236</sup>. Tal como meu conhecido jurista que atua na seara de educação especial, essas propostas utilizam direitos previstos em lei para preparar o terreno para programas sociais criativos e adaptáveis. Nessas situações, recorre-se à gestão política do direito para combater o legalismo contraproducente.

Outro tema conclusivo relaciona-se àquilo que foi deixado de fora. O artigo poderia ser criticado por seu foco nos movimentos sociojurídicos de interesses contramajoritários. Não se dá atenção à implementação favorável ao status quo, como leis obtidas pelas companhias de seguros para impedir a concorrência “excessiva”<sup>237</sup>. O papel do establishment como uma resistência passiva às mudanças implementadas é, obviamente, central para o meu modelo. Uma omissão relacionada a esse tema é a imagem do Estado moderno como uma massa fervilhante de implementações descoordenadas ou, de forma metafórica, como um navio que navega apenas com velas e nenhuma âncora. Refletindo, parece que essa abordagem ignora a existência de uma elite interessada no manejo ordenado do Estado, talvez acima de qualquer outra consideração<sup>238</sup>. A racionalidade substantiva, de estilo weberiano, é mais comum em nosso sistema do que este artigo sugere<sup>239</sup>.

Se os mais poderosos de nossa sociedade receberam papéis enganosamente passivos, os marginalizados foram ignorados. Acostumei-me a pensar na implementação como contramajoritária ou pelo menos contracultural<sup>240</sup>. No entanto, em retrospecto, a miríade de conexões entre implementações e status quo parece igualmente importante. Os movimentos sociais não somente devem apelar aos valores tradicionais, como também devem interagir com as organizações estabelecidas por um longo período de tempo. Todos os esforços intensivos e intrincados para produzir mudanças devem ser acomodados e absorvidos, ao menos parcialmente<sup>241</sup>. Nesse sentido, percebemos que as implementações não representam bandidos, fugitivos, alienados, infratores, revolucionários, exilados ou mesmo grupos dissidentes. Talvez seja melhor concluir

<sup>234</sup> COONS, J.; SUGARMAN, S. *Education by Choice: The Case for Family Control*. 1978. p. 45-51.

<sup>235</sup> CLUNE, W.; HYDE, P. Final Offer Interest Arbitration in Wisconsin: Legislative History, Participant Attitudes, Future Trends, *Marquette Law Review*, v. 64, p. 455-505, 1981.

<sup>236</sup> Vide nota 57 *supra*.

<sup>237</sup> TOBIAS, A. *The Invisible Bankers: Everything the Insurance Industry Never Wanted You To Know*, 1982. p. 167-169 (política de seguros de acidentes de trabalho geridos pelo Estado); Idem, p. 163-166 (política da legislação contra a concessão de descontos e compartilhamento de comissões com o segurado na contratação de seguros); KIMBALL, S.; BOYCE, R. The Adequacy of State Insurance Regulation: The McCarran-Ferguson Act in Historical Perspective. *Michigan Law Review*, v. 56, p. 545-578, 1958 (analisando políticas conflitantes de fixação de preços, concorrência excessiva e adequação das taxas de seguro). Outra categoria de leis deixadas de fora deste artigo é a “lei da ganância” (ou “lei da vala”), o processo de obtenção de benefícios financeiros por meio do Estado. Às vezes, essa lei assume a forma de implementação (intervenção legal cuidadosamente construída) e, às vezes, é muito mais direta. Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1099-1100.

<sup>238</sup> BLOCK, F. The Ruling Class Does Not Rule: Notes on the Marxist Theory of the State. *Socialist Revolution*, p. 6-28, maio/jun. 1977; ROY, W. The Unfolding of the Interlocking Directorate Structure of the United States. *American Sociological Review*, v. 48, p. 248-257, 1983 (desenvolvimento da elite dos Estados Unidos na virada do século). Embora o artigo de Block seja conscientemente marxista, ele considera o fato universalmente compreendido de que, nas democracias capitalistas ocidentais, algumas pessoas buscam o interesse de curto prazo das empresas, enquanto outras buscam a preservação de longo prazo do sistema. As ideias econômicas tradicionais de “falha de mercado”, por exemplo, presumem que alguém ou algo consiga fazer com que o Estado atue contra interesses de curto prazo de alguns participantes do mercado. OLSON, M. *The Logic of Collective Action – Public Goods and the Theory of Groups*, 1971, p. 13-16; TULLOCK, G. *Private Wants, Public Means: An Economic Analysis of the Desirable Scope of Government*, 1970. p. 3-28; BREYER, S. Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform, *Harvard Law Review*, v. 92, p. 547-609, 1979, em especial p. 552-560.

<sup>239</sup> De fato, as teorias funcionalistas e marxistas tendem a retratar as sociedades como “inteligentes” (bem coordenadas), enquanto os teóricos organizacionais retratam as organizações como “burras” (“anarquias”). DIMAGGIO, P.; POWELL, W. The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields. *American Sociological Review*, v. 48, p. 147-160, 1983, em especial p. 156. Na minha opinião, se a comparação for significativa, essa suposta maior coordenação das sociedades pode resultar apenas de expectativas mais baixas. As organizações sabem o que querem melhor do que as sociedades e provavelmente também estão melhor equipadas para perseguir objetivos com eficiência.

<sup>240</sup> Clune e Lindquist, nota 3 *supra*, p. 1113-1114.

<sup>241</sup> Para uma discussão sobre a acomodação de metas para integrar valores, vide parte III(F)(2).

que a implementação, como esboçado aqui, é o processo de alcançar maior participação por meio do direito – para grupos minoritários fortes e para ativistas organizados representando maiorias difusas.

## Referências

ABELL, P. *Model building in sociology*. 1971.

ARCHAMBAULT, F.; ST. PIERRE, R. The Effect of Federal Policy on Services Delivered Through ESEA Title I. *Educational Evaluation and Policy Analysis*. p. 33-46, maio/jun. 1980.

BAILEY, S. *Education interest groups in the nation's capital*. 1975.

BANFIELD, E. Making a New Federal Program: Model Cities, 1964-68. In: *Social Program Implementation*. 1976.

BARDACH, E. Educational Paperwork. In: KIRP, D (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo).

BARDACH, E. *The implementation game: what happens after a bill becomes a law*. 1977.

BARDACH, E.; KAGAN, R. *Going By The Book: The Problem Of Regulatory Unreasonableness*, 1982.

BECKER, H. *Sociological work*. 1970.

BELL, D. The Dialectics of School Desegregation, *Alabama Law Review*, v. 32, p. 281-298, 1981.

BERMAN, P. From compliance to learning: implementing legally-induced reform. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, *Relatório de projeto*, n. 81-A20, 1981.

BERMANI, P.; MCLAUGHLIN, M. Federal Support for Improved Educational Practice. In: TIMPANE, M. (ed.). *The Federal Interest in Financing Schooling*. 1978.

BLAU, P. *The Dynamics of Bureaucracy: A Study of Interpersonal Relations in Two Government Agencies*, 1963.

BLOCK, F. The Ruling Class Does Not Rule: Notes on the Marxist Theory of the State. *Socialist Revolution*, p. 6-28, maio/jun. 1977.

BREYER, S. Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives, and Reform, *Harvard Law Review*, v. 92, p. 547-609, 1979.

BUSH, R.; LUCE, D; SUPPES, P. Models, Mathematical. *International Encyclopedia Of The Social Sciences*, v. 10, 1968.

CALIFANO, J. *Governing America*. 1981.

CHAYES, A. The Role of the Judge in Public Law Litigation, *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281-1316, 1976.

CHRIST, Carl. Econometric Models, Aggregate, *International Encyclopedia Of The Social Sciences*, v. 4, 1968.

CHUBB, J. *Interest groups and the bureaucracy: the politics of energy*, 1982.

CLUNE, W. The Deregulation Critique of the Federal Role in Education. In: KIRP, D (ed.). *School days, rule days: regulation and legalization in American education* (no prelo).

CLUNE, W.; HYDE, P. Final Offer Interest Arbitration in Wisconsin: Legislative History, Participant Attitudes, Future Trends, *Marquette Law Review*, v. 64, p. 455-505, 1981.

CLUNE, W.; LINDQUIST, R. Serrano e Robinson: Studies in the Implementation of Fiscal Equity and Effective Education in State Public Law Litigation. In: PIELE, P. (ed.). *II Schools and the Courts*. 1979.

CLUNE, W.; LINDQUIST, R. What "Implementation" Isn't: Toward a General Framework for Implementation Research. *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 1044-1116.

- COONS, J.; SUGARMAN, S. *Education by Choice: The Case for Family Control*. 1978.
- CRONIN, T. Small Program, Big Troubles: Policy Making for a Small Great Society Program. In: *American Politics and Public Policy*, 1978.
- DARLING-HAMMOND, L.; WISE, A.; PEASE, S. Teacher evaluation in the organizational context: a review of the literature, *Working Draft*, n. 1695-NIE, Rand Corporation, 1982.
- DAVIS, K. Police Rulemaking on Selective Enforcement: A Reply, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, p. 1167-1171, 1977.
- DERTHICK, M. *The influence of federal grants*. 1970; HAWKINS, K. *Environment and enforcement: the social construction of pollution* (no prelo).
- DICKEY, W. The Promise and Problems of Rulemaking in Corrections: The Wisconsin Experience. *Wisconsin Law Review*, p. 285-340, 1983. MURPHY, J. *State education agencies and discretionary funds*. 1974.
- DIVER, C. The Judge As Political Power broker: Superintending Structural Change in Public Institutions, *Virginia Law Review*, v. 65, p. 43-106, 1979.
- EASTON, D. *A systems analysis of political life*. 1965.
- EISENBERG, T.; YEAZELL, S. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, *Harvard Law Review*, v. 93, p. 465-517, 1980.
- ELMORE, R. Backward Mapping: Implementation Research and Policy Decisions. *Political Science Quarterly*, v. 94, p. 601-616, 1979/1980.
- ELMORE, R.; MCLAUGHLIN, M. Strategic Choice in Federal Education Policy: The Compliance-Assistance Trade-Off. In: *Policy making in education, eighty-first yearbook of the national society for the study of education*. 1982.
- FLETCHER, W. Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 635-697, 1982.
- FULLER, L. *The morality of Law*. ed. rev., 1969.
- GALANTER, M. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 19, p. 1-47, 1981.
- GALANTER, M. Why the “Haves” Come Out Ahead – Speculations on the Limits of Legal Change, *Law & Society Review*, v. 9, p. 95-160, 1974.
- GLASER, B.; STRAUSS, A. *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*. 1967.
- GLAZER, N. *Affirmative Discrimination*. 1975.
- GOLDSTEIN, H. *Policing a free society*. 1977.
- GOODMAN, W. Irving Kristol: Patron Saint of the New Right. *The New York Times Magazine*, Seção 6, p. 90, 6 dez. 1981.
- GRAGLIA, L. *Disaster by decree*. 1976.
- HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. 1973.
- HANDLER, J. *Social movements and the legal system: a theory of law reform and social change*. 1978.
- HARRIS, M.; SPILLER, D. *After Decision: Implementation of Judicial Decrees in Correctional Settings*. 1976.
- HAVEMAN, R. (ed.). *A decade of federal antipoverty programs*. 1977.

- HAWKINS, K. Bargain and Bluff: Compliance Strategy and Deterrence in the Enforcement of Regulation. *Law & Policy Quarterly*, v. 5, p. 35-73, 1983.
- HAWKINS, K. *Environment and enforcement: the social construction of pollution* (no prelo).
- HAWKINS, K.; THOMAS, J. *Enforcing regulation: policy and practice*, 1983.
- HAY, D. Property, Authority and the Criminal Law. In: *Albion's fatal tree: crime and society in eighteenth-century England*. 1975.
- HILL, P. *Do federal education programs interfere with one another?*, Paper n. 6416, Rand Corporation, 1979.
- HILL, P. *Enforcement and informal pressure in the management of federal categorical programs in education*. Nota avulsa N-1232-HEW, 1979.
- HIMMELMAN, H. *The fall and rise of the office of economic opportunity*. Lawyers' Committee for Civil Rights under Law, 1973.
- HOROWITZ, D. *The courts and social policy*. 1977.
- IMPLEMENTATION Problems in Institutional Reform Litigation, *Harvard Law Review*, v. 91, p. 428-463, 1977.
- INSTITUTIONAL Reform Litigation: Representation in the Remedial Process, *Yale Law Journal*, v. 91, p. 1474-1492, 1982.
- IOFFE, O. Law and Economy in the U.S.S.R. *Harvard Law Review*, v. 95, p. 1591-1625, 1982.
- JENCKS, C.; SMITH, M.; ACLAND, H.; BANE, M.; COHEN, D.; GINTIS, H.; HEYNS, B.; MICHELSON, S. *Inequality: a reassessment of the effect of family and schooling in America*. 1972.
- JONES, J. Twenty-One Years of Affirmative Action: The Maturation of the Administrative Enforcement Process Under the Executive Order 11.246 as Amended. *Chicago-Kent Law Review*, v. 59, p. 67-122, 1982.
- KAGAN, R. Regulating business, regulating schools: the problem of regulatory unreasonableness. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, *Relatório de projeto*, n. 81-A14, 1981.
- KAGAN, R. *Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze*. 1978.
- KENNEDY, D. Form and Substance in Private Law Adjudication, *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1685-1778, 1976.
- KIMBALL, S.; BOYCE, R. The Adequacy of State Insurance Regulation: The McCarran-Ferguson Act in Historical Perspective. *Michigan Law Review*, v. 56, p. 545-578, 1958.
- KIRP, D. *Just Schools: The Idea of Racial Equality in American Education*, 1982.
- KIRP, D.; BABCOCK, G. Judge and Company: Court-Appointed Masters, School Desegregation, and Institutional Reform. *Alabama Law Review*, v. 32, p. 313-398, 1981.
- KIRST, M. JUNG, R. *The Utility of a Longitudinal Approach in Assessing Implementation: A Thirteen Year View Of Title I, Esea*. Instituto de Pesquisa em Finanças e Governança Educacional, Universidade de Stanford, Relatório de projeto n. 80-B18, 1980.
- KLUGER, R. *Simple Justice: The history of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. 1976.
- KOCH, J. Title IX and the NCAA, *Western State University Law Review*, v. 3, p. 250-261, 1976.
- LAZARSELD, P.; ROSENBERG, M. (eds.). *The Language of Social Research*. 1955.

- LINDQUIST, R.; CLUNE, W. *Systemic Enforcement: The Implementation of Equal Employment Opportunity Through Executive Order*. 30 jun. 1982.
- LOWI, T. *The End of Liberalism: The Second Republic of the United States* 2. ed. 1979.
- MARKOVITS, I. Law or Order-Constitutionalism and Legality in Eastern Europe, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 513-613, 1982.
- MCCALL, G.; SIMMONS, J. (eds.). *Issues in participant observation*. 1969.
- METZ, M. *Classrooms and corridors: the crisis of authority in desegregated secondary schools*, 1978.
- MEYER, J.; ROWAN, B. Institutional Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony. *American Journal of Sociology*, v. 83, p. 340-363, 1977.
- MEYER, J.; SCOTT, R.; DEAL, T. *Institutional and Technical Sources of Organizational Structure Explaining the Structure of Educational Organizations*, maio 1980.
- MEYER, M. Strategies for Further Research: Varieties of Environmental Variation. In: *Environments and Organizations*, 1978.
- MILES, M. Common Properties of Schools *Context: The Backdrop for Knowledge Utilization and "School Improvement"*. National Institute of Education, 1980.
- MNOOKIN, R.; KORNHAUSER, L. Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce. *Yale Law Journal*, v. 88, p. 950-997, 1979.
- MOYNIHAN, D. *Maximum feasible misunderstanding-community action in the war on poverty*. 1969.
- MURPHY, J. *Differential Treatment of the States, A Good Idea or Wishful Thinking?*, 25 ago. 1981 (manuscrito não publicado em arquivo com o autor).
- MURPHY, J. *State education agencies and discretionary funds*. 1974.
- MURPHY, J. Title V of ESEA: The Impact of Discretionary Funds on State Education Bureaucracies. *Social Program Implementation*, 1976.
- NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and society in transition*. 1978.
- O'CONNOR, J. *The Fiscal Crisis of the State*. 1973.
- OLSON, M. *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, 1971.
- PELTASON, J. *Fifty-eight lonely men: southern federal judges and school desegregation*. 1961.
- PELTZMAN, S. Toward a More General Theory of Regulation, *The Journal of Law & Economics*, v. 19, p. 211-240, 1976.
- PIVEN, F.; CLOWARD, R. *Poor people's movements: why they succeed, how they fail*. 1977.
- PRESSMAN, J.; WILDAVSKY, A. *Implementation*. 2. ed. 1979.
- R. UNGER, *Law in Modern Society*. 1976.
- REDMAN, E. *The dance of legislation*. 1973.
- REISS, A.; BIDERMAN, A. *Data Sources on White-collar Law-breaking*. Instituto Nacional de Justiça, Departamento de Justiça dos EUA, 1980.
- REUSS-IANNI, E.; IANNI, F. *Street Cops vs. Management Cops: The Social Organization of the Police Precinct*. Instituto de Análise Social, 1979.
- RHODE, D. Class Conflicts in Class Actions, *Stanford Law Review*, v. 34, p. 1183-1262, 1982; Symposium:



Judicially Managed Institutional Reform, *Alabama Law Review*, v. 32, p. 267-464, 1981; Special Project: The Remedial Process in Institutional Reform Litigation, *Columbia Law Review*, v. 78, p. 784-929, 1978.

RODGERS, H.; BULLOCK, C. *Coercion to Compliance*. 1976.

SARASON, S. *The culture of the school and the problem of change*. 1971.

SCHATZMAN, L.; STRAUSS, A. *Field research*. 1973.

SCHICK, A. *Congress and Money: Budgeting, Spending and Taxing*, 1980.

SCHULTZE, C. *The public use of the private interest*, 1977.

SELZNICK, P. *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organization*. 1949.

SELZNICK, P. *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organization*, 1953.

SPROULL, L. Managing Education Programs: A Micro behavioral Analysis. *Human Organization*, v. 40, p. 113-122, 1981.

STEWART, R.; SUNSTEIN, C. Public Programs and Private Rights. *Harvard Law Review*, v. 95, p. 1195-1322, 1982.

STONE, C. *Where the law ends: the social control of corporate behavior*. 1975.

THUROW, L. *The Zero-sum society: distribution and the possibilities for economic change*. 1981.

TOBIAS, A. *The Invisible Bankers: Everything the Insurance Industry Never Wanted You To Know*, 1982.

TROYNA, Barry. Verbete “White flight”. In: CASHMORE, Ellis et al. *Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*. 2. ed. São Paulo: Summus, 2000.

TULLOCK, G. *Private Wants, Public Means: An Economic Analysis of the Desirable Scope of Government*, 1970.

TURNBULL, B.; SMITH, M.; GINSBURG, A. Issues for a New Administration: The Federal Role in Education, *American Journal of Education*, v. 89, p. 396-427, 1981.

TYACK, D.; KIRST, M.; HANSOT, E. Educational Reform: Retrospect and Prospect. *Teachers College Record*, v. 81, p. 253-269, 1980.

WEICK, K. Administering Education in Loosely Coupled Schools. *Phi Delta Kappan*, v. 63, p. 673-676, 1982.

WEICK, K. Educational Organizations as Loosely Coupled Systems. *Administrative Science Quarterly*, v. 21, p. 1-19, 1976.

WILSON, J. The Politics of Regulation. In: WILSON, J. (ed.). *The Politics of Regulation*. 1980.

WIRT, F.; KIRST, M. *Schools in conflict*. 1982.

YUDOF, M. Legalization of Dispute Resolution, Distrust of Authority, and Organizational Theory: Implementing the Due Process for Students in the Public Schools, *Wisconsin Law Review*, v. 1981, p. 891-923, 1981.

YUDOF, M. Plato’s Ideal and the Perversity of Politics (resenha de livro). *Michigan Law Review*, v. 81, p. 730-745, 1983.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Evaluación de las obras públicas en gobiernos locales en México:** desafíos de las políticas públicas de participación ciudadana

**Evaluation of public issues in local governments in Mexico:** challenges of public policies for citizen participation

Louis Valentin Mballa

Arturo Bermúdez Lara

# Evaluación de las obras públicas en gobiernos locales en México: desafíos de las políticas públicas de participación ciudadana

## Evaluation of public issues in local governments in Mexico: challenges of public policies for citizen participation

Louis Valentin Mballa\*\*

Arturo Bermúdez Lara\*\*\*

### Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar las capacidades de transparencia en los gobiernos locales a través de la inclusión de la ciudadanía en la ejecución del Fondo de Infraestructura Social Municipal. Mediante una metodología de investigación cualitativa, se exploran los mecanismos implementados por el gobierno municipal de Villa de Reyes en San Luis Potosí-México para garantizar la participación ciudadana en la realización de las obras públicas. El análisis de las respuestas derivadas del instrumento de medición nos ha permitido llegar a la conclusión de que, involucrar a los ciudadanos en el quehacer político de los gobiernos locales, aunque sólo sea en ciertas dimensiones, constituye un desafío emblemático, principalmente en tiempos de cambio.

**Palabras clave:** Participación ciudadana. Obras públicas. Municipio de Villa de Reyes. Comités comunitarios. Gobierno local.

### Abstract

This paper analyzes the capacities of transparency in local governments through the inclusion of citizens in the execution of the Municipal Social Infrastructure Fund. Through a qualitative research methodology, the mechanisms implemented by the municipal government of Villa de Reyes in San Luis Potosí-Mexico are explored to guarantee citizen participation in public issues. The analysis of the responses derived from the measurement instrument has allowed us to reach the conclusion that involving citizens in the political issues in local governments, even if only in certain dimensions, constitutes an emblematic challenge, mainly in times of change.

**Keywords:** Citizen participation. Public issues. Municipality of Villa de Reyes. Community committees. local government.

\* Recibido em 06/05/2020  
Aprovado em 28/10/2020

\*\* Dr. en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI), Miembro de la Asociación Mexicana de Estudios Internacionales (AMEI), Perfil PROMEP, Secretario Ejecutivo de la Red Internacional de Investigadores en Ciencias de Gestión (REINICIG), Miembro del Seminario Permanente de Estudios Africanos. Publicaciones recientes: Desarrollo local y microfinanzas como estrategias de atención a las necesidades sociales: un acercamiento teórico conceptual Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México Nueva Época, núm. 229. Enero-abril de 2017 pp. 101-128. (2013). Micro-financiamiento del desarrollo local en México: políticas y procesos de toma de decisiones, México. UASLP. 2015. Formación de Emprendedores Sociales para la ciudadanía en desventaja: una opción de lucha contra la pobreza y marginación social en San Luis Potosí?. en Nerí Guzmán J. C et al. Practicas exitosas en la implementación de políticas de innovación y competitividad local, México, Plaza y Valdés. 2015. Public Policies as a Government challenge to fight against Poverty in San Luis Potosí. GE-International Journal of Management Research Associated Asia Research Foundation (AARF), 2015. Vol. 3, Issue 12, December. Pp. 99- 112.

E-mail: luigivaldo@hotmail.com

# 1 Introducción

El presente trabajo de investigación pone énfasis en las capacidades de transparencia en la gobernabilidad local en México, tomando como caso preciso, al gobierno municipal de Villa de Reyes. Para ello, se exploran los mecanismos de transparencia implementados por el gobierno municipal, para garantizar la participación ciudadana mediante la conformación de comités comunitarios de obra, para vigilar la realización y el seguimiento de las obras públicas. Cabe enfatizar que cuando hablamos de “obras públicas” en este artículo, nos referimos básicamente (y sin necesidad de especificar), a todas las realizaciones del municipio en materia de infraestructura social en educación, salud, electrificación, pavimentación, abastecimiento en servicios básicos, etc.

Asimismo, se enuncia en este trabajo, un modelo de gestión pública aplicado en varios gobiernos locales en México los cuales ponen énfasis en la coparticipación entre actores gubernamentales y la ciudadanía bajo ciertos esquemas y lineamientos. Esta perspectiva delinea las modalidades de participación, de definición y seguimiento de las políticas públicas, bajo las premisas de rendición de cuentas y transparencia de la información sobre el manejo de los recursos públicos.

Desde la metodología de investigación cualitativa, por una parte, se utilizaron datos procedentes directamente del archivo de concentración resguardados en el Departamento de Desarrollo Social del Municipio de Villa de Reyes. Este departamento cuenta con toda la normativa institucional para hacer efectiva la participación ciudadana mediante la constitución de los comités de obras públicas. Por otra parte, se aplicó un cuestionario a los integrantes del Consejo de Desarrollo Social Municipal, por considerar que ese órgano de participación ciudadana ha conocido la forma en que los integrantes del de Gobierno municipal, realizaron las obras públicas durante el periodo 2015-2018. El instrumento aplicado se realizó en base al diseño de cuestionario elaborado por la Auditoría Superior de la Federación como parte de un procedimiento de auditoría a la participación social que se formaliza en las entidades que utilizan recursos del Fondo de Infraestructura Social Municipal del Ramo 33.

Los resultados muestran una relación de dependencia absoluta entre el gobierno y la sociedad en materia de atención a los problemas públicos mediante el juicio y apreciación de los ciudadanos. Esto se debe a la existencia y predominio de un juego de intereses que se interpone en esta relación. Además, la investigación nos ha permitido considerar como lo estipula Sánchez<sup>1</sup>, que la participación ciudadana es un marco de transparencia que permite recuperar la parte pública de la política, y permite que se establezca un contrato social entre la sociedad y el gobierno, mitigando los escenarios de conflicto, incertidumbre e intereses particulares. En realidad, el caso de estudio de Villa de Reyes nos ha dejado en claro que la inclusión de la ciudadanía es una de las maneras de contar con políticas públicas socialmente relevantes; por lo cual, vincular la participación ciudadana en la realización de las obras públicas, es susceptible de mejorar el desempeño de los representantes políticos para dar paso a mejores soluciones a los problemas públicos.

<sup>1</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Juan, “La participación ciudadana como instrumento del gobierno abierto”. *Espacios Públicos*, v. 18, n. 43, p. 51-73, 2015.

## 2 Acercamiento teórico-conceptual: la participación ciudadana como modalidad de convergencia de los intereses

La participación ciudadana ha sido objeto de abordaje de varios autores<sup>2</sup>, desde varias disciplinas (sociología, ciencias políticas, antropología, derecho, economía etc.) y desde varios enfoques teóricos: teorías clásicas, teorías administrativas, teorías de sistemas, teorías de la democracia, teorías del Estado, el postmodernismo, teorías de la complejidad entre otras. En el marco de este artículo, para no entrar en ese rompecabezas teórico-conceptual, presentamos en el cuadro siguiente, enunciados sobre la participación ciudadana desde algunos enfoques teóricos.

Tabla 1. Enunciados sobre la participación ciudadana desde algunos enfoques teóricos

Enfoques teóricos	Enunciados
<i>Las teorías administrativas</i>	De manera sintética, las teorías administrativas consideran que la participación ciudadana es un proceso; implica crear una comunidad que se gobierna a sí misma en la cual, el ciudadano común participa de forma consciente y presume su concienciación y su compromiso en actividades públicas concretas. Este carácter consciente altera las actitudes y le presta a la participación un sentido del “nosotros” que se asocia a la comunidad. Desde este proceso, se generan estrategias y líneas de acción entre el gobierno y la sociedad con el objetivo de influir en los resultados del quehacer público.
<i>El liberalismo</i>	Pone énfasis en la importancia del individuo y su capacidad de trascender al grupo o la identidad colectiva. En este sentido, la participación ciudadana emerge por la necesidad de establecer relaciones de interdependencia entre el gobierno y la sociedad. Aquí, las instituciones y regímenes constitucionales se encargan de regular las modalidades de estas relaciones para que sean beneficiosas a todos los actores involucrados en la dinámica funcional del Estado.
<i>El realismo político</i>	La participación ciudadana es una herramienta de poder que permite a algunos actores mantener el dominio sobre otros. Desde este enfoque, la participación ciudadana se concibe en términos utilitarios y obedece al segundo principio del realismo político “el interés definido en términos de poder”. En función de sus diferentes lógicas, intereses y sistemas de creencias, los actores del gobierno, responsables de la gobernanza, justifican la participación ciudadana a través de su legitimidad constitucional, como muestra del ejercicio de su poder. En este sentido, la participación ciudadana se nutre de <i>outputs</i> orgánicos, de la evidencia empírica y de su transformación en juicios e interpretaciones tanto por el gobierno como por el resto de la sociedad.
<i>La teoría Republicana</i>	Según este enfoque, el nuevo estilo de ciudadano supondría una participación más activa en el proceso democrático y eso, según los republicanos, es considerado como un signo de vitalidad y una oportunidad para que el sistema político logre sus objetivos democráticos.

<sup>2</sup> CUNILL, GRAU Nuria. *Participación ciudadana, dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados Latinoamericanos*. Venezuela: CLAD, 1991; SOL, Arriaza. *El desafío de la participación ciudadana en el Estado democrático de derecho: avances y retos de la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, en espacios institucionales de los Estados centroamericanos*. Costa Rica: FLACSO, 2012; RAMÍREZ, Viveros. *Modelos de participación ciudadana*. Una propuesta integradora. Madrid: Universidad Carlos III, 2015; CORDOYER-REAL, Carlos Román, “Participación ciudadana e instituciones: un análisis desde la teoría democrática de Robert A. Dahl”. *Estudios Sociológicos*, v. 33, n. 99, p. 579-605, 2015; CÓRDOVA, Jaimes Edgar; ÁVILA HERNÁNDEZ, Flor. “Democracia y Participación ciudadana en los procesos de la Administración Pública”. *Revista Opción*, año 33, n. 82, p. 134-159, 2017.

Enfoques teóricos	Enunciados
<p><i>La síntesis</i> (<i>debate neo-neo</i>) <i>Neorealismo</i> <i>neoliberalismo</i> <i>neoestructuralismo</i>    <i>neorepublicanismo</i></p>	<p>Estos enfoques siendo racionalista por esencia, admiten que la participación ciudadana emerge, por cuestiones de intereses y estrategias de negociación e intercambios. Ven a la participación ciudadana en términos utilitarios. Es decir, plantean la problemática de como las condiciones estructurales del poder y de la autoridad dentro de unidades territoriales soberanas, pueden emplearse para fortalecer la posición de algún grupo de actores frente a otros. En este caso, el Gobierno Vs Ciudadanía.</p>
<p><i>La teoría comunitaria (comunitarismo)</i></p>	<p>Este enfoque enfatiza la importancia de la cultura endógena de la comunidad, vinculando a los individuos para trabajar juntos con los representantes del gobierno en la consecución de las políticas del Estado. Aquí, las relaciones entre los ciudadanos trascienden la visión utilitarista de la participación ciudadana que hemos visto en la síntesis de los neos.</p>
<p><i>La teoría de la complejidad</i></p>	<p>Este enfoque concibe a la participación ciudadana como un proceso integral, holístico y dinámico desde el supuesto de que “todo fenómeno social es uno y múltiple... su diversidad es necesaria para su unidad y su unidad es necesaria para su diversidad”. Asimismo, expone las potencialidades, deficiencias y contradicciones de los actores que confluyen en la dinámica funcional de la participación ciudadana. Por lo tanto, la teoría de la complejidad, indica que, a pesar de los avatares constitutivos de la participación ciudadana, las partes que la componen, aun teniendo identidad propia cada una (gobierno y sociedad), también tienen una identidad común porque están sujetas a sus reglas organizacionales.</p>
<p><i>El pluralismo</i></p>	<p>Este enfoque pone énfasis en la diversidad de actores (Estados, empresas transnacionales, instituciones, individuos, influencia de las élites etc). Una ampliación de los patrones de comunicación y de intercambio entre estos diferentes actores, puede reforzar el grado de relaciones utilitarias en un marco de colaboración intencionada. En este sentido, la participación ciudadana implica prácticas lo suficientemente fuertes para asegurar, durante cierto tiempo, expectativas confiables de coparticipación entre varios actores.</p>

Fuente: Elaboración propia a partir de diferentes fuentes de información.

De lo que resulta de esta tabla, destaca que el fin último de la participación ciudadana es el de “posibilitar que actores del gobierno y del resto de la sociedad puedan emprender procesos de actuación para hacer converger sus distintos intereses”<sup>3</sup>. Asimismo, Merino reconoce que una de las formas comunes de participación ciudadana, consiste en “un ejercicio de incorporación de intereses específicos, sean particulares o colectivos, que pretenden ser integrados en la agenda del gobierno”<sup>4</sup>. Bajo un esquema participativo integrador, difícilmente coincidirán los objetivos colectivos con los individuales en una misma fórmula.

Enrique Cabrero por su parte, habla del contexto de cambio de la administración pública en lo social que se traduce en una nueva dinámica de los grupos y agentes sociales, en el cual, la democracia participativa es pretendida y deseada no solo electoralmente sino, fundamentalmente, por la idea de la participación directa en el quehacer del gobierno<sup>5</sup>. Se trata aquí de una visión gubernamental de la participación ya que valida la inclusión ciudadana considerando que representa un componente indispensable de la política social de los

<sup>3</sup> CANTO CHAC, Manuel. *Participación ciudadana en las políticas públicas*. México: Siglo XXI, 2011. p. 48.

<sup>4</sup> MERINO, Mauricio. *Políticas públicas: Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*. México: CIDE, 2013.

<sup>5</sup> CABRERO, Enrique. *La acción pública en municipios urbanos: Una propuesta de marco teórico para su estudio*. México: CIDE, 2011. p. 71.

gobiernos. A juicios de Bazdrech, esa inclusión es capaz de lograr la eficacia y eficiencia de las estrategias y acciones, debido a que éstas habrán sido consensuadas entre las comunidades y los ciudadanos; además, es capaz de contribuir a la equidad ya que, con la participación, un mayor número de ciudadanos pueden acceder a los beneficios de las acciones gubernativas<sup>6</sup>. Esta apreciación de Bazdrech sin lugar a duda, indica que la participación ciudadana es un factor de empoderamiento de la comunidad pues, proporciona al ciudadano nuevas habilidades organizacionales con un manejo de las soluciones a los problemas comunitarios, además de contribuir al fortalecimiento de la confianza ciudadana hacia el gobierno.

La participación de los individuos en el proceso de gestión política requiere de un diseño de los mecanismos e instrumentos que no concluyan en un objeto manipulante de política simple o de resultados frágiles. Cunill desecha la posibilidad de que la participación de los ciudadanos “se genere desde abajo”; es decir, cuestiona la capacidad de organización autónoma de los individuos en cuanto a ciudadanos para impulsar y/o cooperar en la labor del gobierno. Según ese autor, los intereses particulares, comunitarios y globales difícilmente son coincidentes ya que “construyen la objetividad de las causas por las cuales los individuos se involucran con el gobierno”<sup>7</sup>. Vargas menciona de manera explícita únicamente como medios de la participación ciudadana a “los procedimientos (audiencias públicas, plebiscitos y referéndums) y a los órganos (consejos, comisiones o comités con fines consultivos)”<sup>8</sup>.

A través de múltiples formas de actividad política, los ciudadanos tienen la oportunidad de comunicar sus preocupaciones y deseos a los responsables de la política y, por lo tanto, de obtener cierto grado de acceso directo al proceso de toma de decisiones<sup>9</sup>. Así bosquejada, la participación ciudadana implica la creación de cauces de relación entre la sociedad y los actores del gobierno. Es en este sentido que Ganuza ha considerado que un régimen democrático “siempre tendrá que construirse con base a la participación ciudadana; pues su propia legitimidad como régimen, depende en gran medida de la vinculación de los gobernantes con los gobernados”<sup>10</sup>. En los últimos lustros, dicha vinculación ha sido valorada negativamente, lo que ha generado un ánimo inclinado a fortalecer la participación en la gestión pública como instrumento adecuado para mejorar aquella vinculación.

A final de cuentas, el fin último de una gestión pública con incorporación de la ciudadanía en la gobernanza es lograr la integración social en campos de conocimiento peculiares y acciones específicas. Esta tendencia hace que la institución pública como lo es un municipio permanezca bajo el entendido de un reconocimiento de la pluralidad generando por consecuencia, una consonancia en la multipolaridad de fuerzas conjugadas en el ejercicio del poder. Esta situación no pone en riesgo a la autonomía de los gobiernos locales, ya que el proceso decisorio cumple la función de dar forma al resultado de una interacción entre diversos actores. Estos acercamientos implican a juicio de Guillen *et al* que la participación ciudadana, es la clave para transformar el espacio de lo local en un espacio público y contribuir a crear condiciones para consolidar una gobernabilidad democrática<sup>11</sup>. A diferencia de otras formas de participación, Alarcón considera que la inclusión de la ciudadanía conlleva específicamente a que los habitantes de los barrios y ciudades intervengan en las actividades públicas representando intereses particulares, ejerciéndose en primer término en el ámbito

<sup>6</sup> BAZDRECH, Parada. “Participación social en la educación y política educativa: una relación en construcción”, En: BARBA, Bonifacio; ZORRILLA, Margarita. (coord.) *Innovación social en educación una base para la elaboración de las políticas públicas*. México: Siglo XXI, 2003.

<sup>7</sup> CUNILL, GRAU Nuria. *Participación ciudadana, dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados Latinoamericanos*. Venezuela: CLAD, 1991. p. 22.

<sup>8</sup> VARGAS-CUELLAR, Marco-Iván. *Participación ciudadana en el ejercicio gubernamental local*. San Luis Potosí 1994-2002. México: El Colegio de San Luis, A.C, 2005. p. 43.

<sup>9</sup> IBARRA CORTÉS, Mario Eduardo; MBALLA, Louis Valentin. *Complexité et défis de la gestion des municipalités au Mexique*, Paris: Publibook, 2017. p. 159.

<sup>10</sup> GANUZA FERNÁNDEZ, Ernesto. *Tendencias de la participación ciudadana en Europa y España, España*: Instituto de Estudios Sociales Avanzados de Andalucía, 2006. p. 93.

<sup>11</sup> GUILLEN, André *et al*. “Origen, espacio y niveles de participación ciudadana”. *International Journal of Good Conscience*, v. 1, n. 4, mar. p. 179-193, 2009.

de lo cotidiano y en el espacio local<sup>12</sup>, que es donde se da mayor proximidad entre autoridades y ciudadanos.

### 3 La participación ciudadana en un contexto democrático: entre cauces institucionales y convencionales

Las democracias hoy en día afrontan desafíos importantes. En el ámbito académico, la preocupación por los avatares del régimen democrático ha impulsado la generación de innumerables teorías, estudios y análisis a la busca de los elementos claves capaces de comprender los regímenes políticos. Según Chevallier, la ciudadanía actual se siente progresivamente desvinculada del quehacer político y desaprovechada por las cúpulas de toma de decisiones<sup>13</sup>. La desafección política, la desconfianza, la percepción subjetiva de la ciudadanía hacia la política han hecho emerger ciertas alarmas sobre el futuro de la propia democracia<sup>14</sup>.

En realidad, no se puede hablar de democracia sin la inclusión de la variable de la participación ciudadana. En efecto, si la ciudadanía no participa en el quehacer público, el peor de los escenarios podría ser el deterioro de las instituciones democráticas; por lo cual, la participación ciudadana garantizaría en último término, la defensa de intereses multidimensionales y, consecuentemente, el control de los poderes públicos, la exigencia del cuidado de los derechos y la atención a las necesidades de los ciudadanos. Esta perspectiva permite concebir que el problema de la participación ciudadana es un problema de motivación. Si la gente no participa, es porque no quiere ni tiene voluntad de hacerlo, lo que podría poner en peligro el funcionamiento idóneo de las instituciones<sup>15</sup>. Asimismo, los estudios sobre participación se han orientado precisamente a desentrañar que actitudes individuales o actitudes institucionales podrían motivar una mayor participación.

Ganuzza considera que la participación ciudadana que sigue cauces institucionales “es aquella que se lleva a cabo por individuos que contactan con representantes públicos y colaboran con asociaciones formalmente establecidas”<sup>16</sup>. Este tipo de participación parece mostrar una actitud más marcada por la confianza social y alto interés por la política. En este sentido, es más probable que la ciudadanía esté subjetivamente vinculada a algún partido político y envuelta en una interacción predeterminada con el gobierno.

La participación que sigue cauces no convencionales y que puede caracterizarse por individuos que acuden a una manifestación, que boicotean o dejan de comprar productos por motivos distintos o firman peticiones en campañas públicas, ilustra una actitud ciudadana marcada por los intereses personales. Sin embargo, tales actitudes se apoyan en una desconfianza social y en una frecuencia más significativa de interacción social en el tiempo libre.

Visto así, no se puede rechazar la importancia y la influencia que las actividades no convencionales de participación ciudadana en los gobiernos locales son susceptibles de tener un marcado impacto sobre la dinámica funcional de las entidades federativas en el caso de México. Hay que considerar que estas actividades no convencionales y/o convencionales no son simples actividades participativas, sino que también son principios de los valores democráticos de un gobierno. En definitiva, puede que las actividades convencionales reflejen un mayor vigor democrático, imaginando que dichas actividades se vinculan con variables tales como el interés por la política, la sociabilidad o la confianza social.

<sup>12</sup> ALARCÓN-FLORES, Luis; GÓMEZ SÁNCHEZ, Irey; RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Luis. “Actores y participación ciudadana en el actual escenario sociopolítico”. *Frónesis*, v. 11, n. 3, p. 2-17, 2004.

<sup>13</sup> CHEVALLIER Jacques. « L'État régulateur ». *Revue française d'administration publique*, n. 111, p. 473-482, 2004.

<sup>14</sup> MARDONES, Roberto. “La encrucijada de la democracia chilena: una aproximación conceptual a la desafección política”. *Revista Papel Político*, v. 19, n. 1, p. 39-59, ene./jun. 2014.

<sup>15</sup> CRUZ GONZÁLEZ, Luis David; MBALLA, Louis Valentin. “Mecanismos de participación ciudadana en las políticas públicas en América Latina”. *Revista Políticas Públicas*, v.9, n. 2, p. 2-19, 2017.

<sup>16</sup> GANUZZA FERNÁNDEZ, “¿A qué llamamos participar en democracia? diferencias y similitudes en la forma de participación?”. *Revista internacional de Sociología*, v. LXVI, n. 49, p. 89-113, ene./abr. 2008.



La importancia de las prácticas no convencionales en el escenario democrático no ha pasado desapercibido para administraciones y organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) o para el Comité de Ministros del Consejo Europeo. A la hora de recomendar una profundización democrática, estas instituciones señalan la importancia creciente que tales actividades han adquirido en la vida democrática, indicando que todas esas actividades, pensadas a menudo como la base de la desafección, son precisamente el reflejo de una actitud democrática y crítica respecto a “los procesos de toma de decisiones en la ideación de las políticas públicas”<sup>17</sup>.

En efecto, la participación ciudadana no convencional parece plantear una relación más directa en el quehacer político, lo cual podría ser interpretado “como una crítica a las actividades tradicionales”<sup>18</sup>. Ese comité y varias otras instituciones han ido desarrollando iniciativas que promuevan la emergencia de una práctica entre la ciudadanía no convencional y los gobiernos. Se puede mencionar los casos siguientes: “Mecanismos como los jurados ciudadanos”<sup>19</sup>; “los presupuestos participativos”<sup>20</sup> o las encuestas deliberativas. Estos casos ponen en la mesa de debate, las estructuras de participación articuladas en formas que no requieren una organización previa de la ciudadanía.

Por otra parte, Innerarity considera que no tiene sentido echar en cara a cualquier movimiento de manifestación que carezca de un plan concreto de acción o que no ofrezca alternativas; porque su función es expresar un malestar y llamar la atención sobre algo etc<sup>21</sup>. En las democracias no consolidadas, el incremento de las protestas no es señal de debilidad democrática sino de que aumenta el nivel de exigencia que los ciudadanos plantean a los gobernantes. Este planteamiento significa que la protesta expresiva no le corresponde propiamente una intervención de las autoridades para restaurar el orden público, sino en la misma lógica, “una reflexión para interpretar adecuadamente lo que dicho gesto significa o pone de manifiesto”<sup>22</sup>.

#### 4 Marco contextual de la investigación y la conformación de los comités comunitarios para la participación ciudadana.

En materia de integración territorial, el municipio de Villa de Reyes destaca por una elevada dispersión poblacional; el municipio se integra por 66 localidades, de las cuales 28 tienen menos de 500 habitantes. La cabecera municipal de Villa de Reyes cuenta con la mayor concentración de población con 13,383 habitantes, asentados en cuatro barrios y nueve colonias. Las localidades más importantes son, El Rosario, Laguna de San Vicente, Pardo, Carranco y Bledos. La mayoría de estas localidades cuentan con una población aproximada a los 2,500 habitantes como lo muestra la Tabla 1.

Tabla 2. Localidades según tamaño y distribución de la población

Clave	Nombre	Población	Porcentaje de población municipal
240500001	Villa de reyes	13,383	24.14
240500007	Bledos	2,962	4.59

<sup>17</sup> MBALLA, Louis Valentín. “Los avatares del interés definido en términos de poder en la formulación de las políticas públicas”. *Rev. Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 799-817, 2017.

<sup>18</sup> CRUZ GONZÁLEZ, Luis David; MBALLA, Louis Valentín. “Mecanismos de participación ciudadana en las políticas públicas en América Latina”. *Revista Políticas Públicas*, v.9, n. 2, p. 2-19, 2017.

<sup>19</sup> SINTOMER, Yves; GANUZA FERNÁNDEZ, Ernesto. *Democracia participativa y modernización de los servicios públicos*. París: La Découverte, 2011. p. 24.

<sup>20</sup> GANUZA FERNÁNDEZ, Ernesto; GÓMEZ FORTES, Braulio. *Control político y participación en democracia: los presupuestos participativos*. España: Fundación Alternativas, 2008. p. 24.

<sup>21</sup> INNERARITY, Daniel “La política después de la indignación”. *Claves de Razón Práctica*, n. 218, p. 1-38, dic. 2011.

<sup>22</sup> MBALLA, Louis Valentín. “Vers des fondements de la rationalité complexe pour l’analyse de la politique publique”: les avatars du processus décisionnel”. *Rev. Ciencia Política*, v. 13, n. 26, p. 261-283, 2018.

Clave	Nombre	Población	Porcentaje de población municipal
240500014	Carranco	1,918	4.09
240500025	Laguna de San Vicente	3,520	6.16
240500035	Pardo	3,264	5.34
240500043	El rosario	3,621	7.01
240500058	La Ventanilla	2,961	5.02

Fuente: Plan Municipal de desarrollo 2015-2018.

En el municipio de Villa de Reyes, se han conformado comités comunitarios de obra y un Consejo de Desarrollo Social Municipal (CDSM), para dar cumplimiento a una disposición legal establecida en la Ley de Coordinación Fiscal. En ésta, se menciona como obligación la creación del CDSM para fomentar la participación ciudadana en la hechura de políticas públicas de combate a la pobreza, con recursos del Fondo de Infraestructura Social Municipal. También existen otros lineamientos para la aplicación de la inversión hacia las zonas de atención prioritaria, con grado de marginación social muy alto, alto, medio y bajo. Sobre estas bases, el municipio cuenta con un reglamento del Consejo de Desarrollo Social en el que se establece el mecanismo de su participación para priorizar las políticas públicas que se integran en un documento denominado Plan Operativo Anual, mismo que es propuesto por parte del municipio, elaborado bajo criterios unilaterales que no contienen una racionalidad de marco lógico.

## 5 Del método

Esta investigación es esencialmente de tipo cualitativo. Su nivel de alcance empírico se hace de acuerdo con la disponibilidad de información histórica, mediante un análisis descriptivo del importe de inversión por localidad y tipo de obra, a partir de la creación del Fondo de Infraestructura Social Municipal. Por una parte, los datos se obtuvieron directamente del archivo de concentración en resguardo del Departamento de Desarrollo Social en el Municipio de Villa de Reyes; los reportes se entregaron de manera impresa y posteriormente, se realizó la captura en hoja de cálculo electrónica del programa de computación Excel.

Por otra parte, se aplicó un cuestionario a 60 integrantes del Consejo de Desarrollo Social Municipal (100%), por considerar que ese órgano de participación ciudadana ha conocido la forma en que los integrantes del H. Ayuntamiento en la calidad de Gobierno, implementaron las obras públicas en Villa de Reyes entre 2015 y 2018. El instrumento aplicado se realizó en base al diseño de cuestionario elaborado por parte de la Auditoría Superior de la Federación como parte de un procedimiento de auditoría a la participación social que se formaliza en las entidades que utilizan recursos del Fondo de Infraestructura Social Municipal del Ramo 33 (FISM); solamente se adicionaron preguntas relacionadas con la participación ciudadana.

Asimismo, se tomó una muestra conformada por las 60 personas que forman parte del Consejo de Desarrollo Social Municipal de Villa de Reyes, constituido para el periodo de gobierno municipal del año 2015 al 2018. A continuación, se presentan los resultados de la encuesta realizada a dichos miembros del Consejo de Desarrollo Social Municipal de Villa de Reyes.

## 6 Análisis y discusión de los resultados

Al introducir el análisis de los resultados obtenidos, podemos adelantar que los habitantes de Villa de Reyes tienden a involucrarse por medio de redes informales para realizar crítica a la gestión pública, de acuerdo con una perspectiva personal, sin aportar elementos de juicio de forma conjunta o comunitaria.

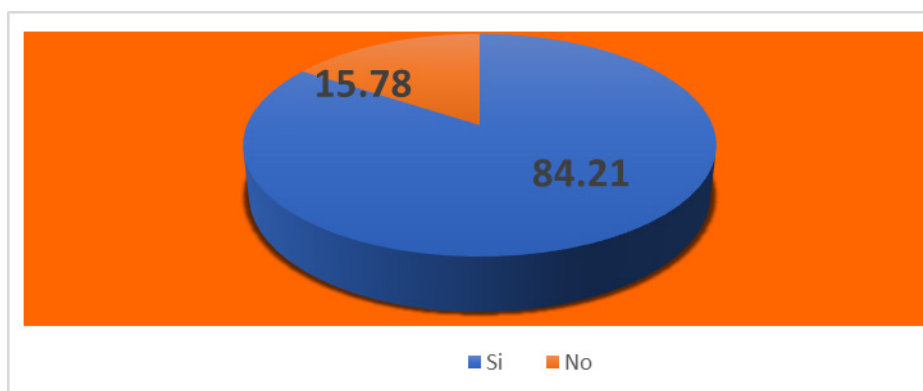
Como lo veremos en las gráficas, el gobierno municipal propicia una relativa participación ciudadana de forma deliberativa en la construcción e implementación de su agenda. Sobresale que el gobierno municipal carece de un sistema de comunicación en donde difunda la información sobre la gestión municipal, para que aporte los elementos que necesitan los ciudadanos para respaldar un criterio fundado en marco jurídico, metodologías técnicas y ética. En apariencia, los elementos mencionados no tienen relación, sin embargo, la conjugación de una variable se relaciona directamente con otra, como el caso de la opacidad de la información, impacta en el nivel de confianza de los ciudadanos hacia el gobierno, y se refleja en la baja participación ciudadana. También una gestión deficiente o altos niveles de corrupción desalientan la colaboración ciudadana en los asuntos públicos.

El efecto final de la combinación de baja participación ciudadana y decisiones centralistas por parte del gobierno municipal, han generado condiciones de desarrollo humano de diferente magnitud, visto desde la perspectiva geográfica o de las condiciones de pobreza; lo que ha significado que en el municipio, existan localidades que no cuentan con servicios públicos elementales como los son agua potable y drenaje; y en contraparte, se han destinado recursos para favorecer a particulares mediante proyectos productivos de vanguardia.

## 6.1 De la conformación del Consejo para la participación ciudadana

La gráfica 1 corresponde a las modalidades de elección de los miembros del Consejo de Desarrollo Social Municipal para el fomento de la participación ciudadana.

Gráfica 1: Elección democrática del consejero



Fuente: Elaboración propia

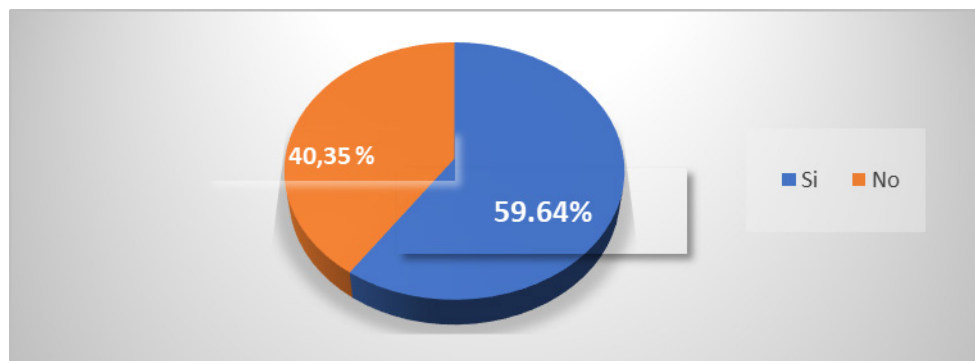
Se le preguntó a los miembros del CDSM si consideraban que su elección como miembro de dicho Consejo se había hecho de forma democrática y con apego al reglamento subsecuente, es decir en asamblea del comité comunitario. Si bien la mayoría de los consejeros (84%) estimaron que ese proceso fue democrático, es curioso ver que casi un 16% pensaron lo contrario. Esto se debe a que algunos consejeros, aun siendo miembros del consejo, no resultaron satisfechos con su puesto. En conversación personalizada con los integrantes del CDSM, nos percatamos de que algunos que aspiraban a ser presidente, al verse relegados a los puestos inferiores, descalificaron todo el proceso electoral.

## 6.2 Proceso de elaboración del Plan Operativo Anual

El Plan Operativo Anual (POA), es una herramienta que sirve para dar un ordenamiento lógico a las acciones que propone realizar el ayuntamiento, para un periodo no mayor de 1 año. Permite optimizar el uso de los recursos financieros disponibles, productos, bienes y servicios, así como el cumplimiento de resultados y metas trazadas por el gobierno local. En este sentido, el POA se convierte en un importantísimo

instrumento de implementación del Plan Municipal de Desarrollo, mismo que está alineado con los ejes rectores del Plan Estatal de Desarrollo y del Plan Nacional de Desarrollo. Es importante indicar que un POA sin recursos financieros, no es más que un listado de buenas ideas e intenciones, que no resolverán ninguna problemática que afecta el desarrollo del municipio. En tal sentido, es importante indicar la relación existente entre la vinculación del POA y el presupuesto en el marco de la gestión por resultados le permite lograr un desarrollo multifacético. Asimismo, la gráfica 2 ilustra la contribución ciudadana en la realización del POA.

Gráfica 2: Elaboración del POA con recursos del FISM



Fuente: Elaboración propia.

Destaca que casi un 60% de los miembros del CDSM de Villa de Reyes reconocieron haber sido consultado para la elaboración del POA. Los rubros en los cuales afirmaron haber sido consultado son los siguientes:

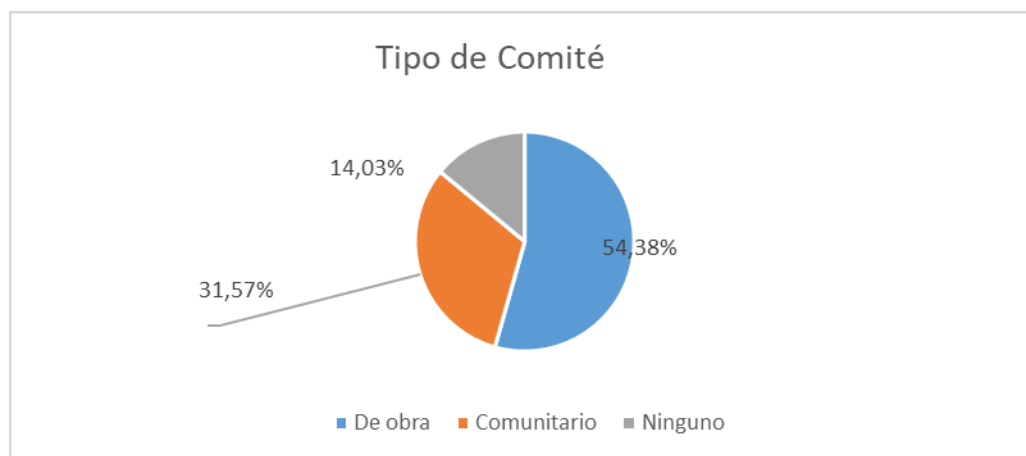
- para proponer una obra en su localidad, con una respuesta favorable del 60% de los encuestados,
- para decidir el tipo de obra, con una respuesta favorable del 60% de los encuestados,
- para priorizar las obras y acciones; de igual manera con una respuesta favorable de del 60% de los encuestados.

Este resultado sin lugar a duda deja en claro la inclusión y participación de la ciudadanía en la planificación de la gestión municipal en materia de realización de las obras que beneficien directamente a los habitantes.

### 6.3 Integración y operación del CDSM

Esta vertiente de la investigación consistió en indagar las modalidades de integración y funcionamiento del CDSM de Villa de Reyes. Una de las cuestiones que se manejó fue el tipo de comités que se establecieron para la participación ciudadana.

Gráfica 3: Tipo de comité.



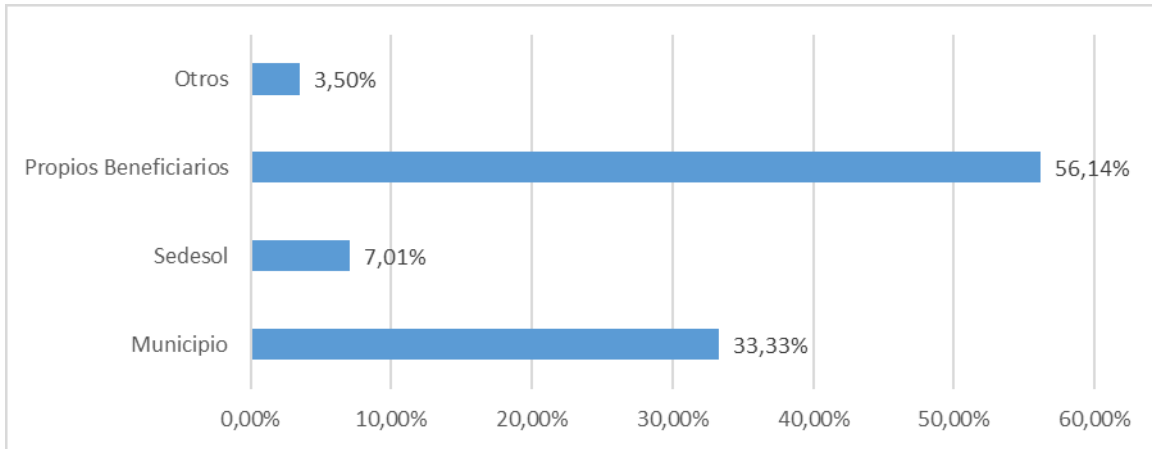
Fuente: Elaboración propia.

Asimismo, como lo indica la gráfica 3, la mayoría de los integrantes del CDSM (55%) consideraron que sus comités eran de obra; el 31%, los visualizaban como comités de tipo comunitario y un 14 % simplemente estimaron que dichos comités no eran de ninguno de esos dos tipos. Cabe recordar que un comité de obra en el municipio de Villa de Reyes puede tener la facultad de proponer las políticas, bases y lineamientos en materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas en su comunidad; asimismo, puede armonizar los supuestos no previstos durante la realización de las obras, sometiendo dicha armonización a consideración del órgano del gobierno municipal correspondiente además de revisar los programas y presupuestos de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, así como formular las observaciones y recomendaciones convenientes.

Por su parte, el Consejo comunitario es simplemente la estructura organizada local (cuadra, localidad, barrio, colonia, ejido, etcétera) y está constituido por residentes de dicho espacio, quienes, por lo general, son electos en forma democrática en asamblea comunitaria. En el caso de que la comunidad ya cuente con una organización formal comunitaria, como son las juntas de colonos o similares, ésta podrá realizar las funciones del Comité Comunitario. Básicamente el Comité Comunitario tiene la facultad de proponer y gestionar ante la autoridad municipal correspondiente, las obras y acciones que la comunidad considere de carácter prioritario. En este sentido, debe analizar y priorizar las necesidades de infraestructura social básica de la localidad, para definir los mecanismos de corresponsabilidad y de coordinación con otras organizaciones sociales.

Después de analizar las respuestas de los encuestados, destaca una discrepancia en la percepción de los ciudadanos sobre el tipo de comités; esta discrepancia se debe a que muchos de ellos, nunca han entendido la diferencia y las funciones reales entre un comité de obra y un comité comunitario. Sin embargo, para efecto de esta investigación, nos queda claro que ambos tipos de comités son herramientas de participación ciudadana.

Gráfica 4: Actores que designaron el Comité.

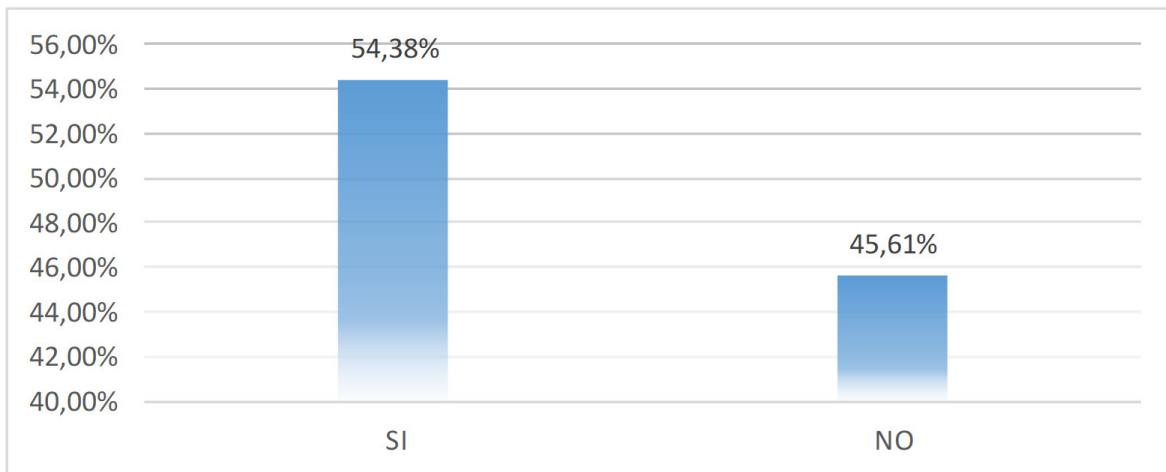


Fuente: Elaboración Propia.

La gráfica 4 establece la modalidad de formalización de los comités. Después de haber identificado que el acto de integración del comité fue presenciado por los representantes del municipio y de la SEDESOL principalmente, los encuestados han ratificado en su mayoría que dicho acto protocolario fue protagonizado por los propios beneficiarios de las obras. Como puede verse en la gráfica 4, más del 56% de los encuestados consideran que fueron los beneficiarios, es decir, los habitantes de cada comunidad, quienes designaron al comité. Este dato es muy importante porque legitima a los comités desde la perspectiva de la participación ciudadana. En efecto, los beneficiarios son los que realmente conocen la realidad endógena de sus respectivas localidades. En el caso preciso de México, Azucena ratifica que son los beneficiarios de las obras públicas a nivel local que conocen las capacidades de unos y otros aspirantes de los comités de desarrollo comunitario<sup>23</sup>. El hecho de que unos u otros encuestados hayan considerado que esa designación fue protagonizada por otros tipos de actores tales como el propio municipio (33%), SEDESOL (7%), grupos de presión (Movimiento Antorchista Nacional y Pueblo Libre entre otros) se debe tal vez a experiencias anteriores; Es decir, según algunos ciudadanos, esos actores de alguna manera han logrado influir en la designación de los miembros de los comités.

Ahora bien, una vez instalado el comité, era fundamental cuestionar su operatividad real como lo indican las gráficas 5 y 6.

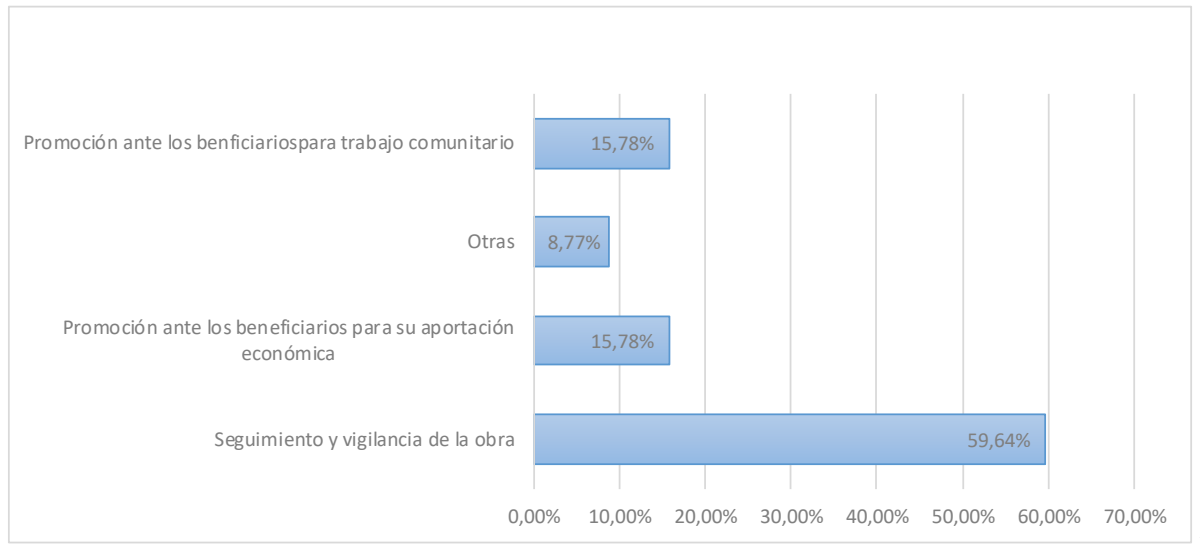
Gráfica 5: Seguimiento y vigilancia de las obras



Fuente: Elaboración Propia.

<sup>23</sup> SERRANO RODRÍGUEZ, Azucena. “La participación ciudadana en México”. *Estudios Políticos*, novena época, n. 34, p. 93-116, 2015.

Gráfica 6. Actividades Realizadas por el Comité.



Fuente: Elaboración propia.

Las dos gráficas 5 y 6 ilustran la dimensión operativa del comité, en materia de vigilancia de las obras realizadas en las diferentes comunidades. El propósito del seguimiento y vigilancia de las obras en este contexto es precisamente el de potencializar la inversión en obra pública, utilizando las mejores prácticas y herramientas para el fortalecimiento del control, inspección y cuidado de las inversiones físicas; tal es el caso de la elaboración de bitácoras, diseñadas para el control y el registro del avance de las obras ejecutadas con recursos del gobierno, asegurando la transparencia en su ejercicio; además de verificar el cumplimiento de la normatividad vigente, exigiendo la mayor calidad en la mano de obra y los materiales usados al costo previsto, con el único objetivo de optimizar el gasto público y realizar las obras en los tiempos convenidos.

Según la gráfica 5, un aproximado de 55% de los encuestados reconocieron que el comité había cumplido con su función operativa de seguimiento y vigilancia de las obras realizadas en sus localidades. Esta actividad se evidenció con la presentación de minutas de las reuniones y bitácoras de esos comités. También hicieron mención de algunos reportes y quejas presentadas para significar su conformidad o inconformidad sobre los procesos de realización de las obras. Un porcentaje menor consideró que no se había hecho de manera correcta esa labor de seguimiento y vigilancia; la razón de ello descansa en que algunas obras habían quedado inconclusas, algunas otras ni se realizaron, etc. Por lo tanto, se especula que, si se hubiese cumplido con rigor esa función, todas las obras hubiesen sido entregadas en tiempo y forma.

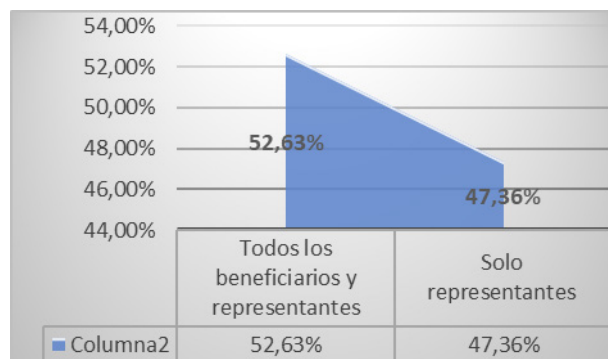
Por su parte, la gráfica 6 es de gran importancia porque nos lleva a conocer cuáles han sido algunas actividades reales de los comités. Según esa gráfica, los comités realizaron actividades de seguimiento, vigilancia y promoción ante la ciudadanía. Un dato muy similar al de la gráfica 5 es que casi 60% de las actividades de los comités fueron orientadas hacia el seguimiento y la vigilancia de las obras. Un dato importante que se agrega a ello es la promoción e impulso ante los beneficiarios de las obras para que contribuyeran en los procesos de desarrollo de sus respectivas localidades. Por ejemplo, hay algunas obras que requieren de una participación comunitaria y efectiva de los ciudadanos o de algún tipo de contribución económica

Una cuestión importante que podemos subrayar aquí es el grado de conocimiento que tenían los miembros de los comités sobre las obras. Por un lado, se les preguntó si habían recibido algún tipo de información sobre las características de las obras, sobre el presupuesto y sobre las metas físicas; por otro lado, sobre los actores que supuestamente les dieron dicha información (municipio, Sedesol). Por lo general y un dato que coincide con el de la gráfica 2, más de 60% afirmaron haber recibido información sobre las características y metas físicas de las obras; de igual manera, el mismo porcentaje afirmó que recibió por parte del municipio la información sobre la planificación presupuestal de las obras. Los demás, que contestaron por la negativa

justificaron su respuesta por su inconformidad general sobre el funcionamiento poco transparente de sus comités.

Es precisamente bajo esa premisa que se hizo la pregunta de saber ¿quiénes habían efectivamente participado en ese proceso y cuál había sido su opinión sobre la realización de las obras?; es decir, si solo fue el comité o si también se contó con la participación tanto del comité como la de todos los beneficiarios de las comunidades. Las gráficas 7 y 8 ilustran la respuesta a esas interrogantes.

Gráfica 7: Participantes activos.



Fuente: Elaboración propia.

Gráfica 8: Opinión sobre la obra.



Fuente: Elaboración propia.

Como lo muestran las gráficas 7 y 8, los encuestados en su mayoría han considerado que la participación ciudadana en Villa de Reyes se logró por la conjunción entre los beneficiarios y los representantes del comité. Sin embargo, el 47% ha afirmado que solo fueron los miembros del comité quienes protagonizaron esa participación ciudadana. A proporciones casi similares, la mayoría de los encuestados han estimado que la obra o las obras se realizaron adecuadamente, mientras que otros pensaron lo contrario por varias de las razones que ya hemos mencionado anteriormente.

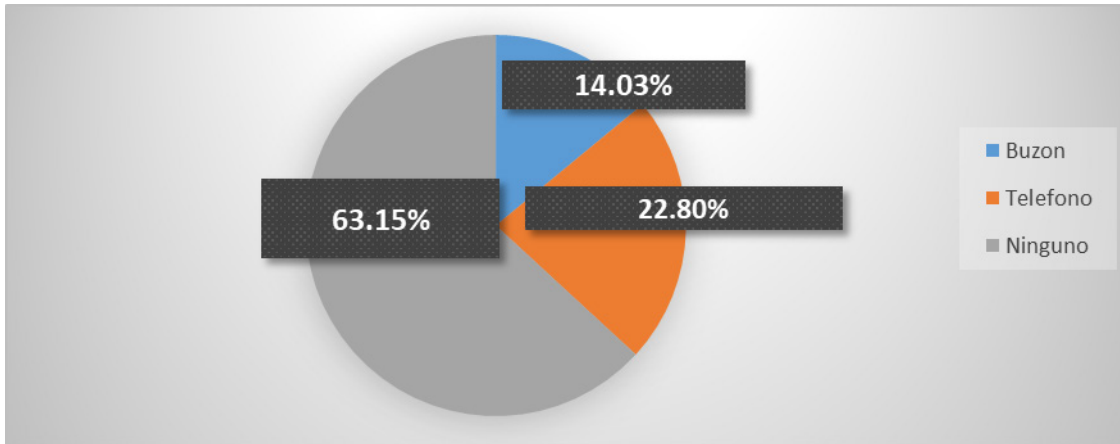
El dato más relevante para el análisis aquí es el porcentaje de los encuestados que han detectado deficiencias en la realización de las obras. En realidad, han considerado que el comité de obra no operó de manera adecuada, al dejar pasar varias inconsistencias en el proceso de realización de las obras. Además, aseguran haber informado a las autoridades del ayuntamiento y de la SEDESOL sobre dichas deficiencias, y cuya respuesta o retroalimentación nunca llegó.

## 6.4 Mecanismos de atención de quejas, denuncias y sugerencias

Como lo vimos en la gráfica 8, una parte considerable de los miembros de los CDSM, han manifestado su inconformidad con respecto a las inconsistencias que se presentaron en los procesos de realización de las obras. Asimismo, se les preguntó a cerca de los mecanismos y canales por los cuales pudieron expresar sus quejas, denuncias y sugerencias, como muestra de participación ciudadana en el desarrollo multidimensional de Villa de Reyes. Su respuesta se puede visualizar en la gráfica 9.



Gráfica 9. Mecanismos de atención de quejas, denuncias y sugerencias.



Fuente: Elaboración propia.

Como puede apreciarse en esa gráfica 9, un 63.15% afirmó no haberse quejado. Este dato con un mínimo de diferencia coincide con el dato de la gráfica 5 en donde la mayoría había estimado que el seguimiento en la realización de las obras se realizó adecuadamente, así como con la gráfica 8 donde un porcentaje similar reconoció que las obras se ejecutaron de forma correcta. Bajo ese supuesto, no había razón por la cual utilizar los medios puestos a su disposición para presentar quejas y denuncias y en su caso sugerencias. Por otra parte, un 36% reconoce haber utilizado el buzón o el teléfono para quejarse sobre las inconsistencias y fallas detectadas en los procesos de realización de las obras.

En realidad, los mecanismos de atención de quejas denuncias y sugerencias como herramientas de participación ciudadana ayudan a atender las áreas de oportunidad de los gobiernos en materia de políticas públicas. Durante décadas, como en muchos otros países con regímenes autoritarios, el gobierno en México se caracterizó por la concentración y centralización del poder, por un presidencialismo en el que se ejercieron facultades constitucionales y por una participación ciudadana acotada<sup>24</sup>. Así como lo plantean Arellano y Blanco, las debilidades del marco normativo e institucional fueron abriendo espacios a la corrupción y a la impunidad en la esfera gubernamental, y terminaron por minar la vigencia del Estado de Derecho, socavando la credibilidad del gobierno y la confianza ciudadana. Del mismo modo, la creciente incapacidad de respuesta de las instituciones frente a la ciudadanía quedaba de manifiesto en trámites y servicios públicos de baja calidad, con presencia de corrupción y mecanismos formales, pero poco efectivos para atender las quejas y denuncias ciudadanas.

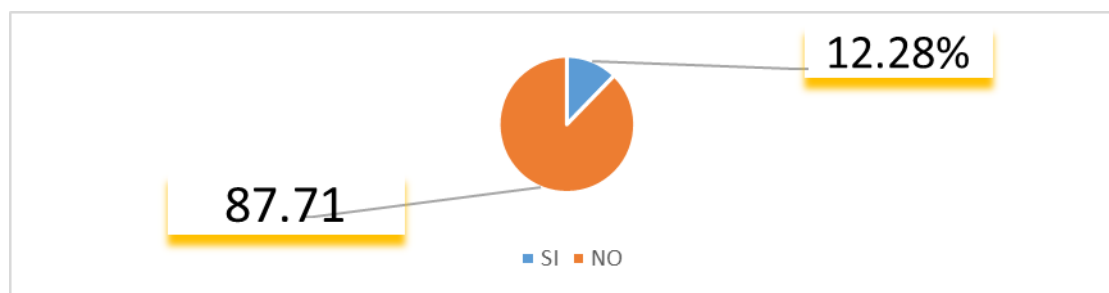
Por lo tanto, no nos ha sorprendido como lo mencionamos en el análisis de las gráficas 7 y 8 que, a pesar de haber presentado quejas y denuncias, los ciudadanos no hayan recibido ninguna respuesta por parte de las autoridades competentes como son el H. Ayuntamiento y la SEDESOL principalmente.

### 6.5 Capacitación de los comités para el cumplimiento de sus funciones

Para mitigar la sospecha de una falta de conocimiento y capacidad institucional de los miembros del consejo, se les cuestionó si habían recibido alguna capacitación para cumplir de forma eficaz y eficiente con sus funciones. La gráfica 10 ilustra la respuesta de los encuestados.

<sup>24</sup> ARELLANO, Gault; BLANCO, Felipe *Políticas públicas y democracia*. México: Instituto Federal Electoral, 2013. p. 13.

Gráfica 10: Capacitación para cumplimiento de las funciones.



Fuente: Elaboración propia.

Como puede apreciarse en esta gráfica 10, casi un 90% de los miembros de los Comités afirman no haber recibido la capacitación requerida para poder ejercer sus funciones. Un dato curioso es el del 12% que afirma haberla recibido. Indagando con respecto a esa situación, nos percatamos de que algunos miembros de los comités por alguna cercanía con las autoridades municipales han considerado esa simple cercanía y contacto permanente como una capacitación. Además, se ha reconocido que las reuniones con las autoridades municipales, principalmente los integrantes de la dirección de desarrollo social han representado un tipo de capacitación; obviamente, la gran mayoría de los miembros no comparte esa versión de los hechos.

Una interrogante relevante en este marco puede ser sobre la necesidad de capacitar a los miembros del CDSM. En realidad, el CDSM tiene entre otras como funciones principales:

- Difundir con claridad en cada localidad, barrio, colonia popular, fraccionamiento, comunidad y ejido, a través de los medios de comunicación escritos y electrónicos, el propósito del Fondo para la Infraestructura Social Municipal y del Fondo para el Fortalecimiento de los Municipios y la aplicación de los recursos.
- Aprobar en asamblea general el programa anual de obras y acciones, por rubros y programas, a más tardar en la primera semana del mes de marzo.
- Verificar que los recursos de obras y acciones refrendados sean aplicados al cumplimiento de lo proyectado.
- Revisar y modificar en su caso el presente Reglamento para regir sus actividades y mejor funcionamiento.
- Vigilar el cumplimiento de la normatividad Federal, Estatal y Municipal, para el control, seguimiento y evaluación de los fondos y programas.
- Gestionar y coordinar los diversos recursos institucionales para la ejecución de los proyectos.
- Promover entre los vecinos la participación social, como instrumento de desarrollo de la comunidad.
- Recibir las propuestas de obras y acciones que planteen las comunidades las cuales deben de ser sustentadas con el acta de asamblea comunitaria, donde se asiente y valide que las obras y acciones correspondientes fueron priorizadas por la mayoría de la población.
- Elaborar los diagnósticos comunitarios que permitan identificar, analizar y priorizar las demandas y necesidades sociales, y convertirlas en propuestas desarrollo.
- Verificar la factibilidad técnica, económica y de impacto de los proyectos.
- Aprobar o rechazar, con base en los criterios que establezcan la normatividad y este Reglamento, las propuestas de obras y acciones a realizar dentro de los Fondos, que presenten los ciudadanos del municipio debidamente organizados.

- Informar a los beneficiarios en un plazo no mayor de treinta días naturales, sobre la aprobación o rechazo de propuestas de obras que se presenten, indicando las causas que originaron la aprobación o rechazo de las mismas.
- Impulsar y convenir la corresponsabilidad y participación directa de las comunidades, mediante la aportación de mano de obra, recursos financieros o materiales de la región.
- Establecer el porcentaje de aportación de la comunidad para las obras y acciones, previo estudio socioeconómico actualizado y aprobado por el Pleno del Consejo;
- Mantener en orden el archivo de la documentación generada tanto de las peticiones de la población como de las asambleas.
- Promover e impulsar a la Contraloría Social.
- Canalizar al Órgano de Control Interno, o al H. Congreso del Estado, las quejas y denuncias, que sobre el manejo de recursos y calidad de la obra presente la población.

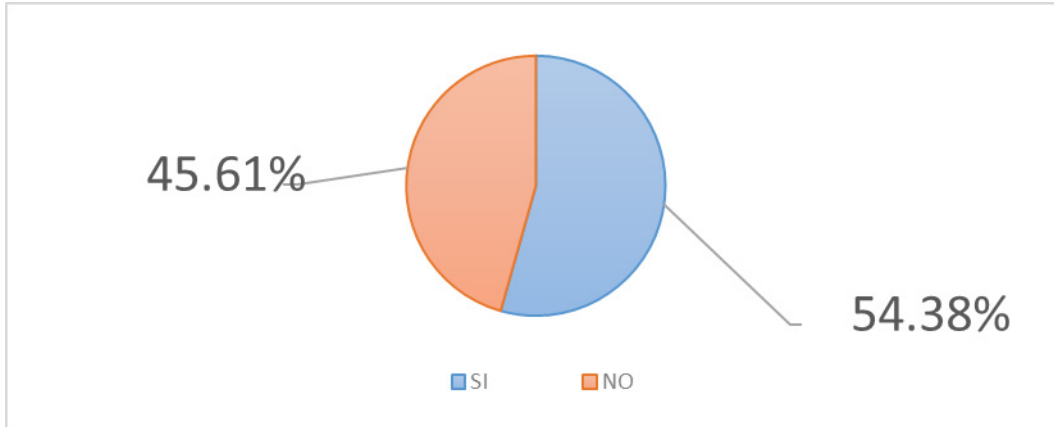
El cumplimiento con esas funciones requiere de conocimiento, mismo que los miembros de los comités pueden adquirir a través de la capacitación. Esta capacitación es de suma importancia por el simple hecho de que gran parte de los miembros de los CDSM son analfabetos y han adquirido gran parte de su conocimiento, por medio de la experiencia concreta con su realidad. Como lo planteamos en el marco teórico, el conocimiento se desarrolla por el aprendizaje; es una herramienta de mejora permanente ya que potencializa las capacidades de cada persona; se transforma en acción por impulso de la motivación; por lo tanto, la necesidad de capacitación de los miembros del CDSM para el cumplimiento de sus funciones es un proceso impostergable para cualquier administración municipal.

## 6.6 Continuidad, transparencia y difusión de los resultados

Una de las funciones principales del CDSM es la de informar a la comunidad beneficiada los avances y logros alcanzados sobre las obras autorizadas por el Ayuntamiento, así como transparentar las especificaciones de cada una de ellas. Una de las cuestiones que salió a la luz en el marco de esta investigación fue el tema de continuidad sobre el ejercicio de las funciones de los miembros del Comité. A ese respecto, gran parte de los encuestados (un 60% aproximativamente) afirmó que el comité había desaparecido después de la realización de las diferentes obras; mientras que un 40% reconoció que el comité siguió trabajando. Esta situación pudo haberse dado por las diferencias que han ido surgiendo entre los propios miembros de los comités, lo cual justifica también la respuesta a la pregunta sobre la transparencia y difusión de los resultados.

En efecto, la transparencia implica la capacidad que tienen los miembros del CDSM para llevar a cabo sus funciones, sin tener nada que ocultar. Eso implica una rendición de cuentas en materia de información, sobre todo, ante los ciudadanos de las diversas comunidades. El resultado de esta interrogante se puede observar en la gráfica 11.

Gráfica 11: El comité informó sobre las actividades realizadas.



Fuente: Elaboración propia.

Como puede observarse en dicha gráfica 11, más del 54% de los miembros reconocen haber informado a las comunidades y autoridades correspondientes sobre los avances, alcances, conclusiones e impactos de las obras realizadas. Ese grupo afirma haberlo hecho a través de minutas y reuniones informativas en las comunidades. Un dato curioso es el del 45% de los miembros que estimaron que no se cumplió con la función de transparencia ante la ciudadanía. Ellos afirmaron que, si bien se realizaron algunas reuniones informativas, no se utilizó la metodología pertinente para que la ciudadanía estuviera integralmente informada sobre los procesos de realización de las obras.

A modo de conclusión sobre este análisis, se aprecia que más allá de los resultados obtenidos, existe una perspectiva de participación ciudadana en los procesos de atención a las necesidades ciudadanas. A primera vista, los motivos que explican la implementación de los presupuestos participativos en villa de Reyes son bastante numerosos. Se presentan como herramientas de trabajo para el gobierno municipal, en su búsqueda de inclusión de la ciudadanía en su quehacer sociopolítico y económico.

En realidad, hacer participar a los ciudadanos en la vida política del ayuntamiento, aunque sólo sea en ciertas dimensiones, constituye por tanto un desafío emblemático, principalmente en tiempos de cambio. El análisis de las respuestas de los protagonistas del CDSM nos han permitido reducir al menos desde la perspectiva cognitiva, la brecha entre la teoría y la práctica.

## 7 Conclusiones

La experiencia de Villa de Reyes que hemos analizado en este artículo muestra una relación de dependencia absoluta entre el gobierno y la sociedad en materia de atención a los problemas públicos mediante el juicio y apreciación de los ciudadanos. Esto que se puede observar y replicar en casi todos los países de América latina, se debe a la existencia y predominio de un juego de intereses que se interpone en esta relación. Es en este sentido que Scopel nos recuerda que “la construcción de políticas públicas exige la responsabilidad y competencia de los gobiernos locales, y que son los resultados de implementación de esas políticas que servirán de barómetro para evaluar”<sup>25</sup> las decisiones de los actores de los gobiernos locales. Por su parte, Aguilar y Lima enfatizan la importancia de la participación ciudadana como modalidad de coparticipación entre ciudadanía y los actores de los gobiernos locales en materia de ejecución de las políticas públicas. Ellos sostienen que “la participación ciudadana puede volverse una herramienta de desarrollo en

<sup>25</sup> SCOPEL VANIN, Fábio. “O município ambientalmente sustentável: a responsabilidade dos governos locais na formulação e implementação de políticas públicas de planejamento da ocupação urbana”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 1, p. 95-114, 2012.

América latina en general y en México en particular, siempre y cuando la variable de ésta sea capitalizada, no solo en términos electorales, sino también en términos de acción participativa en los asuntos públicos”<sup>26</sup>.

Los argumentos vertidos en este artículo nos han permitido concluir que la participación ciudadana recupera la parte pública de la política y permite que se establezca un contrato entre la sociedad y el gobierno, mitigando los escenarios de conflicto, incertidumbres e intereses particulares. En realidad, el caso de estudio de Villa de Reyes nos ha dejado en claro que la inclusión de la ciudadanía es una de las maneras de contar con políticas públicas socialmente relevantes; por lo cual, vincular la participación ciudadana en las fases de ejecución de las políticas públicas, es susceptible de mejorar el desempeño de los representantes políticos para dar paso a mejores soluciones a los problemas públicos.

A final de cuentas, en el marco de esta investigación, se puede concluir que los principales desafíos de la participación ciudadana en Villa de Reyes y en los demás gobiernos locales de Latinoamérica se suscriben entre otras en las cuatro variables siguientes:

a) Los problemas estructurales

La contribución de los ciudadanos en los CDSM implica un importante incremento en el volumen de trabajo de los agentes del propio municipio, lo cual también implica la necesidad de reformular una estructura orgánica que integre un personal capacitado para dar seguimiento puntual al trabajo realizado por los CDSM. Sin embargo, al margen de los problemas de sobrecarga de trabajo que genera, tanto los actores del gobierno municipal, así como los propios ciudadanos encuestados en el marco de esta investigación, han considerado relevantes las dificultades financieras que implican las experiencias de participación ciudadana, las cuales se llevan a cabo de forma muy limitada en tiempo y con recursos humanos no capacitados y económicos insuficientes. Estos problemas estructurales que son una gran área de oportunidad para las siguientes administraciones municipales de Villa de Reyes, indican que las propuestas que emanen de los CDSM, fruto de las opiniones ciudadanas, no pueden llevarse a cabo de forma directa si no se establecen reglas claras de juego en ese intento de inclusión de la ciudadanía en el quehacer del gobierno municipal.

b) La falta de capacidad del ciudadano para participar

Según los representantes, los técnicos y funcionarios del Ayuntamiento de Villa de Reyes, la participación ciudadana se mantiene en niveles muy bajos, por la falta de capacitación de los propios ciudadanos. Desde su punto de vista, los ciudadanos esperan que el gobierno municipal les resuelva todos sus problemas, a veces hasta problemas personales. Al invitarlos a participar en este ejercicio, se les da la oportunidad de protagonizar las soluciones puntuales a los problemas de sus diferentes comunidades; sin embargo, la experiencia en Villa de Reyes ha mostrado que los ciudadanos e incluso varios funcionarios del gobierno municipal, no tienen un concepto global de sus propias necesidades porque solo les preocupan las cosas próximas, es decir, la atención a las necesidades básicas.

c) La instrumentalización y concepción de la participación como un espacio no reivindicativo

Este desafío se refiere a que los problemas que pueden surgir durante la implementación de las experiencias de participación como lo vimos con los CDSM, pueden tener dos consecuencias: por un lado, ese fenómeno puede convertirse en un medio que usa el gobierno municipal para manipular a la ciudadanía, haciéndoles creer que son partícipes del ejercicio del poder. Por otro lado, puede convertirse en un medio de reivindicación sin bases cognitivas sólidas por parte de la ciudadanía. El área de oportunidad aquí es precisamente reducir la brecha entre la retórica del gobierno municipal y las realizaciones concretas; este punto de inflexión no debe por ningún motivo resultar del “cortoplacismo”, entendido como desviación metodológica que empuja a querer obtener resultados de forma inmediata, sin entender que la gravedad y la complejidad de los problemas públicos como lo es la pobreza, requieren para su erradicación, intervenciones y visiones de corto, mediano y largo plazo para poder vincular el discurso de los actores de toma de decisiones con los resultados concretos en ese ámbito.

d) La reglamentación de la participación

<sup>26</sup> AGUILAR, Astorga; LIMA, Facio. “¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?”. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, n. 1, p. 1-15, sep. 2009.

En el caso de Villa de Reyes, la participación ciudadana institucionalizada se ha iniciado con la conformación del Consejo de Desarrollo Social Municipal; la redacción del reglamento subyacente a esta conformación establece las técnicas de participación, instaurando, por tanto, las formas en que los ciudadanos pueden hacer llegar su voz a las autoridades. No obstante, parece que el hecho de que la participación deba ajustarse a lo establecido en el reglamento suponga un importante problema para los ciudadanos; según han manifestado algunos funcionarios del Ayuntamiento de Villa de Reyes, los ciudadanos quieren saltarse formalidades y no se ciñen al reglamento a lo hora de reportar las inconsistencias observadas en la realización de las diferentes obras.

En fin, a través de esta esta investigación, nos hemos percatado que las políticas públicas tienen la potencialidad de resolver problemas concretos, de promover la integración social y de cristalizar el camino hacia el desarrollo. Al incluir a los ciudadanos en las diferentes fases de ejecución o implementación de las políticas públicas, como lo vimos con el caso de los CDSM, coincidimos con el postulado Ruiz y Cadénas al considerar que ello “permite que la sociedad viaje en el mismo avión que el gobierno”<sup>27</sup>. En este postulado, Ruiz y Cadénas hacen referencia a las políticas públicas son herramientas de equidad y modelos de redistribución de los bienes y recursos del Estado hacia todos los sectores sociopolíticos, económicos, culturales, educativos, públicos y privados.

Capitalizar y consolidar la relación entre el gobierno y la ciudadanía a través de los mecanismos de participación ciudadana, implica imperativamente la construcción de alianzas y coparticipaciones entre el gobierno (sector público) y los demás actores que participen en el ciclo de las políticas públicas, a fin de que cada uno, pueda aportar lo que le corresponda a las soluciones integrales de los problemas públicos. Es una perspectiva de contrato social que funde un orden social y que atiende las carencias y necesidades multidimensionales del pueblo. Es entonces momento de comprender que más allá de los interminables debates teórico-conceptuales e ideologías vigentes sobre la participación ciudadana y sus derivados, al final del día, su éxito depende de las capacidades y las voluntades de quienes las diseñan y las llevan a cabo. A pesar de que las políticas públicas de participación ciudadana sean hechas de conceptos y palabras, siempre hay que saber que detrás de las palabras están las voluntades de las personas que las pronuncian. Es solamente a través de soluciones integrales a los problemas públicos que se pueden dar un reencuentro y una reconciliación entre la ciudadanía y el gobierno.

## Fuentes

AGUILAR, Astorga; LIMA, Facio. “¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?”. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, n. 1, p. 1-15, sep. 2009.

ALARCÓN-FLORES, Luis; GÓMEZ SÁNCHEZ, Irey; RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Luis. “Actores y participación ciudadana en el actual escenario sociopolítico”. *Frónesis*, v. 11, n. 3, p. 2-15, 2004.

ARELLANO, Gault; BLANCO, Felipe *Políticas públicas y democracia*. México: Instituto Federal Electoral, 2013.

BAZDRECH, Parada. “Participación social en la educación y política educativa: una relación en construcción”, En: BARBA, Bonifacio; ZORRILLA, Margarita. (coord.) *Innovación social en educación una base para la elaboración de las políticas públicas*. México: Siglo XXI, 2003.

CABRERO, Enrique. *La acción pública en municipios urbanos: Una propuesta de marco teórico para su estudio*. México: CIDE, 2011.

CANTO CHAC, Manuel. *Participación ciudadana en las políticas públicas*. México: Siglo XXI, 2011.

<sup>27</sup> RUIZ-LÓPEZ, Domingo; CADÉNAS-AYALA, Carlos. “¿Qué es una política pública?”, *Revista Jurídica*, n. 2, p. 2-27, 2011.

- CHEVALLIER Jacques. « L'État régulateur ». *Revue française d'administration publique*, n. 111, p. 473-482, 2004.
- CORDOURIER-REAL, Carlos Román, "Participación ciudadana e instituciones: un análisis desde la teoría democrática de Robert A. Dahl". *Estudios Sociológicos*, v. 33, n. 99, p. 579-605, 2015.
- CÓRDOVA, Jaimes Edgar; ÁVILA HERNÁNDEZ, Flor. "Democracia y Participación ciudadana en los procesos de la Administración Pública". *Revista Opción*, año 33, n. 82, p. 134-159, 2017.
- CRUZ GONZÁLEZ, Luis David; MBALLA, Louis Valentin. "Mecanismos de participación ciudadana en las políticas públicas en América Latina". *Revista Políticas Públicas*, v.9, n. 2, p. 2-19, 2017.
- CUNILL, GRAU Nuria. *Participación ciudadana, dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados Latinoamericanos*. Venezuela: CLAD, 1991.
- GANUZA FERNÁNDEZ, Ernesto; GÓMEZ FORTES, Braulio. *Control político y participación en democracia: los presupuestos participativos*. España: Fundación Alternativas, 2008.
- GUILLEN, André *et al.* "Origen, espacio y niveles de participación ciudadana". *International Journal of Good Conscience*, v. 1, n. 4, mar. p. 179-193, 2009.
- IBARRA CORTÉS, Mario Eduardo; MBALLA, Louis Valentin. *Complexité et défis de la gestion des municipalités au Mexique*, Paris: Publibook, 2017.
- INNERARITY, Daniel "La política después de la indignación". *Claves de Razón Práctica*, n. 218, p. 1-38, dic. 2011.
- MARDONES, Roberto. "La encrucijada de la democracia chilena: una aproximación conceptual a la desafección política". *Revista Papel Político*, v. 19, n. 1, p. 39-59, ene./jun. 2014.
- MBALLA, Louis Valentin. "Vers des fondements de la rationalité complexe pour l'analyse de la politique publique": les avatars du processus décisionnel". *Rev. Ciencia Política*, v. 13, n. 26, p. 261-283, 2018.
- MBALLA, Louis Valentin. "Los avatares del interés definido en términos de poder en la formulación de las políticas públicas". *Rev. Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 799-817, 2017.
- MERINO, Mauricio. *Políticas públicas: Ensayo sobre la intervención del Estado en la solución de problemas públicos*. México: CIDE, 2013.
- RAMÍREZ, Viveros. *Modelos de participación ciudadana. Una propuesta integradora*. Madrid: Universidad Carlos III, 2015.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Juan, "La participación ciudadana como instrumento del gobierno abierto". *Espacios Públicos*, v. 18, n. 43, p. 51-73, 2015.
- SCOPEL VANIN, Fábio. "O município ambientalmente sustentável: a responsabilidade dos governos locais na formulação e implementação de políticas públicas de planejamento da ocupação urbana". *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 1, p. 95-114, 2012.
- SERRANO RODRÍGUEZ, Azucena. "La participación ciudadana en México". *Estudios Políticos*, novena época, n. 34, p. 93-116, 2015.
- SINTOMER, Yves; GANUZA FERNÁNDEZ, Ernesto. *Democracia participativa y modernización de los servicios públicos*. Paris: La Découverte, 2011.
- SOL, Arriaza. *El desafío de la participación ciudadana en el Estado democrático de derecho: avances y retos de la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, en espacios institucionales de los Estados centroamericanos*. Costa Rica: FLACSO, 2012.
- VARGAS-CUELLAR, Marco-Iván. *Participación ciudadana en el ejercicio gubernamental local*. San Luis Potosí 1994-2002. México: El Colegio de San Luis, A.C, 2005.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Paternalismo libertário e políticas públicas:** intervenção e transparência

**Libertarian paternalism and public policies:** intervention and transparency

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Victor Hugo Domingues



# Paternalismo libertário e políticas públicas: intervenção e transparência

## Libertarian paternalism and public policies: intervention and transparency

Marcia Carla Pereira Ribeiro\*\*

Victor Hugo Domingues\*\*\*

### Resumo

O objetivo do artigo é apresentar o conjunto de pressupostos do Paternalismo Libertário, discutir suas limitações e avaliar a sua condição de marco teórico no âmbito das políticas públicas comportamentais. O método dedutivo descritivo foi aplicado a partir das primeiras ideias de Paternalismo Clássico, para formar a conclusão sobre sua aplicação geral no contexto das políticas públicas. Passo seguinte, foram apresentadas as justificativas para tornar o paternalismo libertário um discurso prioritariamente governamental. Na busca pelos resultados pretendidos, foi imprescindível recorrer à desconstrução do primado da racionalidade econômica, ou seja, admitir o pressuposto de que as preferências individuais nem sempre conduzem as pessoas à melhoria das próprias condições de bem-estar material. Em conclusão, a contribuição do artigo está na demonstração de que o Paternalismo Libertário pode se mostrar uma importante ferramenta para o formulador de políticas públicas, desde que sejam estabelecidos, de forma clara, os limites da opção interventiva e os instrumentos de transparência que permitam ao jurisdicionado ter a percepção de que seu comportamento está sendo orientado em razão de determinada política pública. Espera-se que o presente trabalho possa auxiliar o debate científico nacional sobre a temática, especialmente por reunir, a um mesmo propósito, três ciências humanas de fundamental importância, relativamente à busca pelo bem-estar individual e social: o Direito, a Economia e a Psicologia.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas. Paternalismo. Direito. Liberdades.

### Abstract

The article states the set of assumptions of Libertarian Paternalism, to discuss its theoretical limitations, and to evaluate its condition as a theoretical benchmark and element of public behavioral politics. The descriptive deductive approach was applied starting from the initial thoughts of Libertarian Paternalism, to form the conclusion about its general application in the public policies field. Therefore, justifications were presented to make libertarian paternalism a priority government discourse. This was only possible by deconstructing the primacy of economic rationality, that is, recognizing that individual preferences do not always lead people to improve their own

\* Recebido em 24/02/2020

Aprovado em 05/05/2020

\*\* Mestre e Doutora em Direito pela UFPR. Professorar Titular da PUCPR e Associada da UFPR. Pós-Doutoramento pela EDESP/FG-VSP, Universidade de Lisboa e Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Pesquisadora de Produtividade da Fundação Araucária. Pesquisa realizada com apoio da Fundação Araucária e da CAPES/PROEX. E-mail: marcia.ribeiro@pucpr.br

\*\*\* Mestre pela Universidade de Lisboa e Doutor pela PUCPR. Secretário Municipal em Balneário Camboriú/SC. Professor de Direito. E-mail: victorhugodom@gmail.com

conditions of material well-being. The article aims to demonstrate that Libertarian Paternalism can prove to be an important tool for the public policy maker, as long as considered the limits of the intervention option and the transparency instruments that enable citizens to understand that their behavior is being oriented by a determined public policy. In the end, it is expected that the present work will start a new stage in the national scientific debate, especially because three human sciences of fundamental importance, Law, Economics and Psychology, are united for the same purpose.

**Keywords:** Public Policies. Paternalism. Law. Freedom.

## 1 Introdução

A Economia Comportamental é um ramo da Economia que tem provocado grande impacto em relação à análise da adoção de políticas públicas e de seus efeitos. Os estudos mais modernos informam que mais de uma centena de países já adotaram, ou estão em vias de adotar, instrumentos de Economia Comportamental para alcançar metas e objetivos programáticos em suas principais políticas públicas. Do combate às doenças sexualmente transmissíveis, passando pela conscientização dos riscos da má alimentação e obesidade, até questões de prevenção ao suicídio, muitos incentivos neurocognitivos são objetos de estudos quanto à abrangência do denominado Paternalismo e seus mais variados aspectos.

O Paternalismo Libertário é uma corrente teórica surgida no seio da *Behavioral Law and Economics* e figura como arcabouço teórico e justificativa argumentativa para a adoção de mecanismos de Economia Comportamental, voltados especialmente para o desenho de políticas públicas.

Todavia, se, de um lado, o Paternalismo, assim como as leis voltadas à implementação de políticas públicas atuam no campo do incentivo a determinadas condutas, consideradas de interesse geral, o Paternalismo não opera pela coerção, típica atribuição normativa, assim como pode não estar associado a um processo de tramitação legislativa que permita a exata compreensão de sua natureza de ferramenta de estímulo a determinadas condutas. Tais características precisam ser debatidas de forma a que não sejam ultrapassados os limites da ação interventiva desejável e preservada a liberdade do jurisdicionado.

Diante desse quadro e da expansão da Economia Comportamental, a ideia central do artigo é identificar o roteiro de acolhimento das proposições do Paternalismo Libertário no âmbito da formulação de Políticas Públicas Comportamentais.

Na primeira metade da década de setenta do século passado, surgiram os primeiros contornos do Paternalismo Libertário, ainda com o nome de legalismo paternalista. Havia, então, uma diferença fundamental para o Paternalismo Libertário atual, que faz uso de incentivos cognitivos comportamentais para influenciar as preferências individuais. Essa questão será trazida no primeiro terço do artigo.

Num segundo momento, pretende-se ampliar o debate que culminou na adoção do Paternalismo Libertário por parte do planejador central. Busca-se apresentar a diferenciação entre o Paternalismo Forte, de intervenção coercitiva, e o Paternalismo Fraco.

O último terço da pesquisa trata do conjunto teórico do Paternalismo Libertário com base na avaliação de seus efeitos na formação da preferência das pessoas, especialmente pela possibilidade de manipulação do enquadramento prévio das opções, o que levanta questionamentos das mais diversas naturezas, como, por exemplo, em relação à limitação da autonomia individual e à restrição do livre arbítrio das próprias razões em face do planejador central e das políticas públicas.

## 2 Paternalismo libertário: conceito, justificativa e aplicação

Entende-se por Paternalismo Libertário a iniciativa das instituições públicas no sentido de orientar os comportamentos individuais, mediante a aplicação de instrumentos da psicologia comportamental<sup>1</sup>. Como premissa teórica fundamental, o Paternalismo Libertário pressupõe que as liberdades de escolha nas sociedades liberais não induzem — de maneira automática — os indivíduos ao acréscimo de suas condições materiais, uma vez que os agentes são sequencialmente traídos por uma série de condicionantes que não confirmam a Teoria da Racionalidade do agente econômico<sup>2</sup>. Objetivamente, significa reconhecer que as pessoas não escolhem corretamente quando submetidas a determinadas condições porque sucumbem às operações mentais obscuras (vieses).

Muitos exemplos descrevem as más escolhas individuais que redundam em redução do bem-estar social, tais como os maus hábitos alimentares que causam doenças, a ausência de poupança previdenciária, os acidentes de trânsito causados por excesso de confiança etc. Mesmo as operações mentais de ponderação de custos e benefícios (“preto no branco”), sobretudo em estágio de comparação — o que se dá no âmbito das hipóteses de opção —, podem estar prejudicadas por fatores externos ou internos de complexa implicação psicológica<sup>3</sup>.

A liberdade de escolha pode, muitas vezes, significar retrocesso socioeconômico, seja para o titular da escolha malsucedida, seja pela somatória das ações individuais que resultam na diminuição do bem-estar social. Os primeiros contornos acerca do legalismo paternalista têm origem no artigo de Feinberg<sup>4</sup>, que assentou os parâmetros para o surgimento do Paternalismo Libertário. Feinberg afirmava que o legalismo paternalista se pautava pela vocação pública de defender as pessoas de si mesmas, de se autoinfligirem danos não intencionais, especialmente quando parcialmente desinformadas das consequências das suas escolhas<sup>5</sup>.

Anos adiante, já na virada da década de 90 do século passado, o Paternalismo Libertário acolheu os mecanismos da Economia Comportamental para sedimentar suas propostas de promoção do bem-estar social. A partir de então, o Estado, por meio do desenho dos incentivos, passava a ser visto como um agente capaz de influenciar, por meio de políticas públicas, as preferências pessoais, manipulando a própria disposição do programa político com vistas ao alcance das metas estabelecidas. O Paternalismo Libertário escora sua premissa fundamental “no fato de que, em muitos casos, as pessoas não possuem preferências claras, estáveis ou ordenadas”<sup>6</sup>, razão pela qual o Estado pode intervir para melhorar o processo das escolhas individuais. Em uma apertada síntese, poder-se-ia afirmar que o Paternalismo Libertário é uma modalidade de regulação que visa a diminuir erros de avaliação e autoenganos, para que o indivíduo tome a decisão menos prejudicial aos seus legítimos interesses.

O auxílio ou a intervenção governamental representa, portanto, uma ampliação na rede de benefícios marginais, que de outra forma não estariam disponíveis ao indivíduo em condições ditas normais — em que o sujeito é suscetível a erros e equívocos no momento das escolhas econômicas. Diferentemente das abordagens tradicionais de regulação social — baseadas na formulação de modelos abstratos que descrevem analiticamente o comportamento que se pretende obter dos agentes econômicos —, o Paternalismo Libertário propõe esclarecer, sugerir, orientar ou mesmo influenciar as escolhas mediante aplicação de programações neurocognitivas que possam substituir algumas das políticas públicas tradicionalmente impostas por meio de normas. O pano de fundo é o incremento do bem-estar social, promovido pelo próprio indivíduo

<sup>1</sup> THALER, Richard H. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York: Norton & Company, 2015. p. 323.

<sup>2</sup> SBICCA, Adriana. Heurísticas no estado das decisões econômicas. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 44, n. 3, jul. 2014. p. 580.

<sup>3</sup> TANGERINO, Davi de Paiva Costa; CABRAL, Gabriel; OLIVE, Henrique. Políticas públicas em suicídio: do paternalismo clássico ao paternalismo libertário e nudging. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018. p. 328.

<sup>4</sup> FEINBERG, Joel. Legal paternalism. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 1, n. 1, p. 105-124, jan. 1971. p. 106.

<sup>5</sup> FEINBERG, Joel. Legal paternalism. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 1, n. 1, p. 105-124, jan. 1971. p. 107.

<sup>6</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. *Civillistica.com: Revista eletrônica de direito civil*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. p. 3.

que, em um ambiente de incertezas (assimetria de informações, vieses e heurísticas) não teria condições de tomar a melhor decisão para si próprio. Por essa razão, o Estado regulador busca eliminar vieses da escolha e condicionar as alternativas aos padrões previamente estabelecidos. O Paternalismo Libertário protege os indivíduos dos seus próprios equívocos.

Mediante a incorporação da Economia Comportamental, em seu sistema de proposições, o Paternalismo Libertário eliminou parcela significativa das objeções levantadas por seus críticos libertários. Isso se deu porque o paternalismo de outrora, rejeitado pela teoria liberal clássica, determinava de forma coercitiva e unilateral as condutas sociais. A partir da adoção das ferramentas de Economia Comportamental, as políticas públicas desenvolvidas com base em mecanismos neurolinguísticos permitiu ampliar o enquadramento das melhores opções, sem prejuízo de qualquer opção, preservando, assim, certo grau de liberdade de escolha<sup>7</sup>, já que o indivíduo não será sancionado pela não adoção da prática estimulada pelo Poder Público.

As propostas do Paternalismo Libertário são relativamente novas<sup>8</sup>. O Paternalismo Libertário buscou se afastar da noção clássica de paternalismo, em que o chamado planejador central possuía uma interferência muito mais incisiva na forma de disciplinar comportamentos considerados indesejados. Veja-se, por exemplo, políticas de obrigatoriedade do uso de capacetes e cintos de segurança. Nesses modelos, comportamentos considerados nocivos são tolhidos por meio de coerção e proibição de natureza paternalista. Por outro lado, e diferentemente do paternalismo tradicional (proibitivo), os planejadores centrais têm feito uso de mecanismos marcados por maior sutileza. No lugar da proibição, dá-se ênfase às possibilidades de guiar, orientar e influenciar.

Nesse sentido, as diversas formas de paternalismo podem ser caracterizadas quanto ao sujeito titular da ação<sup>9</sup>. A primeira forma de paternalismo é o (i) paternalismo legítimo, cujo objeto de influência são os sujeitos incapazes, ou seja, aqueles que, por qualquer razão, não reúnem condições de exprimir sua vontade<sup>10</sup>. A segunda categoria se refere ao (ii) paternalismo interpessoal horizontal. Essa forma de paternalismo interpessoal envolve pessoas que gozam de uma mesma capacidade de influência recíproca. Por exemplo, um indivíduo que induz outro indivíduo a parar de fumar<sup>11</sup>. A terceira categoria de paternalismo (iii) refere-se ao aspecto hierárquico e funcional (relação patrão/empregado ou consultor especialista/consulente)<sup>12</sup>. Um exemplo característico dessa modalidade de paternalismo pode ser observado na relação médico/paciente, decorrente da assimetria de informações que os leigos demonstram acerca dos conhecimentos técnicos<sup>13</sup>. Encerram as categorias de paternalismo o (iv) paternalismo institucional, promovido especialmente por igrejas, universidades e associações voluntárias, e, por último, (v) o paternalismo governamental.

O Paternalismo Governamental diz respeito a regras de Direito Público, tem natureza de ato governamental, porquanto patrocinado pelo Estado regulador, tendo por fundamento a implementação de uma política pública. Sua característica principal é a jurismatividade. O Estado é legitimado a propor estímulos ou vedações a determinado comportamento social, seja ele reprovável ou não.

Essa forma tradicional de compreender as funções do Estado, bem como a sujeição do indivíduo aos seus desígnios, tem forte tradição ocidental. Mesmo para Nozick, autor ultraliberal, essa forma de associação

<sup>7</sup> COELHO, Mariana Carvalho Victor; AYALA, Patryck de Araujo. Paternalismo libertário e proteção jurídica do ambiente: por que proteger o ambiente também deve ser proteger as liberdades? *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018. p. 416.

<sup>8</sup> Desde 2010 o Governo Britânico faz parte da comissão especialmente dedicada para elaborar políticas públicas comportamentais, denominado The Behavioral Insights Team (BIT).

<sup>9</sup> MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n. 3, dez. 2015. p. 610.

<sup>10</sup> MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n. 3, dez. 2015. p. 610.

<sup>11</sup> MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n. 3, dez. 2015. p. 610.

<sup>12</sup> MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n. 3, dez. 2015. p. 611.

<sup>13</sup> BEIER, Mônica; IANNOTTI, Giovano de Castro. O paternalismo e o juramento hipocrático. *Revista Brasileira de Saúde Mater. Infant.*, Recife, v. 10, supl. 2, dez. 2010. p. 283.

de proteção dominante, que resulta na ideia original de Estado — bem como suas funções monopolistas e redistributivas de justiça e força —, não violaria direitos individuais<sup>14</sup>. A passagem de um estado de natureza para uma regulação mínima é, segundo o autor, moralmente legítima e indispensável<sup>15</sup>. Entretanto, os estágios da intervenção do Estado no domínio privado, por meio de políticas públicas, se modificaram de tal forma, ao longo do tempo, que a origem liberal que fundou as bases do Estado moderno há muito tempo avançou para além da proteção objetiva das liberdades individuais clássicas<sup>16</sup>.

Por outro lado, aqueles que incentivam a adoção da Economia Comportamental como instrumento de orientação de Políticas Públicas também questionam os limites e modos desse método de intervenção. Alguns autores têm ressaltado o risco da abertura de precedentes não libertários e a crescente expansão do Estado para dentro das mais diversas áreas das relações humanas<sup>17</sup>, o que pode ser contraposto, em determinadas situações, às liberdades individuais e aos ideais de transparência.

Planejadores são confrontados com a opção de influenciar ou não os comportamentos humanos em diversas áreas de atividade. Iniciativas das mais criativas são elaboradas para alcançar as metas programáticas definidas em políticas públicas. O governo britânico, por exemplo, fez uso de mecanismos de incentivo para estimular os contribuintes a entregarem de forma adiantada suas declarações de ajuste de Imposto de Renda. O núcleo britânico de pesquisa comportamental comunicou formalmente aos contribuintes que seus vizinhos haviam se antecipado em suas declarações e receberiam suas restituições antecipadamente<sup>18</sup>.

Por outro lado, existem questões que envolvem alto grau de intervenção e, além de serem faticamente irreversíveis, podem violar, em alguma medida, o Princípio da Não Intervenção e da Autonomia das próprias razões. A política de presunção de doação (*opt-in/opt-out*) de órgãos e tecidos com a morte cerebral é um exemplo dessa modalidade de política pública comportamental. Com a finalidade de aumentar o número de doações, governos presumem que as pessoas são doadoras inatas<sup>19</sup>, e que qualquer oposição à doação de órgãos e tecidos deve ser expressa<sup>20</sup>. Portanto, a política pública de doação, nesse caso, considerou o impacto do viés de *status quo* das pessoas. Apostou-se na condição inercial que os indivíduos apresentam ao se deparar com a necessidade de formular uma declaração expressa de não doador.

Estímulos dessa natureza, nesse caso, suscitam questionamentos éticos acerca da disposição autônoma do próprio corpo. A informação médica em tratamentos de alta complexidade e risco de morte, bem como o consentimento do paciente, diante do enquadramento noticioso, também são exemplos desse rol de questões complexas e difícil gerenciamento regulatório. Daí exsurge, diante do propósito do artigo de relacionar Paternalismo Libertário, políticas públicas, liberdade e transparência, a necessidade de se realizar um segundo recorte metodológico quanto à classificação do paternalismo, agora em relação ao grau de intervenção.

<sup>14</sup> NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 145.

<sup>15</sup> NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 145.

<sup>16</sup> MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2011. p. 50.

<sup>17</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. *Civiltica.com*: Revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. p. 9.

<sup>18</sup> ROBB, Gray. To nudge or not to nudge? *HR Magazine*, dez. 2017. Disponível em: <http://www.hrmagazine.co.uk/article-details/to-nudge-or-not-to-nudge>. Acesso em: 28 mar. 2018.

<sup>19</sup> Existem estudos que apontam uma correlação significativa entre a adoção de um sistema de doação presumida (*opt-out*) e o aumento de doação de órgãos e tecidos (RITHALIA, A.; MCDAID, C.; SUEKARRAN, S.; MYERS, L.; SOWDEN, A. Impact of presumed consent for organ donation on donation rates: a systematic review. *BMJ*, v. 338, a3162, jan. 2009).

<sup>20</sup> A história da regulamentação da doação de órgãos e tecidos no Brasil é marcada por alterações significativas. A Lei n.º 4.280/63, primeira a tratar da temática, previa duas formas de consentimento para extração de órgãos e tecidos, autorização em vida por escrito do doador ou do cônjuge e parentes na falta deste. A Lei n.º 5.479/68 revogou a autorização familiar e deu ênfase à autorização do doador. Já em período de redemocratização, foi promulgada a Lei n.º 8.489/92 sem significativas alterações, pois exigia o consentimento expresso do doador manifestado em vida. Porém, diante de um quadro de aumento da demanda por doações, sobreveio a Lei n.º 9.434/97, que previa no seu artigo 4º a presunção de autorização para doação post mortem (“*opt-out*”), salvo manifestação em contrário do doador ou da família. Diante de significativas manifestações em contrário, o dispositivo que regulamentava a doação de órgãos foi novamente alterado mediante conversão em lei da Medida Provisória 2.083/2001, Lei n.º 10.211/2001, que exigiu somente a autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau.

## 2.1 Paternalismo Forte e Fraco

Entende-se por Paternalismo Forte a restrição normativa das liberdades de comportamento de uma pessoa capaz. Essas intervenções se fazem no sentido de proteger o indivíduo de comportamentos nocivos para si e para terceiros. São exemplos dessa modalidade de regulamentação a obrigatoriedade do uso de capacetes para proteção de motociclistas<sup>21</sup>, algumas políticas antitabagistas<sup>22</sup> e os programas de retenção obrigatória ao fundo previdenciário geral<sup>23</sup>. Característica fundamental do Paternalismo Forte é a ingerência coercitiva no âmbito da autonomia individual<sup>24</sup>. No Paternalismo Forte, há previsão normativa de restrição expressa e ostensiva quanto ao comportamento que se pretende regular. Não existem, portanto, opções acessíveis ao destinatário da norma. Entretanto, o efeito dissuasório de regras coercitivas pode coexistir com mecanismos de incentivos, por meio do manejo de instrumentos que objetivam que o próprio indivíduo seja o operador da escolha que se pretende implementar.

Para além do Paternalismo impositivo, a Teoria da Prospecção, de Kahneman e Tversky, na década de 70 do século passado, foi o ponto de viragem teórica que já se desenhava desde as primeiras reflexões de Simon acerca da Racionalidade Limitada<sup>25</sup>. Inúmeras derivações teóricas se desdobraram sobre os conceitos gerenciais de tomadas de decisão em cenários de restrição, satisfação, formação de preferências e incentivos comportamentais. Conforme já mencionado, a racionalidade deveria ser compreendida como uma ação condicionada por fatores além da superficial e hipotética utilidade pretendida pelo agente econômico. Nesse sentido, aspectos de natureza cultural, ou mesmo questões puramente subjetivas, retornaram à pauta de políticas públicas<sup>26</sup>.

Observações como estas permitiram reconhecer que a obediência estrita dos comandos normativos tradicionais — fórmula geral — pode não ser o mecanismo mais eficiente de regulamentação. Logo, a norma geral, abstrata e coercitiva (Paternalismo Forte) pode, a depender do contexto, não ser a melhor opção de regulação para fins de políticas públicas.

Hábitos e costumes também são elementos fundamentais durante o processo de formação das preferências. O consumo diário de bens e produtos é muito mais influenciado pelo hábito do que pela escolha consciente e racional<sup>27</sup>. Por esse motivo, ganhou força a investigação sobre padrões individuais de consumo e de como pessoas respondem aos incentivos<sup>28</sup>. Isso é fundamental para decidir qual instrumento de persuasão ou coerção poderá compor o programa político a ser implementado: paternalismo em sua concepção forte ou fraca. Ao tratar de tais opções, o planejador central deve ter em mente as condições sob as quais as pessoas farão suas escolhas. Ou se, ampliado o rol da liberdade das escolhas, as pessoas podem eleger a melhor

<sup>21</sup> Após a Constituição Federal de 1988, o primeiro regulamento do CONTRAN a dispor sobre necessidade de se assegurar requisitos mínimos para os capacetes de segurança, a serem utilizados por condutores e passageiros de motocicletas, motonetas e veículos similares, visando proteger-lhes a cabeça nos choques decorrentes de acidentes, foi a 757/91. Atualmente a obrigatoriedade é prevista no artigo 54 e 55 do Código de Trânsito Brasileiro. Nos Estados Unidos, a regulamentação do uso do capacete é competência dos estados da federação, o que permite correlacionar as diferentes legislações com acidentes fatais envolvendo motociclistas.

<sup>22</sup> No Brasil, a Lei n.º 12.456/2011 impôs a proibição do uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público.

<sup>23</sup> O Regime Geral de Previdência Social possui caráter contributivo e de filiação obrigatória. Atualmente é regido pela Lei n.º 8.213/1991 e respectivas alterações. A modificação de um sistema voluntário para um sistema coercitivo de contribuições sociais pode ser bem observado na regulamentação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviços. A Lei n.º 5.107/66, que criou o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, permitia a adesão ao regime por opção do empregado. Tal liberalidade foi revogada e a retenção obrigatória de parte do salário do empregado para constituir o Fundo foi instituída pela Lei n.º 7.839/1998, atualmente regido pela Lei n.º 8.036/1990.

<sup>24</sup> HODSON, John D. The principle of paternalism. *American Philosophical Quarterly*, v. 14, jan. 1977. p. 64.

<sup>25</sup> SBICCA, Adriana. Heurísticas no estado das decisões econômicas. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 44, n. 3, jul. 2014. p. 579.

<sup>26</sup> STERN, Paul C. Environmentally significant behavior in the home. In: LEWIS, Alan (org.). *The Cambridge handbook of psychology and economic behaviour*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 375.

<sup>27</sup> STERN, Paul C. Environmentally significant behavior in the home. In: LEWIS, Alan (org.). *The Cambridge handbook of psychology and economic behaviour*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 376.

<sup>28</sup> ARIELY, Dan. *Positivamente irracional*. São Paulo: Campus, 2010. p. 164.

decisão para si mesmas, apoiando-se em uma disposição prévia de preferências anteriormente formatadas pelo planejador central.

Por isso a divisão metodológica entre Paternalismo Forte e Fraco pode ser também distinguida quanto ao momento da intervenção. A divisão quanto ao grau de intervenção é clara: se se busca restringir a finalidade da conduta, o paternalismo é forte. Por outro lado, se o instrumento de adequação passa por influenciar os meios da ação, com vistas a orientar escolhas, o paternalismo é fraco<sup>29</sup>. Quando o ordenamento jurídico determina que as pessoas acima de 70 (setenta) anos devem se casar somente no regime de separação total de bens<sup>30</sup>, o planejador central definiu a finalidade própria da ação e o comportamento que socialmente se deseja conformar, logo, paternalismo forte. Contudo, quando a norma possibilita às pessoas capazes que ainda não atingiram 70 (setenta) anos contraírem casamento, optando por um rol de regimes anteriormente definidos na legislação, não é o comportamento finalístico da ação que é controlado, mas sim os seus meios, portanto o paternalismo é chamado fraco, *soft* ou *light*. O planejador central amplia o rol de escolhas, delegando parcela de liberdade àquele grupo específico destinatário da norma sem, no entanto, fechar as portas quanto à adoção de outros regimes de administração de bens do casamento.

## 2.2 Paternalismo Libertário e a Questão Terminológica

Embora sob outras premissas, o primeiro pressuposto fundamental em que se assenta o Paternalismo Libertário também diz respeito à afirmação de que as pessoas não são livres para escolher. Ou seja, não existe plena liberdade a amparar as escolhas individuais, como supõe a teoria da racionalidade do agente econômico. Os indivíduos estão com suas preferências comprometidas pelos vieses e heurísticas próprias do contexto em que operam suas escolhas. Em qualquer medida, o Paternalismo Libertário trata de reorientar as escolhas das pessoas mediante a aplicação de incentivos. Portanto, a palavra “libertário”, no sentido político do termo, deve ser compreendida com ressalvas, ou seja, no sentido de que as políticas públicas também podem ser implementadas pela porta do incentivo destituído de coerção.

Os comportamentalistas argumentam que não existem ambientes livres de influências externas. Mesmo que se suponha um ambiente livre de restrições, as pessoas não são inteiramente livres para escolher, mesmo porque a liberdade plena das escolhas pressupõe conhecimento total das informações necessárias para fazer a melhor opção. Logo, considerando-se que, na maioria das situações cotidianas, o custo de se obter informação completa é proibitivo (alto custo), muitas decisões são tomadas num ambiente de significativa incerteza. As escolhas não são limitadas somente pela incidência de certo grau de assimetria informacional<sup>31</sup>. Também são limitadas por fatores endógenos de natureza unicamente psicológica, moral e até mesmo cultural.

Além disso, argumentam os comportamentalistas que as escolhas são oriundas de conjunturas previamente moldadas por fatores exógenos, que independem do indivíduo. Independentemente dos gostos pessoais, as opções de consumo serão restringidas por um fator externo à vontade dos agentes. Há, ainda, uma causa híbrida sobre os fatores que compõem as escolhas. Dados do mundo externo são percebidos de forma diferente quando processados por diferentes pessoas. Com base nessas observações de natureza comportamental, o termo Paternalismo Libertário foi cunhado.

Acolher o Paternalismo Libertário significa reconhecer que ninguém é totalmente livre e as escolhas francas não existem. Aliás, a preferência estável como pressuposto econômico é contestada pela Teoria Comportamental, dado que a escolha não se realiza somente quando o agente está submetido às opções “x” ou “y”. As preferências são construídas previamente ao momento derradeiro da escolha. Para os comporta-

<sup>29</sup> SUNSTEIN, Cass. *Why nudge?: the politics of libertarian paternalism*. Londres: Yale University Press, 2012.

<sup>30</sup> Artigo 1.641, inciso II, do Código Civil Brasileiro.

<sup>31</sup> SIMON, H. A. *Models of man*. New York: John Wiley & Sons, 1957.

mentalistas, as escolhas são construtos histórico-sociais, recortados por vieses e heurísticas capazes de prejudicar a escolha consciente. Esse é o primeiro pressuposto que permite o manejo de incentivos cognitivos em políticas públicas de matriz comportamental.

O segundo pressuposto é a ausência de coerção. Ainda que exista certo ônus para o indivíduo que escolheu não efetivar a decisão nos termos propostos pelo planejador central, nenhuma — ou ínfima — sanção estaria prevista pela abstenção de decisão, a não ser aquelas próprias da escolha malsucedida. Os comportamentalistas sugerem que a busca pelo incremento do bem-estar supera, em ganhos sociais, os benefícios advindos da ampla e irrestrita liberdade de escolha. Para o Paternalismo Libertário, basta que se preserve, apenas, uma parcela de liberdade para o exercício da decisão por parte do agente econômico — a chamada margem de liberdade de escolha<sup>32</sup>. Nesse sentido a liberdade é preservada. Daí que se propõe a adoção descritiva do termo paternalismo e não sua acepção axiológica. É paternalismo porque o planejamento das políticas públicas é realizado, previamente, por um planejador central. É libertário porque não elimina o rol de opções a serem levadas a cabo pelos indivíduos<sup>33</sup>.

Apesar de tais justificativas, a utilização do vocábulo paternalismo para designar regulação e coordenação governamental tem sido criticado. Paternalismo pode significar a condução dos processos de escolhas, tanto no sentido de restringi-las quanto no sentido de ampliá-las, o que denota uma contradição em termos<sup>34</sup>. O termo paternalismo pode, inclusive, ser utilizado como termo aplicável às regulamentações tradicionais de comando e controle, pois subscreve proibições com base na justificativa de atendimento do interesse público e incremento do bem-estar social. Portanto, designar qualquer proposta teórica por aquilo que ela não reflete permite a objeção de censura quanto à utilização do vocábulo libertário. A incoerência levantada pelos críticos do Paternalismo Libertário foi o principal motivo para que, em 2003, Sustain e Thaler veiculassem a defesa da teoria mediante a publicação de dois artigos *Libertarian Paternalism*<sup>35</sup> e *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*<sup>36</sup>. O substantivo oxímoro é a combinação de palavras que apresentam sentidos opostos, que parecem excluir-se mutuamente, mas que no contexto reforçam a expressão.<sup>37</sup> As razões expostas no artigo de Sustain e Thaler<sup>38</sup> não foram suficientes para poupar a Teoria do Paternalismo Libertário de novas críticas. Segundo os libertários, não há hipótese de aplicação das proposições do Paternalismo Libertário sem violação do pressuposto fundamental do liberalismo político: os indivíduos são os melhores tutores de seu próprio bem-estar<sup>39</sup>. A incoerência em termos do Paternalismo Libertário permite avançar a análise crítica sobre o étimo da palavra *pater*.

A origem latina do termo remonta à ideia de pai. É inegável que não se pode dissociar a raiz da palavra de todos os atributos que formam o seu conteúdo e significado. De qualquer ação paternalista extrai-se o sentido de orientação, zelo, proteção etc. Nesse sentido, é correlativo supor que o paternalismo governamental seja reconhecido pela proposta de orientar os indivíduos que manifestam comportamentos erráticos ou estimular comportamentos que reputa desejáveis<sup>40</sup>. Com essa perspectiva paternalista em vista, os críti-

<sup>32</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. *Civilistica.com*: Revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. p. 10.

<sup>33</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. *Civilistica.com*: Revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. p. 8.

<sup>34</sup> LOBEL, Orly; AMIR, On. Stumble, predict, nudge: how behavioral economics informs law and policy. *Columbia Law Review*, San Diego, v. 108, n. 09-06, p. 1-40, jan. 2009. p. 2.

<sup>35</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism. *The American Economic Review*, Washington, DC, v. 93, n. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, p. 175-179, jan. 2003.

<sup>36</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *University of Chicago Public Law & Legal*, n. 43, maio 2003.

<sup>37</sup> Outros exemplos de oxímoros: silêncio ensurdecedor, guerra pacífica, mentiroso honesto etc.

<sup>38</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *University of Chicago Public Law & Legal*, n. 43, maio 2003.

<sup>39</sup> MITCHELL, Gregory. Libertarian paternalism is an oxymoron. *Northwestern University Law Review*, v. 99, n. 3, nov. 2004. p. 1246.

<sup>40</sup> FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na



cos mais extremados sugerem que a tutela das escolhas, da mesma forma como um pai orienta seu filho, é totalmente dissociada de uma sociedade formada por cidadãos autônomos e conscientes de seus direitos e obrigações: “*treating people like children turns them into children*”<sup>41</sup>.

Supondo, portanto, que as pessoas não são como deveriam ser, a atitude paternalista pretende conformá-las àquilo que se deseja, ou, no plano da norma, ao dever-ser — ausente, contudo, a força coercitiva que outrora caracterizava o paternalismo tradicional e a conformação das políticas públicas. Nesse sentido, por fundamento lógico-argumentativo, o Paternalismo Libertário é incompatível com a concepção racionalista do *homo economicus* como descrição do comportamento humano real. O conceito de homem racional não pode ser o sujeito da política pública comportamental, porque o pressuposto da racionalidade plena não se coaduna com a adoção do Paternalismo Libertário.

Entretanto, nos países onde a tradição liberal está presente, se dá mais peso à autonomia individual e à forte delimitação das interferências governamentais no cotidiano das pessoas. A formação cultural que promove valores libertários com maior ênfase deixa evidente que as políticas paternalistas são mais receptíveis nas sociedades com maior dependência da coordenação estatal. Por isso, nas sociedades que ainda não alcançaram alto nível de bem-estar social as Políticas de Paternalismo Libertário podem ter maior adesão. Sobretudo quando o sistema jurídico constitucional delega ao Estado a missão primordial de realizar determinados níveis mínimos de bem-estar social, como é o caso brasileiro.

### 2.3 Paternalismo Libertário Público e o Setor Privado

Instituições privadas operam seus produtos e serviços sob a lógica dos mercados. A ordem das opções que colocam à escolha do consumidor busca, sobretudo, maximizar seus lucros. Essa forma de apresentação de bens e serviços, em inúmeros exemplos, demonstra que a utilização de elementos de psicologia e economia comportamental pode dinamizar a oferta, de forma a influenciar o processo cognitivo de escolha do consumidor. A forma de apresentação e disposição dos produtos nas prateleiras é o exemplo mais prosaico desse tipo de mecanismo<sup>42</sup>.

Influenciar a preferência das pessoas é característica elementar nas dinâmicas de trocas voluntárias do mercado. Conduzir as pessoas a fazerem escolhas é próprio da natureza econômica. É a gênese da ideia de mão invisível, metáfora extraída do pensamento de Smith em: “Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas riqueza das Nações”<sup>43</sup>. Desde que não haja logro, é admissível que compradores e fornecedores se relacionem até certo nível de convencimento recíproco. Desde muito tempo, essa prática do convencimento mútuo é estimulada no ambiente privado. Cabe, portanto, fazer uma distinção elementar sobre a diferença entre consumidores em ambientes de trocas voluntárias e administrados submetidos ao regime de Direito Público.

Tal qual uma ilusão de ótica, más interpretações da realidade provocam falhas do processo cognitivo. Em diversas ocasiões, o setor privado aproveita dessas lacunas de interpretação para angariar consumidores traídos pela ausência de informação ou pelo equívoco de avaliação dos processos de escolha<sup>44</sup>. A premissa do Paternalismo Libertário permanece a mesma: os indivíduos não são os melhores árbitros de suas decisões, sobretudo quando submetidas a esquemas de *phishing*.<sup>45</sup>

perspectiva do paternalismo libertário. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, 2014. p. 212.

<sup>41</sup> LE GRAND, Julian; NEW, Bill. *Government paternalism: nanny state or helpful friend?*. Oxford: Princeton University Press, 2015. p. 4.

<sup>42</sup> PAIVA, R. B. A.; BALTHAZAR, L. S. Contribuições da economia comportamental para o direito empresarial. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 113, p. 339, 21 dez. 2018.

<sup>43</sup> SMITH, A. *A riqueza das nações*. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1982.

<sup>44</sup> SHILLER, Robert J. *Irrational exuberance*. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 183.

<sup>45</sup> *Phishing* é a expressão americana que designa uma armadilha para capturar interesses, “pescar”; na maioria das referências é uma alusão à ideia captação ilícita e fraudulenta.

É inegável que as manipulações realizadas pelo setor privado têm implicações no contexto social. Veja-se o exemplo do problema do superendividamento, por exemplo. Porém, é tênue a definição do que configura manipulação fraudulenta de processos cognitivos e a utilização lícita de mecanismos de neuromarketing para influenciar consumidores. Por esse motivo, novos debates acerca dos processos de persuasão do consumidor têm ganhado relevância no meio jurídico. Para Gardner:

[...] se um anúncio (ou campanha publicitária) deixa o consumidor com uma impressão e/ou crença (s) diferente (s) do que normalmente seria esperado se o consumidor tivesse razoável conhecimento, e essa impressão e/ou crença é factualmente falsa ou potencialmente enganosa, então pode se dizer que existe logro<sup>46</sup>.

A partir disso Susteín e Thaler advogam a tese de que, caso o planejador central não faça uso do enquadramento das opções (*choice-framing*), é inevitável sua adoção por instituições privadas, como o mercado, por exemplo<sup>47</sup>. Mesma reflexão sobre a inevitabilidade de sugestões no mundo real pode ser encontrada nos comentários de Miguel<sup>48</sup>, que reconhece inexistir escolhas inteiramente livres de constrangimentos.

As teses comportamentalistas acabam por caminhar nessa linha argumentativa. Se os mercados podem influenciar cognitivamente as preferências, dado que elas são hábitos sociais referentes ao consumo — e podem se adaptar na medida em que o modo de apresentação das preferências é colocado — por que o ente público não poderia fazer o mesmo? Logo, se parcela das preferências reveladas pelos indivíduos é influenciada pela ordem de disponibilização dos produtos e serviços, a própria ideia de preferência prévia está comprometida formalmente<sup>49</sup>. Nessa mesma senda, se os mercados podem efetivamente influenciar as pessoas para optar por aquilo que realmente não desejam ou precisam, não há motivo para que não se reconheça o Estado como legítimo influenciador dos comportamentos, apresentando alternativas que os indivíduos realmente querem, embora não o saibam.

Alguns questionamentos permanecem. A legitimidade do Estado quanto à utilização de medidas de cooptação dos comportamentos pode ser sensível em algumas áreas. Se existem muitas formas de apresentar opções e alternativas ao titular da decisão, pode-se questionar quais são os parâmetros de escolha adotado pelo ente público para utilizar determinado mecanismo de incentivo e deixar de lado outros. Ou, então, onde e quando os incentivos comportamentais devem ser aplicados pelo ente público como instrumento de políticas públicas, sem comprometimento injustificado da liberdade do indivíduo e risco de falta de transparência. Ainda, quando é legítimo substituir o ambiente de ordem espontânea (mercados) por um ambiente de manipulação regulatória (Estado). Hayek já havia notado, com propriedade, essa diferença entre abordagens e seus efeitos sobre a definição dos limites da intervenção no campo das liberdades individuais:

Na era do rádio e da televisão, o problema do livre acesso à informação não é mais um problema de liberdade de imprensa. Numa era em que drogas ou técnicas psicológicas podem ser usadas para controlar as ações dos indivíduos, o problema do livre controle do nosso corpo não é mais uma questão de proteção contra restrições de ordem física<sup>50</sup>.

Como o campo de atuação do Paternalismo Libertário se destina a manipular mecanismos psicológicos para coordenar ações humanas, o termo em si engloba um conjunto de elementos tão diversos, às vezes contraditórios. Enquanto alguns deles podem tornar a busca pelo bem-estar desejável, outros violam, de forma expressa, a liberdade pessoal. Assim, enquadramento das opções (*choice-framing*) realizado pelo Estado-planejador precisa ser analisado caso a caso.

<sup>46</sup> GARDNER, D. M. Deception in advertising: a conceptual approach. *Journal of Marketing*, v. 39, p. 40-46, jan. 1975. p. 42.

<sup>47</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *University of Chicago Public Law & Legal*, n. 43, maio 2003. p. 15.

<sup>48</sup> MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n. 3, dez. 2015. p. 613.

<sup>49</sup> SHILLER, Robert J. *Irrational exuberance*. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 118.

<sup>50</sup> HAYEK, Friedrich. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Editora Visão, 1983. p. 74.

Torna-se necessário estabelecer uma diferença significativa sobre a aplicação do enquadramento das opções (*choice-framing*) quando adotado por instituições públicas e instituições privadas.

Quando um agente do mercado se propõe a disponibilizar seus produtos ou serviços, e para isso estuda a melhor forma de apresentá-los a potenciais compradores, a instituição privada está submetida às regras de mercado. Por isso, o marketing e a propaganda se especializam no sentido de convencer o consumidor acerca das qualidades do produto ou serviço. Certamente, aqueles mais habilidosos ao manejar esses mecanismos de persuasão terão sucesso nos seus empreendimentos. Tais regras de competição são inerentes à atividade econômica, e estimulam a troca livre de interesses, que, por sua vez, estimula a criação e o desenvolvimento econômico.

Por seu turno, o Estado não se sujeita a esse constrangimento<sup>51</sup>. Ao desenhar o enquadramento das opções no âmbito do Paternalismo Libertário, a atividade estatal não é pautada por nenhuma forma de pressão típica dos mercados. Não existe concorrência, não existem mecanismos de trocas voluntárias e nem mesmo procedimentos de participação popular, característicos do processo de elaboração das leis. Se o desenho das opções se mostra equivocado, o Estado não estará fora do mercado por insucesso estratégico ou erro de gestão. Não é exagero supor, ainda, que mecanismos de influência com base no Paternalismo Libertário possam auxiliar grupos políticos a atingir interesses não republicanos em razão do déficit de transparência. Esse quadro cético sobre as boas intenções do governo dá suporte a Teoria da Escolha Pública<sup>52</sup>. Além das críticas próprias da Ciência Política Econômica — acerca de uma política pública paternalista que se propõe libertária —, há, também, críticas de natureza regulatória, voltadas para uma análise mais consequencialista. Em 1975, Peltzman indicou que regulamentações governamentais podem apresentar consequências não intencionais<sup>53</sup>. Por exemplo, Benedettini e Nicita apresentaram extensas evidências de que novas regras de registro de infrações na licença para dirigir são úteis para diminuir infrações relativas à utilização do cinto de segurança, porém aumentam o número de acidentes<sup>54</sup>.

Estudos sugerem que, no Paternalismo Libertário, não existem efeitos negativos inusitados, uma vez que o enquadramento das opções não restringe a liberdade do agente — pode a qualquer momento expressar seu consentimento. Todavia, a aplicação da economia comportamental em Políticas Públicas demonstra que o ajuste governamental de preferências não é isento de impacto, da mesma forma como se dá no paternalismo forte. O enquadramento (*framing*) de qualquer modelo de opções é formulado com base na escolha do método comunicativo, o que implica escolher um mecanismo narrativo e excluir os demais:

enquadrar é selecionar alguns aspectos de uma realidade percebida e fazê-los mais salientes em um texto comunicativo, de forma a promover uma definição particular do problema, uma interpretação casual, uma avaliação moral e/ou uma recomendação de tratamento para o item descrito<sup>55</sup>.

Um exemplo corriqueiro na literatura da economia comportamental demonstra com acuidade o efeito provocado pelo enquadramento noticioso, no qual a margem decisória do titular da ação pode significar a divisa da vida e da morte. Ao comentar os efeitos psicológicos provocados em pacientes sob alto nível de estresse, Sustain e Thaller, a partir do pensamento de Donald et al., confirmam:

consideremos a decisão sobre a submissão a um procedimento médico arriscado. Quando se diz às pessoas que “daqueles que sofrem esse procedimento, 90% estão vivos após cinco anos”, elas ficam muito mais propensas a concordar em se submeterem do que quando lhes é dito: “daqueles que sofrem esse procedimento, 10% estão mortos depois de cinco anos”<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. *Civillistica.com*: Revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. p. 7.

<sup>52</sup> BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.

<sup>53</sup> PELTZMAN, Sam. The effects of automobile safety regulation. *Journal of Political Economy*, v. 83, n. 4, ago. 1975. p. 677.

<sup>54</sup> BENEDETTINI, Simona; NICITA, Antonio. The cost of avoiding accidents: selective compliance and the “Peltzman Effect” in Italy. *International Review of Law and Economics*, v. 32, n. 2, 2012. p. 256.

<sup>55</sup> ENTMAN, Robert. Framing: toward clarification of a fractured paradigm. *Journal of Communication*, New York, v. 43, n. 4, dez. 1993. p. 52.

<sup>56</sup> SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. *Civillistica.com*: Revista

Em casos dessa natureza, as tomadas de decisões intuitivas são muito mais passíveis de equívocos de escolha quando a avaliação do agente está submetida a uma condição de elevado estresse. A forma como se direciona a informação ao paciente, visivelmente submetido a uma situação de elevado abalo psicológico, ajuda a explicar a sensibilidade à manipulação do enquadramento noticioso. Por essa razão, há uma relação compassiva entre o enquadramento das alternativas que se quer realizar e o resultado final que se pretende obter com qualquer política de formatação dos comportamentos. Sabe-se, portanto, que as preferências são influenciáveis. As escolhas são imperfeitas na previsão de preferências futuras, e distorcidas em seus aspectos memoriais e experienciais. É comum que as pessoas apresentem dificuldade em resolver inconsistências entre emoções e racionalidade e se preocupem com uma intensidade desproporcional em relação ao risco real e risco imaginado<sup>57</sup>. Em geral, tais aspectos intangíveis do atendimento clínico têm recebido pouca atenção na literatura médica.

A avaliação racional do risco pelo agente da escolha, e a ponderação de resultados estatísticos, são frequentemente colocados em segundo plano quando sentimentos como medo e perigo são priorizados no enquadramento noticioso<sup>58</sup>. A percepção de fatores de risco é uma análise subjetiva do nível de ameaça potencial de determinada atividade, seja ela natural ou de origem humana. A avaliação científica do risco, por outro lado, está sempre conectada com probabilidades de ocorrência objetivas, fundamentada na expectativa matemática que valora uma série de repetições de operações bem-sucedidas e malsucedidas. Esse cálculo é submetido à quantificação de perdas potenciais, o que revela o nível de gravidade do risco<sup>59</sup>. As pessoas levam em consideração a percepção do risco e não a avaliação do risco concreto.

Por exemplo, a dissonância cognitiva sobre o medo de voar de avião é produto de uma análise subjetiva e falsamente ponderada sobre os riscos do transporte aéreo. Isso porque as tragédias envolvendo aviões são muito mais noticiadas e presentes no imaginário das pessoas. A percepção popular sobre a utilização da energia nuclear é fruto, também, dessa falsa associação entre sensação de risco e avaliação de risco<sup>60</sup>. Se, por um lado, os comportamentalistas sustentam que as pessoas não têm preferências previamente estabilizadas; por outro lado, a literatura não estabeleceu, com clareza, em que situações e quando é necessária a intervenção para corrigir esses desvios. No caso dos tratamentos de alto risco, e o que se convencionou chamar paternalismo médico, ao que se tenha notícia, não há regulamentação.

Há, todavia, crescente literatura científica sobre os efeitos provocados pelo enquadramento noticioso no processo decisório<sup>61</sup>. Não se pode afirmar, por exemplo, que não há externalidade negativa no processo de aplicação da economia comportamental em Políticas Públicas<sup>62</sup>. Em resumo, os comportamentalistas afirmam que o enquadramento auxilia os indivíduos a mudar de um estado de irracionalidade ou racionalidade limitada, para um estado de consciência (racionalidade), tornando-os aptos a escolher sem desvios cognitivos. Ao mencionar a crítica dos legalistas, Mitchell cita que as pessoas não pensam em termos de maximização das utilidades de forma objetiva e geral<sup>63</sup>. Segundo menciona, os indivíduos avaliam o enquadramento de acordo como *status quo* que possuem no momento da decisão, ou de um ponto de referência a partir do qual parametrizam os custos e benefícios das suas escolhas.

---

eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. p. 5.

<sup>57</sup> SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah. Rating the risks. *iEnvironment Magazine*, v. 21, n. 3, abr. 1979.

<sup>58</sup> REDELMEIER, Donald A.; ROZIN, Paul; KAHNEMAN, Daniel. Understanding patients' decisions: cognitive and emotional perspectives. *JAMA*, n. 270, 1993. p. 72.

<sup>59</sup> LIMA, Maria Luísa Pedroso de. Percepção de riscos ambientais. In: SOCZKA, Luís (org.). *Contextos humanos e psicologia ambiental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 203.

<sup>60</sup> LIMA, Maria Luísa Pedroso de. Percepção de riscos ambientais. In: SOCZKA, Luís (org.). *Contextos humanos e psicologia ambiental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 203.

<sup>61</sup> MANDEL, David R. Gain. Loss framing and choice: separating outcome formulations from descriptor formulations. *Organizational Behavior and Human Decision Process*, v. 85, maio 2001. p. 56.

<sup>62</sup> MITCHELL, Gregory. Taking behavioralism *too seriously?*: the unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law. *William and Mary Law Review*, v. 43, n. 48, abr. 2002. p. 133.

<sup>63</sup> MITCHELL, Gregory. Taking behavioralism *too seriously?*: the unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law. *William and Mary Law Review*, v. 43, n. 48, abr. 2002. p. 134.

Para os indivíduos, importa realizar o cálculo de ganhos e perdas a partir de um ponto de referência que reputam confiável. Isso porque as pessoas tendem a realizar diferentes julgamentos considerando a percepção dos riscos envolvidos. Se a alternativa oferecida representa uma perda em relação ao *status quo* do agente, a tendência é de um comportamento mais conservador (*loss aversion*). Se, por outro lado, o enquadramento apresenta um ganho significativo com menor probabilidade de acerto, sobretudo quando já existe uma *status quo* negativo em relação ao ponto de referência, a aversão ao risco diminui (*all in*). A existência de impacto para formulação do enquadramento noticioso e a aversão às perdas ficaram demonstradas em artigo publicado por Tversky e Kahneman<sup>64</sup>, hipóteses em que uma série de testes empíricos e ajustes aparentemente irrelevantes para formulação das escolhas causaram significativa mudança de preferência.

O aumento gradativo da busca pelo bem-estar social é uma meta a ser atingida pelos Estados em desenvolvimento socioeconômico. Ao fazer uso de novas tecnologias sociais, os planejadores centrais podem aprimorar a funcionalidade de instrumentos econômicos, desta feita desenhados com mecanismos cognitivos de incentivos. Por outro lado, em alguns setores afetos às escolhas individuais, podem sofrer demasiada influência a partir do enquadramento das opções previamente elaboradas pelo órgão de controle, o que violaria frontalmente os princípios regentes da ordem democrática brasileira, especialmente aqueles associados às liberdades individuais e à transparência típica dos regimes democráticos<sup>65</sup>.

### 3 Considerações finais

É necessário estimular o debate nacional acerca da arbitrariedade do governo central ao estimular mecanismos da Economia Comportamental em Políticas Públicas. O Paternalismo Libertário, como justificativa de implementação do bem-estar social, é apenas parte do caminho para a resposta.

Muito embora, após o advento da Economia Comportamental, iniciado ainda na década de 70 com a Teoria da Prospecção de Kahneman e Tversky, o Paternalismo Libertário já tenha servido como plano teórico das políticas públicas comportamentais em alguns Estados, não é comum que os riscos de seus potenciais efeitos negativos sejam amplamente discutidos. Ao contestar os pressupostos ortodoxos da economia (neo) clássica, especialmente acerca da racionalidade do agente econômico, a Economia Comportamental pavimentou o caminho para a construção do Paternalismo Libertário que, ao considerar que as pessoas não têm claro discernimento acerca de suas preferências, assume que suas decisões podem reduzir drasticamente seu estado de bem-estar social, o que pavimentaria a justificativa à intervenção estatal nas escolhas.

Segundo o Paternalismo Libertário, esse objetivo público se justifica por duas razões: (i) legitimidade do planejador central como autor da melhoria do bem-estar social e (ii) ausência de coerção ou sanção pelo descumprimento, apresentando-se, em tese, como uma estratégia legítima de implementação de políticas públicas.

Todavia, há de se ter em conta os limites que devem ser considerados acerca da possibilidade de manipulação de preferências em questões sensíveis e que ainda não foram suficientemente discutidas.

O fato de o planejador central não ocupar o mesmo espaço e não estar submetido às mesmas restrições das instituições privadas — como o equilíbrio de forças provocado pela competição no mercado —, pode colocar em dúvida a idoneidade da própria política pública. Se o Estado pode manipular as escolhas, de forma a conduzir ilegitimamente as escolhas pessoais, então está-se diante de flagrante violação da autonomia

<sup>64</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, v. 211, jan. 1981. p. 458.

<sup>65</sup> SOUZA, Luciana Cristina; RAMOS, Karen Tobias França; PERDIGÃO, Sônia Carolina Romão Viana. Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018. p. 249.

privada e do livre arbítrio das razões individuais.

Como ficou demonstrado, existem evidências suficientes para supor que o enquadramento noticioso e a forma de disponibilização da informação podem comprometer, significativamente, a aptidão da política pública desenhada com instrumentos de Economia Comportamental, especialmente em razão do risco de excesso interventivo nas liberdades individuais e da falta de transparência, já que no âmbito do paternalismo libertário o processo normativo com participação popular não é necessariamente seguido.

Essa é a discussão que se propõe e que poderá ser explorada por outros pesquisadores, discussão ainda não dirimida na doutrina internacional e praticamente iniciante no Brasil.

## Referências

- ARIELY, Dan. *Positivamente irracional*. São Paulo: Campus, 2010.
- BEIER, Mônica; IANNOTTI, Giovano de Castro. O paternalismo e o juramento hipocrático. *Revista Brasileira de Saúde Mater. Infant.*, Recife, v. 10, supl. 2, p. 383-389, dez. 2010.
- BENEDETTINI, Simona; NICITA, Antonio. The cost of avoiding accidents. selective compliance and the “Peltzman Effect” in Italy. *International Review of Law and Economics*, v. 32, n. 2, p. 256-270, 2012.
- BUCHANAN, James M. Public choice: politics without romance. *Policy*, The Centre for Independent Studies, Spring 2003.
- BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.
- CAPPELLIN, Paola; GIULIANI, Gian Mario. A racionalidade, a cultura e o espírito empresarial. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 123-152, jun. 2002.
- COELHO, Mariana Carvalho Victor; AYALA, Patryck de Araujo. Paternalismo libertário e proteção jurídica do ambiente: por que proteger o ambiente também deve ser proteger as liberdades?. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 405-427, 2018.
- REDELMEIER, Donald A.; ROZIN, Paul; KAHNEMAN, Daniel. Understanding patients’ decisions: cognitive and emotional perspectives. *JAMA*, n. 270, 1993.
- ENTMAN, Robert. Framing: toward clarification of a fractured paradigm. *Journal of Communication*, New York, v. 43, n. 4, p. 52-58, dez. 1993.
- FEINBERG, Joel. Legal paternalism. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 1, n. 1, p. 105-124, jan. 1971.
- FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 201-213, 2014.
- GARDNER, D. M. Deception in advertising: a conceptual approach. *Journal of Marketing*, v. 39, p. 40-46, jan. 1975.
- HAYEK, Friedrich. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Editora Visão, 1983.
- HODSON, John D. The principle of paternalism. *American Philosophical Quarterly*, v. 14, p. 64, jan. 1977.
- LE GRAND, Julian; NEW, Bill. *Government paternalism: nanny state or helpful friend?*. Oxford: Princeton University Press, 2015.
- LIMA, Maria Luísa Pedroso de. Percepção de riscos ambientais. In: SOCZKA, Luís (org.). *Contextos humanos*

- e psicologia ambiental. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LOBEL, Orly; AMIR, On. Stumble, predict, nudge: how behavioral economics informs law and policy. *Columbia Law Review*, San Diego, v. 108, n. 09-06, p. 1-40, jan. 2009.
- MANDEL, David R. Gain. Loss framing and choice: separating outcome formulations from descriptor formulations. *Organizational Behavior and Human Decision Process*, v. 85, p. 56-76, maio 2001.
- MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2011.
- MIGUEL, Luís Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. *Opinião Pública*, Campinas, v. 21, n. 3, p. 610-611, dez. 2015.
- MITCHELL, Gregory. Libertarian paternalism is an oxymoron. *Northwestern University Law Review*, v. 99, n. 3, p. 1245-1277, nov. 2004.
- MITCHELL, Gregory. Taking behavioralism too seriously? the unwarranted pessimism of the new behavioral analysis of law. *William and Mary Law Review*, v. 43, n. 48, p. 1-134, abr. 2002.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- PAIVA, R. B. A.; BALTHAZAR, L. S. Contribuições da economia comportamental para o direito empresarial. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 113, p. 331-357, 21 dez. 2018.
- PELTZMAN, Sam. The effects of automobile safety regulation. *Journal of Political Economy*, v. 83, n. 4, p. 677-726, ago. 1975.
- REDELMEIER, Donald A.; ROZIN, Paul; KAHNEMAN, Daniel. *Understanding patients' decisions: cognitive and emotional perspectives*. v. 270, p. 72-76, jul. 1993.
- RITHALIA, A.; MCDAID, C.; SUEKARRAN, S.; MYERS, L.; SOWDEN, A. Impact of presumed consent for organ donation on donation rates: a systematic review. *BMJ*, v. 338, a3162, jan. 2009. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628300/>. Acesso em: 14 nov. 2018.
- ROBB, Gray. To nudge or not to nudge? *HR Magazine*, dez. 2017. Disponível em <http://www.hrmagazine.co.uk/article-details/to-nudge-or-not-to-nudge>. Acesso em: 28 mar. 2018.
- SBICCA, Adriana. Heurísticas no estado das decisões econômicas. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 579-603, jul. 2014.
- SCOCCIA, Danny. In defense of hard paternalism. *Law and Philosophy*, v. 27, n. 4, p. 351-381, jul. 2008.
- SOUZA, Luciana Cristina; RAMOS, Karen Tobias França; PERDIGÃO, Sônia Carolina Romão Viana. Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 234-250, 2018.
- SHILLER, Robert J. *Irrational exuberance*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- SIMON, H. A. *Models of man*. New York: John Wiley & Sons, 1957.
- SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah. Rating the risks. *Environment Magazine*, v. 21, n. 3, abr. 1979.
- SMITH, A. *A riqueza das nações*. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1982.
- STERN, Paul C. Environmentally significant behavior in the home. In: LEWIS, Alan (org.). *The cambridge handbook of psychology and economic behavior*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. O paternalismo libertário não é uma contradição em termos. *Civilistica.com*: revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, p. 1-473, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Sunstein-e-Thaler-trad.-Cohen-civilistica.com>

-a.4.n.2.20151.pdf. Acesso em: 23 mar. 2018.

SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism is not an oxymoron. *University of Chicago Public Law & Legal*, n. 43, p. 1159-1186, maio 2003. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=public\\_law\\_and\\_legal\\_theory](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=public_law_and_legal_theory). Acesso em: 15 maio 2018.

SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism. *The American Economic Review*, Washington, DC, v. 93, n. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, p. 175-179, jan. 2003.

SUNSTEIN, Cass. *Why nudge?: the politics of libertarian paternalism*. Londres: Yale University Press, 2012.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; CABRAL, Gabriel; OLIVE, Henrique. Políticas públicas em suicídio: do paternalismo clássico ao paternalismo libertário e nudging. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 326-367, 2018.

THALER, Richard H. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York: Norton & Company, 2015.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, v. 211, p. 453-458, jan. 1981.



## 2. POLÍTICAS PÚBLICAS E COVID-19

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Limites e possibilidades para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia**

**Limits and possibilities regarding the secondary use of personal data in the public sector: lessons from the pandemic**

Miriam Wimmer

# Limites e possibilidades para o uso secundário de dados pessoais no poder público: lições da pandemia

## Limits and possibilities regarding the secondary use of personal data in the public sector: lessons from the pandemic

Miriam Wimmer\*\*

### Resumo

A partir do contexto de intensificação da coleta, do processamento e da circulação de dados pessoais decorrente da pandemia de Covid-19, o artigo tem por objetivo discutir parâmetros para o compartilhamento e uso secundário de dados pessoais no âmbito do Estado. A ausência de detalhamento da LGPD e a escassa produção acadêmica brasileira sobre o uso secundário de dados pessoais no poder público justificam a relevância da temática escolhida. Assim, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, e tendo como referência as críticas à ideia do Estado como unidade informacional, o artigo problematiza os riscos e benefícios do uso secundário de dados pessoais no âmbito do poder público e analisa como as recentes decisões do STF sobre o tema propiciaram a fixação de um importante paradigma para o debate brasileiro acerca do tema: o de que não há uma autorização irrestrita, no ordenamento jurídico brasileiro, ao livre fluxo e compartilhamento de dados no âmbito do Poder Público. Por fim, o artigo analisa em que medida elementos como a compatibilidade de finalidades, o consentimento do titular e a previsão legal poderiam balizar com maior legitimidade o compartilhamento de dados entre órgãos e entidades governamentais.

**Palavras-chave:** Proteção de dados pessoais. Compartilhamento de dados. Uso secundário. Poder público. Princípio da finalidade.

### Abstract

In the context of increased collection, processing and sharing of personal data as a result of the Covid-19 pandemic, the article aims to discuss parameters for data sharing and secondary uses of personal data within the public sector. Based on bibliographic and documentary research, and taking into account the idea that government should not be treated as a single information unit, the article considers the risks and benefits of secondary use of personal data in government and analyzes how recent decisions by the Brazilian Supreme Court have established an important paradigm for the domestic debate on this issue, namely that the Brazilian legal system does not provide for unrestricted authorization to the free flow and sharing of

\* Recebido em 17/09/2020  
Aprovado em 06/11/2020

\*\* Doutora em Comunicação pela Universidade de Brasília - UnB, Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, professora da Faculdade de Direito do IDP Brasília. E-mail: miriam.wimmer@yahoo.com.br

data between governmental bodies. To conclude, the article examines to which extent elements such as compatibility of purposes, consent and specific legal provisions could provide the basis for greater legitimacy in data sharing between governmental bodies and agencies.

**Keywords:** Personal data protection. Data sharing. Secondary use of data. Public sector. Purpose limitation.

## 1 Introdução

O alastramento do novo coronavírus pelo planeta acarretou o rápido surgimento de estratégias para monitoramento e contenção de sua disseminação. Para além das medidas tradicionais de prevenção e controle de doenças epidêmicas, a atuação de governos de todo o mundo no combate à pandemia de Covid-19 caracterizou-se por dois importantes aspectos: de um lado, pelo uso inédito, em termos de intensidade, de tecnologias digitais e de dispositivos móveis de comunicação nos processos de detecção, notificação e investigação da doença; de outro, pela rápida escalada na coleta, análise e compartilhamento de dados pessoais entre atores públicos e privados, assim como entre distintos órgãos e entidades do Poder Público.

No Brasil, tais acontecimentos tiveram por efeito reacender os debates acerca *dos limites e das possibilidades de tratamento de dados pessoais<sup>1</sup> no setor público*, e, em especial, reavivar a discussão sobre os *critérios para o seu compartilhamento e uso secundário, isto é, a utilização de dados pessoais para finalidades distintas daquelas que justificaram originalmente a sua coleta*.

A intensa judicialização do tema, exacerbada pela incerteza que cercou a data de entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados pessoais – LGPD<sup>2</sup> e pela fragilidade institucional para lidar com o assunto no país<sup>3</sup>, teve por foco inicial o uso, por governos estaduais, de dados de geolocalização oriundos de terminais móveis, para fins de elaboração de “mapas de calor” para verificar a observância das medidas de isolamento social. Posteriormente, o debate aprofundou-se no contexto das discussões sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória 954, de 2020, que determinava o compartilhamento de dados entre empresas de telecomunicações e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com vistas à realização de pesquisas estatísticas por telefone durante a pandemia.

Muito embora a temática do compartilhamento de dados pessoais envolvendo o poder público já houvesse anteriormente sido tratada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, é correto afirmar que o ano de 2020 caracterizou-se pelo amadurecimento dos debates sobre o assunto no Tribunal, com o reconhecimento de um direito autônomo à proteção de dados pessoais<sup>4</sup> e a aplicação de tal compreensão em julgamento subsequente sobre o compartilhamento de dados no âmbito do Poder Executivo<sup>5</sup>.

Nesse contexto, a problemática a ser enfrentada neste artigo diz respeito à ausência de critérios claros quanto às possibilidades e aos limites para o compartilhamento e uso secundário de dados pessoais no âmbito do poder público, lacuna que tem conduzido a um cenário de insegurança jurídica decorrente dos distintos entendimentos manifestados pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário quanto ao tema. A par-

<sup>1</sup> Para os fins deste trabalho, adota-se o conceito amplo de dado pessoal estabelecido pela LGPD, como a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

<sup>2</sup> Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018.

<sup>3</sup> Muito embora a LGPD, aprovada em 2018, tenha previsto a criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais – ANPD como aspecto central de seu modelo de proteção, a efetiva constituição de tal autoridade ocorreu apenas em novembro de 2020, quase dois meses após a data de entrada em vigor da Lei.

<sup>4</sup> Conforme julgamento de 7 de maio de 2020, no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393.

<sup>5</sup> Trata-se do julgado acerca do compartilhamento de dados entre a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN e o Departamento Nacional de Trânsito – Denatran, no âmbito da ADPF 695.

tir desse cenário, considerando-se o fenômeno de intensificação da coleta e do compartilhamento de dados pessoais decorrente da pandemia de Covid-19 e as recentes manifestações do STF sobre o assunto, este artigo busca responder à seguinte pergunta: *quais parâmetros poderiam legitimamente balizar o compartilhamento e uso secundário de dados pessoais no âmbito do Estado?*

Como resposta preliminar a tal questão, este artigo apresenta a hipótese de que um primeiro parâmetro a ser considerado para justificar o compartilhamento e uso secundário de dados no poder público é o da compatibilidade de finalidades. Inexistindo tal compatibilidade de finalidades, são aventados dois elementos adicionais que poderiam, observadas determinadas condições, legitimar novo tratamento de dados pessoais: nova autorização fornecida pelo titular do dado; ou a existência de previsão legal específica. Em todos os casos, argumenta-se pela necessidade de aplicação dos princípios de proteção de dados e de adequada informação ao indivíduo afetado, mediante o estabelecimento de salvaguardas materiais e procedimentais associadas ao uso secundário de dados no contexto do Estado, considerando-se os parâmetros protetivos conferidos pelos princípios constitucionais que asseguram a liberdade individual, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade.

A escassa produção acadêmica brasileira sobre o uso secundário de dados pessoais no poder público e a ausência de detalhamento da LGPD quanto ao tema justificam a relevância da temática escolhida, assim como motivam o recurso à doutrina predominantemente estrangeira. A metodologia adotada é bibliográfica e documental, fazendo-se referência a normas, julgados e decisões administrativas produzidos no Brasil e em outros países. No contexto nacional, o artigo dá destaque aos recentes julgados do STF que, adotados no contexto da pandemia, propiciaram a fixação de um importante paradigma para o debate brasileiro acerca do tema: o de que não há uma autorização irrestrita, no ordenamento jurídico brasileiro, ao livre fluxo e compartilhamento de dados no âmbito do Poder Público. Por fim, tendo-se em conta as críticas à ideia do Estado como unidade informacional, o artigo problematiza os riscos e benefícios do uso secundário de dados pessoais no âmbito do poder público e apresenta uma proposta de critérios que poderiam, com mais legitimidade, orientar e circunscrever o compartilhamento de dados entre órgãos e entidades governamentais.

É o que se passa a examinar.

## **2 A pandemia e o compartilhamento de dados no poder público: iniciativas, reações e novos paradigmas**

Uma primeira reação praticamente universal à pandemia consistiu na intensificação de demandas por compartilhamento de dados, seja entre organizações do setor privado; seja entre o setor privado e o setor público; seja entre órgãos e entidades do setor público, em diferentes níveis federativos; ou, ainda, entre nações. Tal fenômeno gerou importantes reações, seja na esfera administrativa, seja no âmbito do Poder Judiciário. Nesta seção, examinam-se algumas das mais importantes iniciativas de compartilhamento de dados envolvendo o poder público no contexto da pandemia, assim como os parâmetros protetivos enunciados por autoridades de proteção de dados pessoais em outros países, por órgãos do Poder Judiciário e pelo próprio STF.

### **2.1 Principais iniciativas de compartilhamento de dados pessoais envolvendo o poder público**

Cabe, de início, registrar que a intensificação do compartilhamento de dados pessoais foi uma consequência indiscutível da pandemia de COVID-19. Tal reação foi especialmente visível no campo da pesquisa científica, no qual foi observada maior disposição para conceder acesso a dados e a resultados científicos,

assim como o surgimento de parcerias-público privadas envolvendo empresas farmacêuticas, *startups*, agências governamentais, universidades e organizações filantrópicas, em busca do desenvolvimento de medicamentos e vacinas<sup>6</sup>.

Outra seara em que se verificou significativo aumento das atividades de compartilhamento de dados refere-se ao contexto das atividades de empresas de telecomunicações e de tecnologia, com vistas ao monitoramento, contenção e mitigação da disseminação do vírus. Dada a possibilidade técnica de utilização de dados de geolocalização oriundos de terminais celulares, uma medida adotada de imediato por diversos países foi a criação de “mapas de calor”, utilizando dados anonimizados e agregados, com o objetivo de identificar locais com maior aglomeração de pessoas, observar padrões de deslocamento e estimar o nível de isolamento social da população<sup>7</sup>.

A viabilidade de uso de tais tecnologias para identificação da posição unívoca de determinada pessoa também impulsionou iniciativas para monitorar não apenas o comportamento de grupos de pessoas, mas também para controlar, de maneira individualizada, a observância da quarentena por parte de pessoas infectadas ou com suspeitas de infecção<sup>8</sup>. Observou-se, ainda, o surgimento de diversas iniciativas voltadas ao uso de aplicativos de rastreamento de contato (*contact tracing*) com base na emissão de sinais *bluetooth*, o que gerou duas ordens de preocupações: em primeiro lugar, quanto à forma de armazenamento dos dados coletados — de maneira centralizada, em bases de dados governamentais, ou de maneira descentralizada, permanecendo os dados no próprio dispositivo do usuário; e, em segundo lugar, quanto ao caráter voluntário ou compulsório de sua utilização e os impactos de sua adoção para o exercício de direitos e liberdades individuais<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> V. ABI YOUNES, G.; AYUBI, C.; BALLESTER, O.; CRISTELLI, G.; VAN DEN HEUVEL, M.; ZHOU, L.; PELLEGRINO, G.; DE RASSENFOSSE, G.; FORAY, D.; GAULE, P.; WEBSTER, E. M. *COVID-19: Insights from Innovation Economists*. 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3575824>. Acesso em: jul. 2020.

<sup>7</sup> Registre-se, a título de exemplo, os Relatórios de Mobilidade da Comunidade em função da COVID-19 produzidos pelo Google; os mapas de sintomas e de prevenção de doenças produzidos pelo Facebook; e, no Brasil, os mapas de calor com dados anonimizados e agregados fornecidos por operadoras móveis Claro, Oi, Tim e Vivo, em utilização em doze estados e quatorze prefeituras brasileiras, na data em que este artigo foi concluído. Vale registrar que medidas semelhantes já haviam sido adotadas no combate à malária na Tanzânia, ainda em 2008, e no combate ao vírus Ebola, na África Ocidental, em 2014. Cfr. SINDITELEBRASIL. *12 Estados e 14 Prefeituras já usam a plataforma das operadoras para identificar concentrações*. Nota à Imprensa de 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.sinditelebrasil.org.br/sala-de-imprensa/releases/3380-12-estados-e-14-prefeituras-ja-usam-a-plataforma-das-operadoras-para-identificar-concentracoes>. Disponível em: jul. 2020; TATEM, A. J., QIU, Y.; SMITH, D. L.; SABOT, O.; ALI, A. S.; MOONEN, B. The use of mobile phone data for the estimation of the travel patterns and imported Plasmodium falciparum rates among Zanzibar residents. *Malaria Journal*, v. 8, n. 1, nov. 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/40681131\\_The\\_use\\_of\\_mobile\\_phone\\_data\\_for\\_the\\_estimation\\_of\\_the\\_travel\\_patterns\\_and\\_imported\\_Plasmodium\\_falciparum\\_rates\\_among\\_Zanzibar\\_residents#fullTextFileContent](https://www.researchgate.net/publication/40681131_The_use_of_mobile_phone_data_for_the_estimation_of_the_travel_patterns_and_imported_Plasmodium_falciparum_rates_among_Zanzibar_residents#fullTextFileContent). Disponível em: jul. 2020; ERIKSON, S. L. Cell Phones as an Anticipatory Technology: Behind the Hype of Big Data for Ebola Detection and Containment. *Working Papers of the Priority Programme 1448 of the German Research Foundation Adaptation and Creativity in Africa: technologies and significations in the making of order and disorder*. Nr. 24, Leipzig and Halle 2018.

<sup>8</sup> Exemplos incluem o uso compulsório de pulseiras localizadoras, como em Hong Kong, a instalação de aplicativos no telefone celular, como na Polônia e na Turquia; e, ainda, a identificação da localização do terminal móvel com base na triangulação de estações rádio base ou por meio de sistemas satelitais, como em Taiwan. Cfr. MEISENZAHN, M. “People arriving in Hong Kong must wear tracking bracelets for 2 weeks or face jail time. Here’s how they work.” *Business Insider*, 4 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/hong-kong-has-tracking-bracelets-to-enforce-coronavirus-quarantine-2020-4>. Disponível em: jul. 2020; FRASER, M. Coronavirus contact tracing reignites Polish privacy debate. *Deutsche Welle*, 30 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/en/coronavirus-contact-tracing-reignites-polish-privacy-debate/a-53600913>. Disponível em: jul. 2020; ÖZKAN, B. Legal issues plague Turkey’s pandemic tracking isolation project. *Duvar.english*, 19 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.duvarenglish.com/health-2/coronavirus/2020/04/19/legal-issues-plague-turkeys-pandemic-tracking-isolation-project/>. Disponível em: jul. 2020; LEE, Y. Taiwan’s new ‘electronic fence’ for quarantines leads wave of virus monitoring. *Reuters*, 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-taiwan-surveillance/taiwans-new-electronic-fence-for-quarantines-leads-wave-of-virus-monitoring-idUSKBN2170SK>. Disponível em: jul. 2020.

<sup>9</sup> Aplicativos dessa natureza são, em sua grande maioria, baseados na emissão de sinais de *bluetooth*. Os telefones dos usuários dos aplicativos emitem sinais identificadores aleatórios que são registrados quando uma pessoa entra em contato com outra, observados determinados critérios de tempo e de distância. Quando uma pessoa recebe confirmação de que está infectada, pode consentir a que todas as pessoas com as quais teve contato relevante recebam uma notificação com orientações específicas, sem que sua identidade seja revelada. É possível distinguir entre abordagens centralizadas, nas quais os identificadores dos telefones são gerados, armazena-

Já no Brasil, as medidas de monitoramento e contenção da disseminação do vírus na população e os debates acerca de seus impactos sobre proteção de dados pessoais tiveram por pano de fundo dois importantes elementos contextuais: (i) de um lado, o protagonismo dos Estados e dos Municípios na adoção de medidas de enfrentamento à pandemia; e, de outro, (ii) a relevância do papel do Poder Judiciário no estabelecimento das condições de contorno para tais ações, inclusive no que se refere à proteção de dados pessoais.

As principais medidas de enfrentamento ao novo coronavírus foram delineadas pela Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabeleceu, dentre outras ações, a possibilidade de adoção de medidas de isolamento, de quarentena, de realização compulsória de testes e exames, de restrição de entrada e saída do país e de requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, mediante posterior pagamento de indenização. Para os fins deste trabalho, importa dar destaque ao disposto no artigo 6º da norma, que determinou a obrigatoriedade de compartilhamento, entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação. Ainda nos termos do referido dispositivo, tal obrigação incide, também, sobre as pessoas jurídicas de direito privado, quando houver solicitação por autoridade sanitária.

A aprovação da Lei foi acompanhada da aceleração da implantação da Estratégia de Saúde Digital, com a criação da Rede Nacional de Dados em Saúde – RNDS, descrita como uma plataforma nacional projetada para permitir a integração de informações relativas à atenção à saúde, à vigilância em saúde e à gestão em saúde dos diferentes entes federativos, de entidades públicas e privadas<sup>10</sup>.

Muito embora na esfera federal não tenham sido incorporadas, de maneira significativa, medidas tecnológicas de monitoramento de aglomerações e de rastreamento da disseminação do vírus, diversos Estados da federação entabularam parcerias com empresas de tecnologia e com prestadoras de serviços de telecomunicações para monitoramento dos índices de isolamento social e definição da estratégia de combate ao coronavírus a partir da análise de mapas de calor formados a partir de dados anonimizados e agregados. Uma das principais iniciativas nesse sentido foi a adotada pelo Governo de São Paulo, que, a partir de uma parceria com a associação que reúne as operadoras de telefonia móvel, criou o Sistema de Monitoramento Inteligente – SIMI. Os diversos questionamentos judiciais apresentados face à medida foram derrubados por decisão do órgão especial do Tribunal de Justiça de SP, que entendeu, por vinte votos a quatro, não existir ofensa à privacidade e à intimidade dos cidadãos<sup>11</sup>. Ainda antes da fixação de tal entendimento, já havia sido proferida decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre o tema, indeferindo liminarmente um pedido de *habeas corpus* preventivo impetrado contra o Governador do Estado de São Paulo<sup>12</sup>. Dentre as razões de decidir, consta que não foram identificados quaisquer atos objetivos que pudessem causar, direta ou indiretamente, perigo ou restrição à liberdade de locomoção no caso, visto que os usuários não eram individualmente identificáveis.

Por fim, os impactos da pandemia global quanto à escalada na coleta, análise e compartilhamento de dados pessoais não se limitaram, estritamente, às ações para o seu enfrentamento. De fato, a pandemia forçou a súbita migração de inúmeras atividades para o ambiente digital e a aceleração de projetos de transformação

---

dos e processados em bases de dados governamentais centralizadas, conferindo às autoridades uma visão mais abrangente quanto à disseminação do vírus; e abordagens descentralizadas, em que tais informações são mantidas no próprio dispositivo do usuário, o que oferece aos usuários maior grau de privacidade e proteção contra divulgação indevida de seus dados. O recém anunciado *Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing Programme* adota tal abordagem descentralizada.

<sup>10</sup> Cfr. Portaria do Ministério da Saúde n.º 1.434, de 28 de maio de 2020, que “[i]nstitui o Programa Conecte SUS e altera a Portaria de Consolidação no 1/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, para instituir a Rede Nacional de Dados em Saúde e dispor sobre a adoção de padrões de interoperabilidade em saúde”. No momento de conclusão deste artigo, a página eletrônica do RNDS informava que o projeto havia sido reorientado para receber e compartilhar informações referentes a resultados dos exames relacionados ao COVID-19 oriundos de laboratórios clínicos públicos e privados.

<sup>11</sup> Mandado de Segurança n.º 2.073.723-23.2020.8.26.0000 – São Paulo, julgado em 04 de junho de 2020.

<sup>12</sup> HABEAS CORPUS n.º 572.996 – SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16 de abril de 2020.

digital que já estavam em curso. Tais impactos foram sentidos de maneira bastante intensa pelo próprio poder público, que se viu compelido a intensificar esforços para a digitalização de serviços públicos com vistas à continuidade do exercício de suas atribuições legais<sup>13</sup>.

No Brasil, iniciativas de governo digital já vinham sendo desenvolvidas há vários anos, merecendo destaque a edição, em 2016, da primeira Estratégia de Governança Digital — hoje já em sua terceira edição. Não há dúvidas, entretanto, de que a pandemia imprimiu um novo ritmo e sentido de urgência ao processo de transformação digital, inclusive por conta da necessidade de viabilizar o pagamento do auxílio emergencial no valor de R\$600,00, instituído pela Lei n. 13.982, de 2020:

a pandemia e as consequências do isolamento social de parte da população acelerou ainda mais a digitalização de serviços públicos. Dos 676 serviços do governo federal transformados em digitais desde janeiro do ano passado, 161 foram entregues ao público em 2020, com destaque para o auxílio emergencial de R\$ 600. Neste caso, as tecnologias digitais permitiram — em menos de 30 dias — o *cadastro, o cruzamento de dados e o pagamento* deste necessário apoio aos trabalhadores informais e demais vulneráveis neste momento de crise<sup>14</sup> (grifou-se).

Como não poderia deixar de ser, a migração de serviços e de processos para o ambiente digital veio acompanhada por crescentes demandas de coleta, análise, compartilhamento e cruzamento de dados pessoais no âmbito do Poder Público. No caso do pagamento do auxílio emergencial, por exemplo, acórdão do Tribunal de Contas da União – TCU (2020) apontou para os riscos de inclusão e exclusão indevida de beneficiários, com identificação de seis fatores de risco: (i) baixa integração dos cadastros públicos; (ii) desatualização do Cadastro Único; (iii) dificuldade para identificação inequívoca em cadastros públicos; (iv) limitações para verificação de composição familiar; (v) limitações para verificação de vínculos de emprego e renda; e, (vi) limitações para cadastramento de pessoas com menor acesso a serviços públicos. Para endereçar tais fragilidades, o acórdão apresentou diversas recomendações quanto ao aprimoramento do cruzamento de dados contidos em bases do Poder Público<sup>15</sup>.

## 2.2 Compartilhamento e proteção de dados pessoais: principais reações

É correto afirmar que a implementação de soluções tecnológicas de enfrentamento à pandemia foi recebida com cautela por entidades voltadas à proteção de dados pessoais e, em muitos casos, cercada de questionamentos judiciais<sup>16</sup>.

Na Europa, por exemplo, a chegada da pandemia foi acompanhada por manifestações de autoridades de proteção de dados pessoais de diversos países e do próprio Comitê Europeu para a Proteção de Dados<sup>17</sup>,

<sup>13</sup> A comprovar tal fato, relatório do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da Organização das Nações Unidas aponta, durante a pandemia, um aumento no uso de serviços *online* como identidades e assinaturas digitais, associado inclusive ao aumento de pedidos por auxílio-desemprego e outros benefícios sociais. Indica, ademais, que o uso da tecnologia permitiu aos governos tomar decisões rápidas baseadas em análise de dados em tempo real, aprimorando a capacidade de coordenação de autoridades nacionais e locais com vistas à implementação de políticas baseadas em evidências.

<sup>14</sup> UEBEL, P.; MONTEIRO, L. F. S. *Artigo*. Uma Estratégia para o Brasil digital. O Globo, 24 de maio de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-uma-estrategia-para-brasil-digital-1-24438953>. Disponível em: jul. 2020.

<sup>15</sup> Por exemplo, as seguintes recomendações dirigidas ao Ministério da Cidadania:

“9.5.1. inclua nos cruzamentos de dados as bases de folha de pagamento de servidores dos poderes Legislativo e Judiciário federal e de servidores estaduais e municipais, no intuito de verificar renda e composição familiar, com base no § 11 do art. 2º da Lei 13.982/2020; 9.5.2. efetue cruzamentos de dados adicionais para mitigar o risco de pagamento indevido na terceira parcela e eventuais pendências de parcelas anteriores, devido à eventual alteração nas condições de elegibilidade do beneficiário, avaliando a viabilidade operacional e a relação custo-benefício do controle”.

<sup>16</sup> Exemplo marcante é o de Israel, em que a Suprema Corte revogou a autorização que ela própria havia, poucos dias antes, concedido para que a Agência de Segurança Israelense, Shin Beth, implementasse política de vigilância digital em massa como parte da estratégia de combate à COVID-19. Em sua decisão, a Suprema Corte ressaltou os riscos de violação do direito constitucional à privacidade e condicionou a continuidade da medida à aprovação de lei específica sobre o assunto. Cfr. WINER, S. High Court: Shin Bet surveillance of virus carriers must be enshrined in law. The Times of Israel, 26 de abril de 2020.

<sup>17</sup> Trata-se do European Data Protection Board – EDPB, organização que reúne representantes das autoridades de proteção de



indicando, de maneira unânime, a necessidade de observância dos princípios, das regras e dos direitos estabelecidos no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu – RGPD<sup>18</sup>, de modo a viabilizar formas legítimas de tratamento de dados pessoais em situações de emergência sanitária de alcance geral.

É possível identificar, em tais pronunciamentos, uma tônica comum: a de que não haveria incompatibilidade entre proteção de dados pessoais e medidas de combate à pandemia, compreendendo-se ser o arcabouço normativo europeu suficientemente flexível para assegurar a possibilidade de compartilhamento dos dados necessários ao efetivo enfrentamento da situação emergencial. Por outro lado, elementos frisados em tais comunicações referem-se, também, à necessidade de observar a limitação das ferramentas adotadas à *finalidade específica* de combate à pandemia e ao período de tempo estritamente necessário para tanto, observando-se os direitos e liberdades dos cidadãos.

Na ausência de uma autoridade de proteção de dados pessoais no Brasil, que veio a ser criada somente em novembro de 2020, coube ao Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, por meio de Nota Pública datada de 19 de maio de 2020, o papel de externar publicamente a necessidade de observância de princípios relacionados à proteção de dados pessoais, salientando a importância de que as medidas de rastreamento da população fossem excepcionais, limitadas e transparentes.

No que tange, especificamente, ao Princípio da Finalidade, é possível observar, em tais manifestações, a ideia de que “os fins devem ser *suficientemente específicos* para excluir o tratamento posterior para finalidades *não relacionadas com a gestão da crise* sanitária da COVID-19 (por exemplo, fins comerciais ou de aplicação da lei)”, e que “uma vez definido claramente o objetivo, será necessário assegurar que a utilização dos dados pessoais seja *adequada, necessária e proporcionada*”<sup>19</sup>. Assim, revela-se, claramente, a preocupação em compatibilizar o uso da tecnologia como ferramenta eficaz de resposta à pandemia com garantias de que esse aparato tecnológico de monitoramento, construído em um momento de excepcionalidade, não se perpetue após o fim da epidemia.

Por outro lado, quando se trata das iniciativas voltadas para a aceleração da migração de serviços e de processos rotineiros de governo para o ambiente digital, fruto indireto da pandemia, observa-se que a discussão sobre o Princípio da Finalidade assume nuances distintas. De fato, os processos de transformação digital de serviços de governo são normalmente concebidos como caminhos sem volta. Assim, elementos como a limitação temporal do tratamento de dados pessoais ao período da pandemia e a utilização de tais dados apenas para a finalidade específica de gestão da crise sanitária, frisados em comunicações de autoridades de proteção de dados pessoais em diferentes países, podem ser colocados em questão, especialmente quando se verifica que os dados coletados e os compartilhamentos realizados podem eventualmente ser úteis para atingir outras finalidades públicas, distintas daquelas que justificaram o tratamento original.

As demandas por compartilhamento de dados pessoais associadas à pandemia acabaram por precipitar, no Brasil, uma discussão judicial sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, com impactos profundos e duradouros para a disciplina de proteção de dados pessoais no país. O caso indubitavelmente mais importante, nesse contexto, é o da decisão do STF de suspender os efeitos da Medida Provisória 954, de 2020, que determinava o compartilhamento de dados detidos pelas operadoras de serviços de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, e que trouxe maior clareza quanto às condições para o compartilhamento de dados pessoais com o governo.

---

dados dos países europeus.

<sup>18</sup> Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho.

<sup>19</sup> EDPB – EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19*. Adotadas em 21 de abril de 2020. Disponível em [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_20200420\\_contact\\_tracing\\_covid\\_with\\_annex\\_pt.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_pt.pdf). Disponível em: jul. 2020.

## 2.3 Os novos parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal

Conforme mencionado anteriormente, o tema do compartilhamento de dados pessoais no âmbito do Poder Público e da alteração da finalidade de seu tratamento já havia sido enfrentado pelo STF em diferentes oportunidades, ainda que de maneira menos aprofundada. Em 2017, por exemplo, decisão da Ministra Carmem Lúcia já havia entendido não ser cabível o fornecimento de dados individualizados detidos pelo IBGE ao Ministério Público Federal – MPF, por representar violação ao sigilo estatístico e ensejar potencial abalo à confiança das pessoas que prestam informações ao instituto<sup>20</sup>. Já em 2018, decisão do Ministro Luís Roberto Barroso negou a possibilidade de compartilhamento de dados detidos pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP com o Tribunal de Contas da União – TCU, com base não apenas no entendimento de que tal compartilhamento violaria o dever de preservação do sigilo da informação, mas também com fundamento na ideia de que a mudança de finalidade do tratamento violaria preceitos constitucionais e subverteria a autorização daqueles que forneceram seus dados pessoais<sup>21</sup>.

Apesar da importância de tais decisões, que conferiram interpretação bastante restritiva quanto à possibilidade de compartilhamento e uso secundário de dados pessoais no âmbito do poder público, o STF não havia, ainda, se debruçado de maneira mais aprofundada sobre os parâmetros constitucionais a orientar o tratamento de dados pessoais pelo Estado.

Essa questão acabou sendo enfrentada pelo Tribunal justamente no contexto da pandemia de Covid-19. Em razão da impossibilidade de realizar entrevistas presencialmente, o IBGE tomou a decisão de realizar tais atividades por telefone. Para isso, no entanto, seria necessário ter acesso a uma base de dados telefônicos confiável e suficientemente representativa. Assim, foi editada a Medida Provisória 954/2020, que, referindo-se especificamente à situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, determinou que as empresas de telecomunicações prestadoras de serviços de telefonia fixa e móvel disponibilizassem à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas. A despeito dos cuidados de que a Medida Provisória buscou se cercar<sup>22</sup>, ela foi prontamente contestada por cinco diferentes Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)<sup>23</sup>, movidas por partidos políticos de diferentes matizes ideológicas e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O julgamento tornou-se paradigmático porque, dentre outras razões, consagrou o reconhecimento, pelo STF, de um direito autônomo à proteção de dados pessoais<sup>24</sup>.

Curiosamente, embora a ideia de finalidade do tratamento tenha sido discutida durante o julgamento, não foi possível observar grande aprofundamento nos debates acerca da *mudança de finalidade* do tratamento dos dados em questão e de eventual incompatibilidade com a finalidade original. De fato, a discussão do Tribunal prendeu-se de maneira mais direta ao fato de que *a nova finalidade não havia sido suficientemente especificada*,

<sup>20</sup> Trata-se da decisão de Medida Cautelar na suspensão de Liminar 1.103-SP, por meio da qual a Ministra Presidente do STF, Carmen Lúcia, suspendeu decisão do TRF da 3ª Região que havia determinado que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE fornecesse ao Ministério Público Federal dados necessários à identificação de quarenta e cinco crianças que não haviam sido regularmente registradas nos cartórios de registro civil de Bauru.

<sup>21</sup> A decisão foi proferida pelo Ministro Roberto Barroso, no contexto do Mandado de Segurança 36.150-DF, que havia sido impetrado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP contra acórdão do TCU que determinara a entrega de dados individualizados do Censo Escolar e do ENEM para auditoria do Programa Bolsa Família.

<sup>22</sup> A Medida Provisória determinou, por exemplo, que tais dados seriam utilizados para a finalidade exclusiva de produção estatística oficial, reafirmou seu caráter sigiloso, vedou seu compartilhamento com terceiros, estabeleceu determinadas obrigações de transparência quanto ao tratamento conferido aos dados e exigiu a eliminação de tais informações das bases de dados do IBGE quando superada a situação de emergência de saúde pública.

<sup>23</sup> ADI 6387, ADI 6388, ADI 6389, ADI 6390 e ADI 6393.

<sup>24</sup> MENDES, L. S. *Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais*. Portal Jota, 10 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Disponível em: jul. 2020.

conforme se depreende do Informativo 976 do STF:

o colegiado observou que o único dispositivo da MP 954/2020 a dispor sobre a finalidade e o modo de utilização dos dados objeto da norma é o § 1º do seu art. 2º. E esse limita-se a enunciar que os dados em questão serão utilizados exclusivamente pelo IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares. *Não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica*, tampouco sua amplitude. Igualmente não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados. (Grifou-se).

O acórdão, publicado em novembro de 2020, enfatizou, também, esse ponto:

4. Consideradas a *necessidade, a adequação e a proporcionalidade* da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, *interesse público legítimo* no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia.

5. *Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados*, a MP no 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua *adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades*. (Grifou-se).

Muito embora a decisão do STF nesse caso não tivesse se aprofundado na questão do uso secundário dos dados cadastrais dos usuários de serviços de telecomunicações, ao fixar a ideia de que a proteção de dados pessoais é um direito passível de controle diretamente em face da Constituição Federal, criou as bases para uma análise mais detalhada do tema em um julgado subsequente. Trata-se do caso enfrentado na ADPF 695, na qual se questionava o compartilhamento da base de dados do Departamento Nacional de Trânsito – Denatran com a Agência Brasileira de Inteligência, com base em um simples Termo de Autorização, amparado pelo Decreto n. 10.046, de 9 de outubro de 2019, que será analisado em mais detalhes adiante.

Embora o ato autorizativo tenha sido revogado antes do julgamento, o voto do Ministro Gilmar Mendes, amparando-se no anterior julgado do STF referente à MP 954, revela inúmeras referências à problemática da alteração da finalidade do tratamento, como se depreende dos excertos a seguir reproduzidos:

assim, no caso em tela, o que está em jogo não é apenas o nível de segurança da informação objeto do compartilhamento entre DENATRAN e ABIN, mas sim a existência de mecanismos adequados de *controle das finalidades* desse compartilhamento. Essa nova abordagem jurídica do direito fundamental à proteção de dados, nesse aspecto, engloba uma proteção abrangente, que desloca o eixo da proteção do conteúdo dos dados para as possibilidades e finalidades do seu processamento.

Todos esses fatores indicam que, a priori, *não há uma autorização irrestrita no ordenamento jurídico brasileiro ao livre fluxo e compartilhamento de dados no Poder Público, inclusive para realização das atividades de inteligência nacional*. Desse modo, convênios e acordos de compartilhamento baseados única e exclusivamente nas disposições do Decreto 10.046/2020 parecem afigurar-se potencialmente lesivos às garantias individuais discutidas nesta ADPF, a depender, é claro, das condições de compartilhamento e dos riscos envolvidos.

O teste de proporcionalidade é plenamente aplicável às relações de tratamento de dados no setor público. *A incidência do princípio da finalidade nessas relações não deve se limitar à busca por uma base legal – que no presente caso sequer é existente – mas deve levar em consideração também elementos como (i) as expectativas razoáveis do titular, (ii) a natureza dos dados processados e (iii) os possíveis prejuízos a serem suportados pelo titular*. (Grifou-se).

Interessa observar que, no caso em tela, o Ministro Relator entendeu que a revogação do Termo de Autorização que autorizara o compartilhamento dos dados não teria acarretado a perda de objeto da ADPF, dada a necessidade de examinar de maneira mais ampla o regime de compartilhamento de dados entre órgãos e instituições do Poder Público, com suposto lastro no Decreto nº. 10.046, de 2019, matéria caracterizada como sendo *“de extrema relevância para a proteção constitucional do direito constitucional à privacidade (art. 5º, caput e incisos X, da Constituição Federal), situando-se como garantia elementar de qualquer sociedade democrática contemporânea”*.

### 3 Riscos e benefícios do uso secundário de dados pessoais no âmbito do poder público

As decisões do STF lançaram novas luzes sobre o debate acerca dos benefícios e riscos das atividades de coleta, análise e compartilhamento de dados pessoais entre setor privado e setor público e no âmbito dos diferentes órgãos e entidades do poder público. Tais controvérsias já haviam se manifestado, no Brasil, por ocasião da publicação do Decreto n.º 8.789, de 2016<sup>25</sup>, que tratava da governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal, e foram renovadas por ocasião da publicação do Decreto 10.046, de 2019<sup>26</sup>, que o substituiu.

Vale recordar que tais normas foram publicadas no contexto de esforços de digitalização e de desburocratização do governo, com as finalidades de promover a simplificação da oferta de serviços públicos, viabilizar a formulação e implementação de políticas públicas baseadas em evidências, combater fraudes na distribuição de benefícios sociais e fiscais, dentre outras. Nessa linha, os mencionados Decretos acompanham a lógica do Decreto 9.094/2017, por exemplo, que dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário; e da Lei n.º 13.726, de 8 de outubro de 2017, que ficou conhecida por vedar a exigência de prova, perante o poder público, relativa ao fato de que já houvesse sido comprovado pela apresentação de outro documento válido.

Por outro lado, não são recentes — e nem exclusividade do Brasil — as preocupações quanto às propostas de ampla interconexão de bases de dados custodiadas pelo Poder Público e quanto ao uso secundário de dados pessoais, ou seja, o uso de dados pessoais para finalidades distintas daquelas que justificaram sua coleta inicial<sup>27</sup>.

De fato, o debate sobre compartilhamento e sobre o uso secundário de dados no âmbito do Poder Público acaba por suscitar duas perspectivas de difícil conciliação. De um lado, aquela que afirma que o amplo compartilhamento de dados no Poder Público propicia a oferta de melhores serviços públicos, a eficiência e a desburocratização; de outro, aquela que chama atenção para os riscos decorrentes de tais iniciativas. Tal descompasso de discursos já havia sido apontado por Taylor, Lips e Organ, que indicaram que estudos no campo da vigilância adotam, em geral, um enfoque crítico quanto à ampliação da captura e do tratamento de informações e dados pessoais pelo governo, ao passo que estudos no campo da administração pública e referentes à provisão de serviços públicos tendem a adotar uma visão amplamente favorável a tais atividades<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Por exemplo, a crítica de Cella e Copetti ao Decreto de 2016: “[c]om efeito, a tecnocracia, com seus ideais de eficiência, enxerga no compartilhamento de bancos de dados um bem em si mesmo. Diante desse posicionamento reducionista, resulta, aos olhos delirantes dos burocratas, inquestionável a decisão governamental que se enveredou para esse perigoso rumo de intercâmbio de dados pessoais, cuja implementação, sem que se considerem contrapesos e salvaguardas, pode levar a drásticos efeitos colaterais”. Cfr. CELLA, J. R. G.; COPETTI, R. Compartilhamento de Dados Pessoais e a Administração Pública Brasileira. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Maranhão, v. 3, p. 39-58, jul./dez. 2017. p. 40.

<sup>26</sup> Por ocasião da publicação do Decreto 10.046, de 2019, chegaram a ser apresentados, no Congresso Nacional, diversos Projetos de Decreto Legislativo com o objetivo de sustar os seus efeitos, argumentando-se ter havido exorbitação do poder regulamentar conferido ao poder Executivo.

<sup>27</sup> Ainda em 2003, o Grupo de Trabalho do Artigo 29 (*Article 29 – Data Protection Working Party*) produziu documento de trabalho sobre governo eletrônico que se debruçou sobre o tema, salientando os riscos associados à generalizada interconexão de bases de dados governamentais. O documento sugere que a análise sobre os riscos e benefícios de tais medidas seja pautada pelas seguintes questões: (i) quais são os benefícios esperados do uso dos dados e de sua interconexão, considerando os objetivos do governo? (ii) há abordagens alternativas para atingir o mesmo objetivo? (iii) quais são os riscos e custos da interconexão? (iv) quais garantias poderiam ser adotadas (por exemplo, tecnologias voltadas à privacidade)? e (v) ao fim da análise, há um equilíbrio entre os benefícios e riscos acarretados pela interconexão pretendida? Cfr. WP 29 – ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Working Document on E-Government. Adopted on 8 May 2003.

<sup>28</sup> TAYLOR, J.; LIPS, M.; ORGAN, J. Identification practices in government: Citizen surveillance and the quest for public service improvement. *Identity in the Information Society*, v. 1, n. 1, p. 135-154, nov. 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/225422938\\_Identification\\_practices\\_in\\_government\\_citizen\\_surveillance\\_and\\_the\\_quest\\_for\\_public\\_service\\_improvement/fullTextFileContent](https://www.researchgate.net/publication/225422938_Identification_practices_in_government_citizen_surveillance_and_the_quest_for_public_service_improvement/fullTextFileContent). Disponível em: jul. 2020.

Sob outro prisma, quando se trata de debater os limites ao compartilhamento de dados pessoais dentro do governo, a discussão sobre privacidade e proteção de dados pessoais é frequentemente caracterizada como um debate referente a um direito eminentemente individual, colocado em contraposição a interesses sociais mais amplos<sup>29</sup>. Dessa forma, a busca pela satisfação do interesse público ou do bem comum, de um lado, e a proteção da privacidade, de outro, são, muitas vezes, apresentados, de maneira reducionista, como objetivos inconciliáveis.

A doutrina tem buscado superar tal polarização dando ênfase à dimensão social e coletiva dos direitos associados à privacidade e à proteção de dados pessoais, decorrente inclusive do seu papel habilitador para o exercício de inúmeros outros direitos e garantias fundamentais<sup>30</sup>.

De fato, como expõe Raab, a ideia de um direito à privacidade e à proteção de dados pessoais para além de sua dimensão individual, dotado de interesse público e baseado em uma visão de complexidade social, traz importantes consequências práticas quando se trata de balancear valores contrapostos, como frequentemente ocorre no âmbito do tratamento de dados pessoais pelo poder público<sup>31</sup>. Assim, é preciso considerar que a despeito dos objetivos frequentemente meritórios e legítimos a justificar o compartilhamento e o uso secundário de dados pessoais no âmbito do Poder Público, a forma concreta de (re)utilização dos dados pode vir a ensejar consequências negativas, decorrentes (i) da quebra de confiança entre o titular dos dados e a organização que os coletou, (ii) da frustração das expectativas do titular quanto ao tratamento que justificou determinada coleta e (iii) da sensação de insegurança quanto à forma em que o dados pessoais serão utilizados no futuro<sup>32</sup>. É interessante notar que tais consequências podem até mesmo colocar em xeque a efetividade da política pública que justificou inicialmente a coleta dos dados, como se pode depreender dos debates havidos no Reino Unido acerca do compartilhamento de informações sobre pacientes entre o *National Health Service* e autoridades de imigração ligadas ao Ministério do Interior (*Home Office*)<sup>33</sup>.

O compartilhamento de dados dentro do Poder Público e o seu uso em contextos diversos do original suscitam, ainda, questões mais complexas ligadas ao *design* institucional, chamadas, por Solove<sup>34</sup>, de problemas “arquitetônicos”. Tais problemas estão associados, de um lado, aos riscos aumentados de danos morais ou materiais decorrentes de uma maior exposição e circulação dos dados<sup>35</sup>; e, de outro lado, à possibilidade de desequilíbrio indesejável do poder social ou institucional, decorrente de uma inadequada distribuição do conhecimento sobre indivíduos entre órgãos públicos com diferentes atribuições.

<sup>29</sup> Nessa linha, v. OSWALD, M. Share and Share Alike? An examination of trust, anonymisation and data sharing with particular reference to an exploratory research project investigating attitudes to sharing personal data with the public sector. *Scripted*, v. 11, Issue 3, dez. 2014. Disponível em: <http://nrl.northumbria.ac.uk/id/eprint/40603/1/oswald.pdf>. Disponível em: jul. 2020; REGAN, P. *Legislating Privacy. Technology, Social Values, and Public Policy*. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1995; e SIMITS, Spiros. Reviewing Privacy in an Information Society. *University of Pennsylvania Law Review* 135, p. 707-746, mar. 1987. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn_law_review). Disponível em: jul. 2020.

<sup>30</sup> Cfr. RAAB, C. D. Privacy, Social Values and the Public Interest. In: BUSCH, A; HOFMANN, J. (org.). *Politik und die Regulierung von Information, Politische Vierteljahresschrift Sonderheft 46*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2012; SOLOVE, D. J. Understanding Privacy. Cambridge: Harvard University Press, 2008; BLACK, G.; STEVENS, L. Enhancing Data Protection and Data Processing in the Public Sector: The Critical Role of Proportionality and the Public Interest. *Scripted*, v. 10, n. 1, p. 93-122, Abr. 2013.; MANTELERO, A. From Group Privacy to Collective Privacy: Towards a New Dimension of Privacy and Data Protection in the Big Data Era. In: TAYLOR, L.; FLORIDI, L.; VAN DER SLOOT, B. *Group Privacy: new challenges of data technologies*. Dordrecht: Springer, 2017. p. 139- 158.

<sup>31</sup> RAAB, C. D. Privacy, Social Values and the Public Interest. In: BUSCH, A; HOFMANN, J. (org.). *Politik und die Regulierung von Information, Politische Vierteljahresschrift Sonderheft 46*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2012.

<sup>32</sup> Cfr. SOLOVE, D. J. A Taxonomy of privacy. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 154, n. 3, Jan. 2006. Disponível em [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2074&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2074&context=faculty_publications). Disponível em: jul. 2020.

<sup>33</sup> TRAVIS, A. NHS chiefs urged to stop giving patient data to immigration officials. *The Guardian*, 31 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2018/jan/31/nhs-chiefs-stop-patient-data-immigration-officials>. Disponível em: jul. 2020.

<sup>34</sup> Cfr. SOLOVE, D. J. A Taxonomy of privacy. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 154, n. 3, p. 487, Jan. 2006. Disponível em [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2074&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2074&context=faculty_publications). Disponível em: jul. 2020.

<sup>35</sup> Por exemplo, os riscos aumentados de furto de identidade ou de incidentes de segurança que possam expor os dados pessoais em questão.

No âmbito doméstico, a questão encontra-se, ainda, revestida de considerável incerteza, visto que a LGPD se limita a enunciar, de maneira bastante vaga, em seu artigo 26, que o uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a *finalidades específicas* de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados na própria Lei. A Lei não enuncia elementos mais detalhados que permitam compreender em que medida os princípios de proteção de dados pessoais — e, em especial, o Princípio da Finalidade<sup>36</sup> — podem impactar o fluxo de dados pessoais dentro do próprio Estado.

Tais reflexões requerem o aprofundamento da análise acerca das possibilidades e limites do compartilhamento de dados pessoais no âmbito do poder público, avaliando-se em que medida o *Princípio da Finalidade* impõe restrições ao uso secundário de dados pelo Estado.

É o que se passa a examinar.

## 4 O princípio da finalidade e a divisão informacional de poderes

Do que precede, é possível compreender que o debate sobre compartilhamento e uso secundário de dados pessoais remete, fortemente, à discussão sobre o conceito de *autodeterminação informativa*, expresso no paradigmático julgamento do Tribunal Constitucional alemão de 1983<sup>37</sup>, no qual se afirmou que o acesso irrestrito a dados pessoais colocaria em risco praticamente todos os direitos constitucionalmente protegidos. Nos termos da decisão, o exercício da autodeterminação informativa ficaria seriamente comprometido caso indivíduos não pudessem, com suficiente segurança, saber quais informações a seu respeito são conhecidas e para quais finalidades tais informações são coletadas e tratadas. No contexto das modernas possibilidades de processamento de dados, afirmou o Tribunal, o livre desenvolvimento da personalidade requer que o indivíduo seja protegido contra a coleta, armazenamento, uso e compartilhamento ilimitado de dados pessoais.

Nesse sentido, a discussão sobre usos secundários de dados pessoais deve também pautar-se pela interpretação do *Princípio da Finalidade*, pilar fundamental das normas de proteção de dados pessoais<sup>38</sup> e que consta também da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira<sup>39</sup>. Tal princípio, que pode ser compreendido como um desdobramento da autodeterminação informativa, é, de fato, capaz de estabelecer importantes restrições ao uso secundário de dados pessoais, visto que condiciona a realização do tratamento para propósitos específicos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.

De fato, no entender de Mendes e Doneda, a aplicação de tal princípio, que vincula o tratamento de dados a determinada função, tem por efeito “afetar” dados pessoais a determinada finalidade, impedindo que sejam considerados como mera *res in commercium*<sup>40</sup>. Na mesma linha, Doneda e Viola consideram o Princípio da Finalidade como corolário de um pressuposto segundo o qual a informação pessoal, por ser expressão

<sup>36</sup> Cfr. Artigo 6º, inciso I da LGPD:

“Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, *sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.*” (Grifou-se).

<sup>37</sup> Volkszählungsurteil (BVerfGE 65, 1)

<sup>38</sup> De fato, a ideia de finalidade consta de documentos como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 8.2); a Convenção para a Proteção das Pessoas Relativamente aos Dados de Caráter Pessoal - Convenção 108 (art. 5º, “b”); e as Diretrizes sobre Privacidade da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (artigos 9 e 10).

<sup>39</sup> Cfr. Artigo 6º, inciso I da LGPD:

“Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, **sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.**” (Grifou-se).

<sup>40</sup> MENDES, L. S.; DONEDA, D. Reflexões iniciais sobre a nova Lei geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120. Ano 27. p. 469-483, nov. dez. 2018. p. 474.

direta da personalidade de seu titular, permanece sempre vinculada a ele. É justamente o Princípio da Finalidade, segundo os autores, que limita a possibilidade de utilização secundária da informação pessoal à revelia de seu titular, possibilidade que tornaria inócuos outros meios de proteção e controle os dados pessoais por parte da pessoa a quem se referem<sup>41</sup>.

#### 4.1 Autodeterminação informativa e o princípio da finalidade: delineamentos sobre a compatibilidade de finalidades secundárias no poder público

O Princípio da Finalidade gera também relevantes desdobramentos com relação ao tratamento de dados pessoais no âmbito do poder público. É com base nesse significativo princípio que parte importante da doutrina argumenta que o Estado não deve se configurar como uma “unidade informacional”, devendo os dados pessoais ser tratados em conformidade com as funções específicas do órgão público e com a finalidade específica que justificou sua coleta, conforme exposto por Simitis:

a limitação do tratamento vinculado pela finalidade afeta não apenas a manipulação dos dados, mas tem também extensas consequências organizacionais. A finalidade condiciona tanto o uso interno como externo. Seja o usuário um membro da organização ou não, a finalidade específica que legitima a coleta restringe qualquer tratamento adicional. Consequentemente, o governo, em particular, não pode mais ser tratado como uma única unidade informacional, a justificar o livre fluxo de dados entre todas as unidades governamentais. As funções específicas de uma agência e sua relação com a finalidade específica que conduziu à coleta dos dados determinam a possibilidade de acesso à informação, e não apenas o fato de que tal agência faz parte do governo. A estrutura interna do governo, portanto, precisa ser readequada para fazer frente às exigências de separação funcional que inibem as tendências de proliferação<sup>42</sup>. (Grifou-se).

Assim, a noção de divisão informacional de poderes tem sido utilizada para fundamentar o entendimento de que a finalidade de coleta e tratamento de dados pessoais por cada órgão público circunscreve-se à estrita definição de sua competência legal, sendo vedado o uso para outra finalidade dentro da Administração<sup>43</sup>. Embora o conceito seja recente no contexto brasileiro, observa-se, na experiência de outros países, que as políticas de governo digital frequentemente incorporam a ideia de que os cidadãos podem possuir múltiplas relações com o Estado, por meio de seus diferentes órgãos e entidades, e que deve caber ao indivíduo a decisão de permitir que uma entidade tenha visibilidade sobre as demais relações de identidade por ele mantidas<sup>44</sup>.

Por outro lado, é correto afirmar que o Princípio da Finalidade não corresponde a um impedimento absoluto ao uso secundário de dados pessoais, mas impõe a observância de que eventual nova finalidade seja *compatível* com a finalidade original<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> DONEDA, D. VIOLA, M. Risco e Informação Pessoal: o Princípio da Finalidade e a Proteção de Dados no Ordenamento Brasileiro. *Revista Brasileira de Risco e Seguro*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 85-102, out. 2009/mar.2010. p. 98.

<sup>42</sup> Cfr. SIMITIS, Spiros. Reviewing Privacy in an Information Society. *University of Pennsylvania Law Review* 135, p. 707-746, mar. 1987. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn_law_review). Disponível em: jul. 2020. p.741. Tradução livre de: “The limitation of purpose-bound processing not only affects the actual handling of the data but also has far-reaching organizational consequences. The purpose delineates both the internal and the external use. Whether the user is an insider or an outsider, the specific aim legitimating the collection restricts any further processing. Consequently, government in particular no longer can be treated as a single information unit, justifying a free flow of data among all governmental units. An agency’s specific functions and their relationship to the particular purpose that led to the collection of the data determine the access to the information, not the mere fact that the agency is part of the government. The internal structure of government, therefore, must be reshaped to meet the demands of functional separation that inhibits proliferation tendencies”.

<sup>43</sup> V. MARANHÃO, J; CAMPOS, R. *A divisão informacional de Poderes e o Cadastro Base do Cidadão*. Portal Jota, 18 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-divisao-informacional-de-poderes-e-o-cadastro-base-do-cidadao-18102019>. Disponível em: jul. 2020.

<sup>44</sup> Cfr. FISHENDEN, J. eID: Identity Management in an Online World. *5th European Conference on e-Government (ECEG 2005)*. Disponível em: <https://ntouk.files.wordpress.com/2015/05/eid-identity-management-in-an-online-world-paper.pdf>. Disponível em: jul. 2020; e FISHENDEN, J. *Federated Identity for Access to UK Public Services: 1997–2020. An overview*. 29 de junho de 2020. Versão 1.0. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/342623905\\_Federated\\_Identity\\_for\\_Access\\_to\\_UK\\_Public\\_Services\\_1997-2020](https://www.researchgate.net/publication/342623905_Federated_Identity_for_Access_to_UK_Public_Services_1997-2020). Disponível em: 10 set. 2020.

<sup>45</sup> Tal entendimento já havia sido expresso pelo Working Party 29 ainda em 2013. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORK-

A ideia de “compatibilidade” é, decerto, dotada de enorme abertura conceitual, requerendo elaboração adicional no campo da doutrina e da regulamentação brasileira. Nessa linha, Doneda e Viola, em trabalho publicado quase uma década antes da aprovação da LGPD, já indicavam que a compatibilidade entre o motivo da coleta e a utilização do dado pessoal em questão poderia ser verificada pela aplicação do Princípio da Proporcionalidade, o que permitira verificar, nos casos concretos, (i) se a utilização do dado não seria abusiva; (ii) se tal uso secundário não ultrapassaria os limites de uso que os titulares pudessem razoavelmente cogitar no momento do fornecimento do dado; e (iii) se haveria interesses relevantes que pudessem sugerir a necessidade de maior elasticidade e tolerância com utilizações mais amplas de dados pessoais<sup>46</sup>.

Alguns parâmetros adicionais podem ser depreendidos da experiência europeia. O Regulamento Geral de Proteção de Dados, por exemplo, estabelece que o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, ou para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, não é considerado incompatível com as finalidades iniciais (art. 5º) e, para os demais casos, estabelece alguns critérios que permitem avaliar a compatibilidade de tratamento de dados pessoais para uma finalidade distinta da original (art. 6.4). São eles: a existência de vínculos entre a finalidade original e a nova finalidade; o contexto em que os dados pessoais foram coletados, em particular no que tange ao relacionamento entre o titular dos dados e o controlador; a natureza dos dados pessoais; as possíveis consequências do tratamento adicional dos dados para os titulares; e a existência de salvaguardas apropriadas, que podem incluir o uso de criptografia ou de pseudonimização.

Tal conceito de compatibilidade de finalidades como condição para usos secundários de dados pessoais tem sido reiterado em inúmeras oportunidades em manifestações de autoridades de proteção de dados, que têm, de maneira indireta, remetido à noção de integridade contextual desenvolvida por Helen Nissenbaum<sup>47</sup>, que coloca ênfase sobre o atendimento às razoáveis expectativas dos indivíduos quanto à forma em que seus dados são tratados e compartilhados. No Brasil, também Bioni utiliza o conceito de privacidade contextual para refletir sobre usos secundários de dados pessoais, argumentando que a elasticidade do conceito, amparado nas legítimas expectativas dos titulares quanto às características contextuais da relação estabelecida entre controlador e titular, é que permite governar os usos secundários de dados que não podem ser previamente especificados e controlados de maneira rígida<sup>48</sup>.

#### 4.2 Usos secundários no poder público: é possível remediar a incompatibilidade de finalidades?

Por fim, diante do exposto, pode-se compreender que um grande desafio que se coloca para o setor público, nos casos em que se pretenda compartilhar dados pessoais entre distintos órgãos e entidades, está não apenas em verificar a existência de uma base legal para o tratamento dos dados, mas também em aferir se a nova finalidade que justifica o compartilhamento — que deve ser específica, e não genérica — possui compatibilidade com a finalidade original. Tais preocupações são particularmente relevantes no contexto do Poder Público, dada a natureza assimétrica, não facultativa e continuada das relações entre indivíduos e Estado.

Por outro lado, coloca-se a seguinte questão: caso se constate que determinado uso secundário é, de fato, incompatível com a finalidade original que justificou a coleta de dados, seria possível “remediar” tal incompatibilidade de finalidades? Se sim, de que forma?

Trata-se de questão não trivial. A Opinião n. 3/2003 do *Working Party* 29, por exemplo, expedida antes da aprovação do RGPD, sustentava que um tratamento incompatível não poderia ser remediado mediante a simples invocação de uma nova base legal. Na visão da organização, seria contrário ao espírito do Princípio

ING PARTY. Opinion 03/2013 on purpose limitation. Adopted on 2 April 2013.

<sup>46</sup> DONEDA, D. VIOLA, M. Risco e Informação Pessoal: o Princípio da Finalidade e a Proteção de Dados no Ordenamento Brasileiro. *Revista Brasileira de Risco e Seguro*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 85-102, out. 2009/mar.2010. p. 100.

<sup>47</sup> Cfr. NISSENBAUM, H. *Privacy in Context*. Technology, Policy, and the Integrity of Social Life. Stanford: Stanford University Press, 2010.

<sup>48</sup> BIONI, B. R. *Proteção de Dados Pessoais*. A função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 243 ss.



da Finalidade admitir que se pudesse, mediante simples modificação do contrato com o titular dos dados ou invocação de um interesse legítimo do controlador, “legalizar” um tratamento de dados pessoais que seria, em outras circunstâncias, incompatível com a finalidade original.

Por outro lado, é possível encontrar, em documentos internacionais, entendimentos mais flexíveis quanto ao tema. Ainda em 1974, Resolução do Conselho da Europa sobre a proteção da privacidade de indivíduos face a bases de dados eletrônicas no setor público afirmava que os dados armazenados não deveriam ser utilizados para outras finalidades além daquelas definidas, a não ser que houvesse (i) exceções previstas em lei; (ii) permissão por autoridade competente; ou (iii) que houvesse emendas às regras sobre o uso da base de dados eletrônica (art. 3, “c”). Também as diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE sobre privacidade, expedidas em 1980 e atualizadas em 2013, afirmam que dados pessoais não devem ser divulgados, tornados disponíveis ou utilizados para finalidades distintas daquelas que justificaram a coleta a não ser que haja (i) consentimento por parte do titular dos dados; ou (ii) previsão legal.

Essa é, também, a lógica adotada pelo RGPD, que, em seus prolegômenos, lança luz sobre a questão:

o tratamento de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais os dados pessoais tenham sido inicialmente recolhidos apenas deverá ser autorizado se for *compatível* com as finalidades para as quais os dados pessoais tenham sido inicialmente recolhidos. Nesse caso, não é necessário um fundamento jurídico distinto do que permitiu a recolha dos dados pessoais. [...]

Caso o titular dos dados tenha dado o seu *consentimento* ou o tratamento se baseie em *disposições do direito da União ou de um Estado-Membro* que constituam uma medida necessária e proporcionada, numa sociedade democrática, para salvaguardar, em especial, os *importantes objetivos de interesse público geral*, o responsável pelo tratamento deverá ser autorizado a proceder ao tratamento posterior dos dados pessoais, *independentemente da compatibilidade das finalidades*.

Em todo o caso, deverá ser garantida a aplicação dos princípios enunciados pelo presente regulamento e, em particular, a obrigação de informar o titular dos dados sobre essas outras finalidades e sobre os seus direitos, incluindo o direito de se opor. (Grifou-se).

Assim, apesar das controvérsias que circundam o tema, é possível identificar, no cenário internacional, uma certa consistência de entendimentos segundo os quais seria possível superar a incompatibilidade de finalidades por meio do consentimento do titular ou com base em previsão legal específica, necessária e proporcional, observando-se o pleno respeito aos demais princípios e direitos associados à proteção de dados pessoais. Nesse sentido, ganha particular importância o dever de transparência perante o titular, que se caracteriza como condição objetiva para o exercício de direitos como o de oposição ao novo tratamento<sup>49</sup>.

Cabe recordar, por fim, que, quando se trata das relações entre indivíduo e Estado, o uso da base legal do consentimento para fundamentar o tratamento de dados pessoais pode ser considerado problemático em alguns aspectos, dada a assimetria de forças entre cidadão e Estado, o que dificulta a obtenção de um consentimento livre, informado e inequívoco (*meaningful consent*)<sup>50</sup>. A superação de eventual incompatibi-

<sup>49</sup> Interessante, nesse sentido, observar manifestação da Information Commissioner’s Office – ICO, autoridade britânica de proteção de dados pessoais, que assinala que “[n]ão pode haver a obrigação de fornecer dados pessoais para oferecer serviços públicos importantes e depois usá-los para serviços que não justificariam tal obrigação, sem que haja nova consulta ao indivíduo ou previsão legal específica.” (Tradução livre, grifou-se). Cfr. ICO – INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE. *The Information Commissioner’s response to a call for evidence on digital identity from the Secretary of State for the Department for Digital, Culture, Media and Sport*. 13 Sep. 2019. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultation-responses/2019/2616260/ico-response-dcms-call-for-evidence-20190913.pdf>. Disponível em: jul. 2020. p. 8.

<sup>50</sup> Mesmo fora do contexto das relações cidadão – Estado, a base legal do consentimento para justificar usos secundários de dados pessoais é criticada por parte da doutrina. Simitis, por exemplo, afirma que o processo de consentimento é uma “mistificação” que desconsidera o fato de que o valor de uma doutrina regulatória como a do “consentimento informado” depende integralmente do contexto econômico e social da atividade em questão. V. SIMITIS, Spiros. Reviewing Privacy in an Information Society. *University of Pennsylvania Law Review* 135, p. 707-746, mar. 1987. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn_law_review). Disponível em: jul. 2020. p. 737. Também Cohen questiona a “retórica do consentimento” utilizada para legitimar tais tratamentos secundários, retórica essa que, em sua visão, obscurece as escolhas políticas subjacentes às atuais políticas de privacidade de dados. Para a autora, a “escolha” que tal modelo protege não é a escolha individual, mas

lidade de finalidades, no contexto do uso secundário de dados pessoais no âmbito do Poder Público, requer, portanto, análise criteriosa acerca da base jurídica mais apropriada para sustentar o novo tratamento, considerando que nem sempre o consentimento será a opção mais adequada. Além disso, como se pode depreender tanto da experiência internacional como do debate doméstico sobre o tema, previsão normativa genérica a autorizar o compartilhamento de dados pessoais parece carecer dos elementos necessários para legitimar usos secundários de dados pessoais no âmbito do Estado, sendo necessária a previsão de finalidade suficientemente especificada, que permita a avaliação do interesse público a ser atingido, assim como a necessidade e adequação de tal medida.

Por último, o reconhecimento dos profundos impactos que a circulação de dados pessoais no âmbito do Estado pode ensejar para a esfera de direitos dos indivíduos impõe que usos secundários de dados pessoais venham acompanhados não apenas da identificação de uma base legal apropriada, mas também de avaliação sobre as consequências de tais novas utilizações para os direitos e liberdades do titular, estabelecendo-se, com transparência, as políticas e salvaguardas adequadas para a mitigação de eventuais riscos identificados.

## 5 Considerações finais: consequências para o debate brasileiro

Ao longo deste artigo, buscou-se demonstrar que a pandemia de Covid-19 teve por efeito intensificar e acelerar as iniciativas de compartilhamento de dados pessoais com o Poder Público e entre seus órgãos e entidades, precipitando discussões judiciais que acabaram por estabelecer novos paradigmas para o tratamento de dados pelo Estado. Assim, uma situação extraordinária, muitas vezes invocada para sustentar a adoção de medidas de excepcionalidade, deixou um legado inesperado: a fixação definitiva, na jurisprudência, de parâmetros interpretativos sobre o tratamento de dados no poder público, com impactos duradouros e estruturantes para o debate doméstico sobre o tema.

Assim, a partir do reconhecimento pelo STF de um direito fundamental à proteção de dados pessoais (ADI 6387), decisão subsequente fixou o entendimento de que não há uma autorização irrestrita no ordenamento jurídico brasileiro ao livre fluxo e compartilhamento de dados no âmbito do Poder Público (ADPF 695), e que eventuais usos secundários de dados pessoais, a partir de seu compartilhamento entre diferentes órgãos e entidades, devem levar em consideração elementos como as expectativas razoáveis do titular, a natureza dos dados processados e os possíveis prejuízos a serem suportados pelo titular.

Os julgados em questão são de enorme importância para o debate nacional sobre o tratamento de dados pessoais no âmbito do Estado e impõem, para a doutrina e para o próprio Poder Executivo, a necessidade de aprofundamento da discussão sobre os critérios que podem viabilizar o legítimo compartilhamento de dados entre órgãos e entidades do poder público.

Com base na experiência internacional e à luz do próprio texto da LGPD, é possível compreender que não haveria impedimentos *a priori* ao compartilhamento de dados com vistas ao tratamento de dados pessoais para finalidades *compatíveis* com aquelas que justificaram a coleta original, desde que observadas as regras procedimentais e, principalmente, os princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, tais como a necessidade, a adequação e a transparência. É certo, por outro lado, que a indeterminação e a abertura do conceito de “compatibilidade” indicam a premência do desenvolvimento de parâmetros mais objetivos para sua aferição nos casos concretos.

Por outro lado, quando se trata de *usos secundários incompatíveis* com a finalidade original, coloca-se a questão de saber se tal incompatibilidade teria por efeito excluir, de maneira definitiva, a possibilidade do

---

a escolha dos controladores de dados sobre como, e para quais finalidades, classificar os indivíduos. COHEN, J. Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object. *Stanford Law Review* 52, p. 1373-1438, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/810>. Disponível em: jul. 2020. p. 1399.

tratamento pretendido, ou se seria possível superar tal incompatibilidade mediante a invocação de novas bases legais.

Embora a questão não seja incontroversa, a experiência internacional indica, nesses casos, que nova autorização do titular ou previsão legal específica poderiam fundamentar tais novos tratamentos, desde que garantida a aplicação dos princípios de proteção de dados e, em especial, a adequada informação ao indivíduo afetado. No caso de usos secundários no âmbito do poder público, a assimetria de forças e o caráter não voluntário da relação entre cidadão e Estado impõem a necessidade de cautela adicional na utilização da base legal do consentimento para legitimar tal novo tratamento.

Esse entendimento é, de certo modo, compatível com o julgamento do STF no caso da MP 954, que determinava o compartilhamento de dados entre empresas de telecomunicações e o IBGE. Conforme exposto anteriormente, a censura do Tribunal não recaiu sobre a mudança de finalidade, mas voltou-se, principalmente, para a insuficiente especificação da finalidade do compartilhamento, o que, no entender do STF, tornaria impossível aferir o interesse público, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida. A decisão monocrática proferida no âmbito da ADPF 695 também parece seguir tal linha de raciocínio, ao indicar a necessidade de que a mudança de finalidade do tratamento encontre não apenas uma base legal, mas também observe critérios substantivos que permitam salvaguardar as expectativas dos titulares, assim como os seus direitos.

De ambas as decisões, é possível extrair a ideia de que ainda que se possa, em determinadas circunstâncias, admitir o compartilhamento de dados pessoais no âmbito do poder público com mudança das finalidades que justificaram sua coleta, não basta simplesmente conferir um verniz de legalidade para formalmente justificar tal uso secundário. É necessário, ao invés, o estabelecimento de salvaguardas materiais e procedimentais e a observância de todo o conjunto de direitos e princípios associados à proteção de dados pessoais, justificando-se, claramente, o interesse público específico a ser atingido, tendo em vista os parâmetros protetivos conferidos pelos princípios constitucionais que asseguram a liberdade individual, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade.

Definir a maneira concreta pela qual tal exercício de balanceamento pode ser realizado, com segurança e legitimidade, à luz das disposições da LGPD e da Constituição Federal, é tarefa ainda a ser enfrentada no campo normativo e doutrinário.

## Referências

ABI YOUNES, G.; AYOUBI, C.; BALLESTER, O.; CRISTELLI, G.; VAN DEN HEUVEL, M.; ZHOU, L.; PELLEGRINO, G.; DE RASSENFOSSE, G.; FORAY, D.; GAULE, P.; WEBSTER, E. M. *COVID-19: Insights from Innovation Economists*. 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3575824>. Acesso em: jul. 2020.

ABREU, J. D. S. *O Compartilhamento de Dados Pessoais no Decreto n. 8.789/16: um Frankenstein de dados brasileiro?* Portal Jota, 8 julho 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2Fsqwge> Disponível em: jul. 2020.

BIONI, B. R. *Proteção de Dados Pessoais. A função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLACK, G.; STEVENS, L. Enhancing Data Protection and Data Processing in the Public Sector: The Critical Role of Proportionality and the Public Interest. *Scripted*, v. 10, n. 1, p. 93-122, Abr. 2013.

CELLA, J. R. G.; COPETTI, R. Compartilhamento de Dados Pessoais e a Administração Pública Brasileira. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Maranhão, v. 3, p. 39-58, jul./dez. 2017.

CGI.br - COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Nota Pública sobre tratamento de dados pessoais e vigilância no período de isolamento social pela pandemia da COVID-19*. 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://cgi.br/esclarecimento/nota-publica-sobre-tratamento-de-dados-pessoais-e-vigilancia-no-periodo-de-isolamento-social-pela-pandemia-da-covid-19/>. Disponível em: jul. 2020.

CoE - COUNCIL OF EUROPE. *Resolution 74(29) on the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the public sector*. Adopted by the Committee of Ministers on 20 September 1974 at the 236th meeting of the Ministers' Deputies. Disponível em: <https://rm.coe.int/09000016807aa909>. Disponível em: jul. 2020.

COHEN, J. Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object. *Stanford Law Review* 52, p. 1373-1438, 2000. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/810>. Disponível em: jul. 2020.

DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

DONEDA, D. VIOLA, M. Risco e Informação Pessoal: o Princípio da Finalidade e a Proteção de Dados no Ordenamento Brasileiro. *Revista Brasileira de Risco e Seguro*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 85-102, out. 2009/mar.2010.

EDPB – EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19*. Adotadas em 21 de abril de 2020. Disponível em [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_20200420\\_contact\\_tracing\\_covid\\_with\\_annex\\_pt.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_pt.pdf). Disponível em: jul. 2020.

ERIKSON, S. L. Cell Phones as an Anticipatory Technology: Behind the Hype of Big Data for Ebola Detection and Containment. *Working Papers of the Priority Programme 1448 of the German Research Foundation Adaptation and Creativity in Africa: technologies and significations in the making of order and disorder*. Nr. 24, Leipzig and Halle 2018. Disponível em: [https://lost-research-group.org/wp-content/uploads/2018/01/WP24\\_Erikson\\_180115.pdf](https://lost-research-group.org/wp-content/uploads/2018/01/WP24_Erikson_180115.pdf). Disponível em: jul. 2020.

FISHENDEN, J. *Federated Identity for Access to UK Public Services: 1997–2020. An overview*. 29 de junho de 2020. Versão 1.0. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/342623905\\_Federated\\_Identity\\_for\\_Access\\_to\\_UK\\_Public\\_Services\\_1997-2020](https://www.researchgate.net/publication/342623905_Federated_Identity_for_Access_to_UK_Public_Services_1997-2020). Disponível em: 10 set. 2020.

FISHENDEN, J. eID: Identity Management in an Online World. *5th European Conference on e-Government (ECEG 2005)*. Disponível em: <https://ntouk.files.wordpress.com/2015/05/eid-identity-management-in-an-online-world-paper.pdf>. Disponível em: jul. 2020.

FRASER, M. Coronavirus contact tracing reignites Polish privacy debate. *Deutsche Welle*, 30 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/en/coronavirus-contact-tracing-reignites-polish-privacy-debate/a-53600913>. Disponível em: jul. 2020

GINSBURG, T.; VERSTEEG, M. Binding the Unbound Executive: Checks and Balances in Times of Pandemic. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 747*. 9 de junho de 2020. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3608974>. Disponível em: jul. 2020.

ICO – INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. *The Information Commissioner's response to a call for evidence on digital identity from the Secretary of State for the Department for Digital, Culture, Media and Sport*. 13 Sep. 2019. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultation-responses/2019/2616260/ico-response-dcms-call-for-evidence-20190913.pdf>. Disponível em: jul. 2020.

ICO – INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. *Big Data, Artificial Intelligence, Machine Learning and Data Protection* (2017). Disponível em: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf>. Disponível em: jul. 2020.

LEE, Y. Taiwan's new 'electronic fence' for quarantines leads wave of virus monitoring. *Reuters*, 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-taiwan-surveillanc/taiwans-new-electronic-fence-for-quarantines-leads-wave-of-virus-monitoring-idUSKBN2170SK>. Disponível em: jul. 2020.

MANTELERO, A. From Group Privacy to Collective Privacy: Towards a New Dimension of Privacy and Data Protection in the Big Data Era. In: TAYLOR, L.; FLORIDI, L.; VAN DER SLOOT, B. *Group Privacy: new challenges of data technologies*. Dordrecht: Springer, 2017. p. 139- 158.

MARANHÃO, J; CAMPOS, R. *A divisão informacional de Poderes e o Cadastro Base do Cidadão*. Portal Jota, 18 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-divisao-informacional-de-poderes-e-o-cadastro-base-do-cidadao-18102019>. Disponível em: jul. 2020.

MEISENZAHL, M. "People arriving in Hong Kong must wear tracking bracelets for 2 weeks or face jail time. Here's how they work. *Business Insider*, 4 de maio de 2020. Disponível em <https://www.businessinsider.com/hong-kong-has-tracking-bracelets-to-enforce-coronavirus-quarantine-2020-4>. Disponível em: jul. 2020.

MENDES, L. S. *Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais*. Portal Jota, 10 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Disponível em: jul. 2020.

MENDES, L. S.; DONEDA, D. Reflexões iniciais sobre a nova Lei geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120. Ano 27. p. 469-483, nov. dez. 2018.

NISSENBAUM, H. *Privacy in Context. Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *The OECD Privacy Framework*. (2013). Disponível em: [https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd\\_privacy\\_framework.pdf](https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf). Disponível em: jul. 2020.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *The Path to Becoming a Data-Driven Public Sector*. Paris: OECD Publishing, 2019.

OSWALD, M. Share and Share Alike? An examination of trust, anonymisation and data sharing with particular reference to an exploratory research project investigating attitudes to sharing personal data with the public sector. *Scripted*, v. 11, Issue 3, dez. 2014. Disponível em: <http://nrl.northumbria.ac.uk/id/eprint/40603/1/oswald.pdf>. Disponível em: jul. 2020.

ÖZKAN, B. Legal issues plague Turkey's pandemic tracking isolation project. *DuwaR.english*, 19 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.duwarenglish.com/health-2/coronavirus/2020/04/19/legal-issues-plague-turkeys-pandemic-tracking-isolation-project/>. Disponível em: jul. 2020.

RAAB, C. D. Privacy, Social Values and the Public Interest. In: BUSCH, A; HOFMANN, J. (org.). *Politik und die Regulierung von Information, Politische Vierteljahresschrift Sonderheft 46*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2012.

REGAN, P. *Legislating Privacy. Technology, Social Values, and Public Policy*. Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1995

SIMITIS, Spiros. Reviewing Privacy in an Information Society. *University of Pennsylvania Law Review* 135, p. 707-746, mar. 1987. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3952&context=penn_law_review). Disponível em: jul. 2020.

SINDITELEBRASIL. *12 Estados e 14 Prefeituras já usam a plataforma das operadoras para identificar concentrações*. Nota à Imprensa de 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.sinditelebrasil.org.br/sala-de-im>

prensa/releases/3380-12-estados-e-14-prefeituras-ja-usam-a-plataforma-das-operadoras-para-identificar-concentracoes. Disponível em: jul. 2020.

SOLOVE, D. J. A Taxonomy of privacy. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 154, n. 3, Jan. 2006. Disponível em [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2074&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2074&context=faculty_publications). Disponível em: jul. 2020.

SOLOVE, D. J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo de Jurisprudência 976 – 4 a 8 de maio de 2020*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo976.htm>. Disponível em: jul. 2020.

TATEM, A. J.; QIU, Y.; SMITH, D. L.; SABOT, O.; ALI, A. S.; MOONEN, B. The use of mobile phone data for the estimation of the travel patterns and imported Plasmodium falciparum rates among Zanzibar residents. *Malaria Journal*, v. 8, n. 1, nov. 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/40681131\\_The\\_use\\_of\\_mobile\\_phone\\_data\\_for\\_the\\_estimation\\_of\\_the\\_travel\\_patterns\\_and\\_imported\\_Plasmodium\\_falciparum\\_rates\\_among\\_Zanzibar\\_residents#fullTextFileContent](https://www.researchgate.net/publication/40681131_The_use_of_mobile_phone_data_for_the_estimation_of_the_travel_patterns_and_imported_Plasmodium_falciparum_rates_among_Zanzibar_residents#fullTextFileContent). Disponível em: jul. 2020.

TAYLOR, J.; LIPS, M.; ORGAN, J. Identification practices in government: Citizen surveillance and the quest for public service improvement. *Identity in the Information Society*, v. 1, n. 1, p. 135-154, nov. 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/225422938\\_Identification\\_practices\\_in\\_government\\_citizen\\_surveillance\\_and\\_the\\_quest\\_for\\_public\\_service\\_improvement#fullTextFileContent](https://www.researchgate.net/publication/225422938_Identification_practices_in_government_citizen_surveillance_and_the_quest_for_public_service_improvement#fullTextFileContent). Disponível em: jul. 2020.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 1428/2020 - Plenário*, Rel. Min. Bruno Dantas. Processo 016.827/2020-1. Data da sessão: 3 de junho de 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-a-implementacao-do-auxilio-emergencial.htm>. Disponível em: jul. 2020.

TRAVIS, A. NHS chiefs urged to stop giving patient data to immigration officials. *The Guardian*, 31 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2018/jan/31/nhs-chiefs-stop-patient-data-immigration-officials>. Disponível em: jul. 2020.

UEBEL, P.; MONTEIRO, L. F. S. *Artigo: Uma Estratégia para o Brasil digital*. O Globo, 24 de maio de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-uma-estrategia-para-brasil-digital-1-24438953>. Disponível em: jul. 2020.

UNDESA – UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. *E-Government Survey 2020. Digital Government in the Decade of Action for Sustainable Development (with addendum on COVID-19 Response)*. New York: United Nations, 2020.

WINER, S. High Court: Shin Bet surveillance of virus carriers must be enshrined in law. *The Times of Israel*, 26 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.timesofisrael.com/high-court-shin-bet-surveillance-of-virus-carriers-must-be-enshrined-in-law/>. Disponível em: jul. 2020.

WP 29 – ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Opinion 03/2013 on purpose limitation*. Adopted on 2 April 2013. Disponível em: [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf). Disponível em: jul. 2020.

WP 29 – ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Working Document on E-Government*. Adopted on 8 May 2003. Disponível em: [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/e-government\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/e-government_en.pdf). Disponível em: jul. 2020.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Eficiência das políticas de inovação nos setores industriais brasileiros:** sugestões para a crise da COVID-19

**Efficiency of innovation policies in brazilian industrial sectors:** suggestions for the COVID-19 crisis

Michelle Márcia Viana Martins

Chrystian Soares Mendes

# Eficiência das políticas de inovação nos setores industriais brasileiros: sugestões para a crise da COVID-19\*

## Efficiency of innovation policies in brazilian industrial sectors: suggestions for the COVID-19 crisis

Michelle Márcia Viana Martins\*\*

Chrystian Soares Mendes\*\*\*

### Resumo

Este artigo busca identificar os setores eficientes em utilizar os recursos públicos para promover incrementos nos gastos em P&D e inovação. Por meio das políticas industriais, o Estado tem papel fundamental no estímulo as atividades inovativas, induzindo a economia a retomada do crescimento econômico em um cenário de crise. Para avaliar a eficiência do apoio governamental, foi utilizado o método da Análise Envoltória de Dados e o cálculo do índice de Malmquist, com os dados da PINTEC para o período de 2009-2011 e 2012-2014 (período de dados mais recente). Os resultados fornecem uma noção dos segmentos que poderão contribuir para o crescimento econômico com o do apoio dos recursos públicos para a retomada da atividade industrial. Os setores mais eficientes foram aqueles cujos insumos básicos são obtidos em abundância no Brasil. Isso sugere que a contínua ação do Estado poderá promover a agregação de valor do produto nacional e permitir que os negócios brasileiros alcancem novos mercados. Além disso, é uma oportunidade de aprimorar a vantagem comparativa do Brasil na produção/extração de produtos primários. Contudo, ainda é necessária uma ação coordenada entre os setores públicos e privados para o delineamento de políticas industriais. Essa análise é simplória frente à complexidade em definir os setores-chave para a retomada do crescimento, sobretudo em um cenário no qual se espera uma alta taxa de desemprego e estagnação. Porém, é fornecida uma noção de como as indústrias nacionais responderam aos incentivos governamentais no âmbito da inovação. Para trabalhos futuros, recomenda-se definir os determinantes para o crescimento da indústria no cenário de crise.

**Palavras-chave:** Inovação. Indústria de Transformação. Análise de Eficiência. Crise econômica. COVID-19.

### Abstract

This article seeks to identify sectors that are efficient in using public resources to promote increases in spending on R&D and innovation. The discus-

\* Recebido em 07/04/2020  
Aprovado em 06/05/2020

\*\* Economista, doutoranda em Economia Aplicada pela Universidade de São Paulo (PPGEA ESALQ/USP). Professora substituta na Universidade Federal do Rio Grande (FURG). E-mail: michellemartins@usp.br.

\*\*\* Economista, doutor em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Professor Adjunto do Departamento de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). E-mail: csmendes@ufop.edu.br.



sion is based on the role of the State in promoting innovative activities for the resumption of the economy in a crisis scenario. For that, the Data Envelopment Analysis method and the Malmquist index calculation were used, with PINTEC data for the period 2009-2011 and 2012-2014 (most recent data period). The results provide an idea of the segments that may contribute to economic growth with that of government support for the resumption of industrial activity. The most efficient sectors were those whose basic inputs are obtained in abundance in Brazil. This suggests that the continuous action of the State may promote the added value of the national product and allow Brazilian businesses to reach new markets. In addition, it is an opportunity to improve Brazil's comparative advantage in the production / extraction of primary products. However, there is still a need for coordinated action between the public and private sectors to design industrial policies. This analysis is simplistic given the complexity of defining the key sectors for the resumption of growth, especially in a scenario in which a high rate of unemployment and stagnation is expected. However, it is provided a notion of how national industries responded to government incentives in the scope of innovation for future work, it is recommended to define the determinants for the growth of the industry in the crisis scenario.

**Keywords:** Innovation. Transformation industry. Efficiency Analysis. Economic crisis. COVID-19.

## 1 Introdução

Atualmente, o Brasil e o mundo enfrentam uma nova crise mundial associada à pandemia da COVID-19, trazendo aos debates econômicos perspectivas da retomada do crescimento em um cenário de recessão que poderá se estender por anos. Muito se questiona sobre as profundas alterações na dinâmica do desenvolvimento, além das iniciativas para reaver a estrutura existente que visam retardar ao máximo os investimentos já realizados. Nesse sentido, a atuação do Estado faz-se necessária por meio de políticas públicas e medidas regulatórias que criem condições para a retomada da atividade industrial e dos respectivos postos de trabalhos.

A busca de respostas sobre os fatores que influenciam o crescimento dos países tem evidenciado um campo de pesquisas caracterizado pela complexidade e amplitude de possibilidades para o desenvolvimento científico. Os modelos<sup>1</sup> postulados por Romer<sup>2</sup>, Grossman e Helpman<sup>3</sup> e Aghion e Howitt<sup>4</sup> incorporam às variáveis econômicas tradicionais outros elementos que possam ser determinantes do crescimento de longo prazo, entre eles o papel do Estado na regulação dos processos econômicos e a geração de novos produtos e/ou processos por um setor técnico-científico estruturado dentro de um mercado competitivo. De modo complementar, Rodrik e Hausmann, influentes na Escola de Governo de Harvard; Chang, na Escola de Economia de Cambridge e Sabel, na Escola de Direito de Columbia postulam como estratégia desenvolvimentista o estabelecimento de Políticas Industriais (PIs) como apoio ao setor produtivo<sup>5</sup>. Essa evolução possibilitou um melhor arcabouço científico e teórico para explicar as variações no Produto Interno Bruto (PIB), em que elementos não necessariamente econômicos, tais como pesquisa, desenvolvimento e inovação (P, D&I), passam a influenciar o nível de produção do país.

<sup>1</sup> Os autores partem da teoria do crescimento endógeno, ou seja, o crescimento econômico é resultado de forças endógenas, como investimento em capital humano, inovação, conhecimento e não de forças externas.

<sup>2</sup> ROMER, Paul Michael. Endogenous technological change. *Journal of political Economy*, v. 98, n. 5, Part 2, p. S71-S102, 1990. ROMER, Paul Michael. Growth based on increasing returns due to specialization. *The American Economic Review*, v. 77, n. 2, p. 56-62, 1987. p. 56.

<sup>3</sup> GROSSMAN, Gene Michael; HELPMAN, Elhanan. Trade, knowledge spillovers, and growth. *European economic review*, v. 35, n. 2-3, p. 525-526, 1991.

<sup>4</sup> AGHION, Philippe; HOWITT, Peter. A model of growth through creative destruction. National Bureau of Economic Research, *Econometrica*, v. 60, n. 2, p. 332, 1992.

<sup>5</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes. Política Industrial, Direito e Desenvolvimento: razões econômicas, experiências institucionais e racionalidades regulatórias. DIREITO Econômico Regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 2.

A contribuição dessas variáveis para o crescimento econômico pode ser entendida como incentivos produtivos que aprimoram a vantagem competitiva de um negócio. Não obstante, as mudanças tecnológicas fundamentadas pelos processos de P, D&I são caracterizadas pelos riscos e incertezas em torno da percepção das oportunidades econômicas ainda não exploradas.<sup>6</sup> Nessa perspectiva, muitas empresas realizam investimentos nesse domínio de modo insuficiente, resultando em falhas de mercado com consequente dissociação entre as expectativas privadas de rentabilidade e os benefícios sociais resultantes dos empreendimentos.<sup>7</sup> Desse modo, conforme apontado por Hall e Van Reenen<sup>8</sup>, o Estado atua, por meio das PIs, fornecendo recursos públicos que incrementam os dispêndios realizados pelo setor privado. Com efeito, buscam solucionar o problema da externalidade negativa e impulsionar os investimentos em P, D&I para um nível social ótimo<sup>9</sup>.

O desenho das PIs varia entre os países, mas os principais instrumentos empregados para o fomento da inovação consistem na combinação de incentivos fiscais (redução de impostos para estimular determinado setor) com incentivos financeiros (créditos, subsídios e outros).<sup>10</sup> Em regra, costuma-se conciliar medidas de incentivo e disposições regulatórias com o intuito de alterar a alocação dos recursos industriais, influenciando, assim, a estrutura e o desempenho do setor. Com isso, no contexto da adoção de estratégias inovadoras e da formação dos parques produtivos, os países, sobretudo aqueles em desenvolvimento, têm protagonizado diferentes experiências institucionais de implementação de políticas industriais. No caso brasileiro, o país adotou, no segundo pós-guerra, a mesma estratégia da Coreia do Sul, estabelecendo políticas industriais de corte desenvolvimentista, amplamente interventivas, destinadas a constituir os parques produtivos nacionais.<sup>11</sup> Mas, no início dos anos 90, por sua vez, diante de profundas distorções macroeconômicas resultantes de um constante processo inflacionário e fraca aceleração econômica, as políticas públicas, com amparo das recomendações liberalizantes, visavam, além da redução dos preços, à abertura gradual da economia e privatizações, o que levou a um processo de desindustrialização e acirramento da competição.<sup>12</sup>

Após a crise inflacionária dos anos 1980 e meados de 1990, as PIs brasileiras passaram a ser consideradas sob o espectro da inovação tecnológica, assumindo um papel fundamental para a retomada da competitividade produtiva nas atividades industriais.<sup>13</sup> Essa mudança no enfoque político vai de encontro à Teoria de Schumpeter,<sup>14</sup> precursora na discussão da importância da atividade inovadora, tendo o empresário inovador uma posição central no desenvolvimento econômico, ao ser capaz de propiciar a chamada destruição criativa — aquela inovação que rompe os padrões preestabelecidos e conduz a economia, em um primeiro momento, a um ciclo de expansão. Posto de outra forma, a teoria schumpeteriana sugere que o crescimento econômico é determinado por incrementos oriundos da inovação, seja sobre produtos e processos e/ou a partir de aperfeiçoamentos que corroboram a eficiência dos setores de produção.

Sicsú<sup>15</sup> chama atenção para o consenso estabelecido entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento sobre a correlação existente entre a taxa de crescimento de um país com sua dinâmica de inovação. Essa

<sup>6</sup> NELSON, Richard R. The role of knowledge in R&D efficiency. *The quarterly journal of economics*, v. 97, n. 3, p. 453-455, 1982.

<sup>7</sup> MARINO, Marianna; LHUILLERY, Stéphane; PARROTTA, Pierpaolo; SALA, David. Additionality or crowding-out? An overall evaluation of public R&D subsidy on private R&D expenditure. *Research Policy*, v. 45, n. 9, p. 1715-1730, 2016. p. 1715.

<sup>8</sup> HALL, Bronwyn; VAN REENEN, John. How effective are fiscal incentives for R&D? A review of the evidence. *Research Policy*, v. 29, p. 449, 2000.

<sup>9</sup> Externalidades levam o mercado a ser ineficiente e, portanto, esta falha em maximizar bem-estar social.

<sup>10</sup> RODRIK, Dani. Industrial policy for the twenty-first century. *CEPR Discussion Paper No. 4767*. 2004, p. 5.

<sup>11</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes. Política Industrial, Direito e Desenvolvimento: razões econômicas, experiências institucionais e racionalidades regulatórias. DIREITO Econômico Regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 15.

<sup>12</sup> LASTRES, Helena Maria Martins, CASSIOLATO, José Eduardo. Sistemas de inovação: políticas e perspectivas. *Parcerias estratégicas*, v. 5, n. 8, p. 246, 2000.

<sup>13</sup> SANTOS, Domingos. Política de inovação: filiação histórica e relação com as políticas de desenvolvimento territorial. *Revista Portuguesa de Estudos Regionais*. n. 3, p. 27, 2003. ISSN 1645-586X.

<sup>14</sup> SCHUMPETER, Joseph Alois. *Impérialisme et classes sociales*. Paris: Flammarion, 1984. p. 37.

<sup>15</sup> SICSÚ, Abraham Benzaquen. A dinâmica de introdução de inovações pode levar a uma melhor inserção competitiva do Brasil pós crise atual? *Gestão Pública: Práticas e Desafios*, v. 1, n. 1, p. 2, 2010

relação sublinha a importância de avaliar a introdução de políticas públicas de inovação para ampliar as condições de crescimento relacionado aos avanços técnicos e científicos. Alguns setores produtivos já dispõem de recursos governamentais significativos aplicados nesse tipo de atividade. Porém, indaga-se se, no Brasil, o apoio governamental, em outros momentos, estimulou as atividades inovadoras por parte das empresas brasileiras. Nesse sentido, dois questionamentos são levantados: (i) as PIs implementadas foram capazes de elevar o investimento da indústria brasileira em recursos destinados às atividades inovadoras? (ii) o número de empresas que promoveram esse tipo de investimento aumentou? A hipótese a ser verificada é positiva para essas questões. Embora não exista um planejamento industrial no plano nacional, tampouco um comando normativo vinculante na direção da política industrial, existem metas e resultados a serem alcançados por meio de leis acessórias, destinadas, sobretudo, ao objetivo de ascender a indústria nacional a um patamar superior de desenvolvimento e de geração de renda.<sup>16</sup> Os macrofundamentos jurídico-institucionais são pautados, principalmente, na Lei da Inovação (n.º 10.973/04)<sup>17</sup> e em outras leis acessórias: Lei da ABDI (11.080/04)<sup>18</sup> e Lei do Bem (11.196/05)<sup>19</sup>.

Para o delineamento de futuras políticas que buscarão dar sobrevida aos setores afetados pela atual crise da COVID-19, será necessário ao governo estabelecer pré-requisitos que permitam identificar os setores prioritários para receber os benefícios dos planos e programas de financiamento e isenções, de modo que tenham, como contrapartida, o compromisso e a articulação aos interesses do Estado na retomada do crescimento.

Diante do exposto, é importante discutir a interface entre o Estado e os setores produtivos, sublinhando o papel de políticas industriais bem desenhadas na promoção da inovação, ciência e tecnologia, promovendo o desenvolvimento econômico nacional. Logo, além de apresentar o marco legal da inovação e o arcabouço empírico que discorre a importância das PIs no plano de desenvolvimento de países no cenário de crise, o presente estudo busca, também, responder aos questionamentos (i) e (ii) considerando 24 setores das indústrias de transformação no Brasil. Especificamente, pretende-se analisar a eficiência conjunta dos programas de financiamento, incentivos fiscais e da subvenção econômica sobre os gastos com P, D&I nesses setores. Para atingir o objetivo geral desse trabalho, é utilizado o método de Análise Envoltória de Dados, para os triênios de 2009-2011 a 2012-2014.

Partindo do pressuposto de que os gastos realizados nesse domínio podem contribuir para o crescimento da economia, principalmente em um momento pós-crise, o exercício proposto busca apontar os setores-chave que, em outros momentos, otimizaram os investimentos públicos ao promoverem iniciativas inovadoras e expandir o setor interno de P&D. Além disso, é possível obter respostas sobre os setores que mantêm a dinâmica temporal da eficiência, ou seja, que apresentaram resultados em termos de inovação e atividades de P&D sustentáveis ao longo dos anos. A ferramenta utilizada, apoiada em evidências empíricas internacionais e na experiência nacional, pode ser útil para delinear o desenho, a implementação e a avaliação

<sup>16</sup> SCHAPIRO, Mario Gomes. Política Industrial, Direito e Desenvolvimento: razões econômicas, experiências institucionais e racionalidades regulatórias. In: DIREITO Econômico Regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 24-25.

<sup>17</sup> A lei 10.973/04, Lei da Inovação criou mecanismos financeiros e jurídicos para promover a integração entre governos, empresas e instituições técnico-científicas, estimulando a criação de um ambiente especializado e cooperativo de inovação para a geração de patentes e transferência de tecnologias das universidades públicas para o setor privado. PALUMA, Thiago; TEIXEIRA, Elaine Débora. Marco legal da inovação e o aumento da interação entre universidade e empresa: contribuições para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 1, p. 356, 2019.

<sup>18</sup> Por meio da Lei n. 11.080/2004, Lei da ABDI, foi criada a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) com o objetivo de promover a execução da política industrial e de ciência, tecnologia e inovação, por meio do gerenciamento das políticas e de apoio técnico especializado. CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. O Papel do Direito nas Políticas Públicas para a Inovação. In: EM busca dos caminhos jurídicos e econômicos para a superação da crise. Curitiba: PUCPress, 2016. p. 83-84.

<sup>19</sup> A lei 11.196/05, a Lei do Bem, instituiu regimes tributários diferenciados que permitiam a suspensão da exigência de pagamento dos tributos PIS e COFINS, para os setores de tecnologia da informação, software e bens de capital, desde que cumprissem as metas de desempenho de importação ou de exportação. LAKS, Larissa Rodrigues. Extra fiscalidade e incentivos à inovação tecnológica. *Revista do Direito Público*, v. 11, n. 2, p. 246, 2016.

de futuras políticas industriais, já que a literatura nacional é relativamente escassa de estudos com propostas semelhantes.

Essa análise é simplória frente à complexidade em definir os setores-chave para a retomada do crescimento, sobretudo em um cenário no qual se espera uma alta taxa de desemprego e estagnação. Porém, é fornecida uma noção de como as indústrias nacionais respondem aos incentivos governamentais no âmbito da inovação.

A próxima seção dedica-se à exposição do marco legal da inovação. Na seção 3, é realizada a compreensão dos efeitos das políticas de inovação para superação de crises econômicas, e discorre, brevemente, acerca do papel do Estado nesse cenário. Na seção 4, são descritos os procedimentos metodológicos, a base de dados utilizada e o apontamento de alguns estudos que utilizaram a mesma técnica para avaliar os dispêndios governamentais no domínio da iniciativa inovadora. Na seção 5, é feita a apresentação e discussão dos resultados e, por fim, são sintetizados os principais resultados na forma de conclusões.

## 2 O marco legal da inovação: consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento

Os formuladores de políticas públicas e os governantes brasileiros devem reconhecer que o investimento em P&D e inovação deve ser tema prioritário na agenda de desenvolvimento no Brasil e isso somente ocorre com a interação entre o setor público e privado. Para entender a dinâmica desse processo, deve-se considerar a ótica multidisciplinar dos fatos sociais, evidenciando a complementariedade entre as ciências da Economia e do Direito, emergente a partir dos anos 70, denominada *Law and Economics*<sup>20</sup>.

O momento atual induz a reflexão sobre os mecanismos para a recuperação de uma potencial crise econômica associada a crise sanitária da COVID-19. Na esfera da inovação, as políticas podem fortalecer a indústria nacional, de modo que se tornem mais competitivas e gerem recursos a serem reinvestidos em educação e geração de empregos, além de promover a redução das desigualdades sociais. É necessário, portanto, valer do marco legal existente no país e avaliá-lo do ponto de vista jurídico e econômico para que esse fim seja alcançado.

O artigo 219 da Constituição Federal determina que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”. Apesar da previsão constitucional na Carta de 1988, apenas em 2004 foi criada a Lei de Inovação (n.º 10.973/2004)<sup>21</sup>. A referida Lei foi um importante marco de apoio ao progresso tecnológico e ao desenvolvimento industrial no Brasil. Estruturada em sete capítulos, quatro deles são voltados ao estímulo à atividade inovativa em diferentes campos, quais sejam: estímulo à construção de ambientes especializados e cooperativos de inovação (capítulo II); estímulo à participação das Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT) no processo de inovação (capítulo III); estímulo à inovação nas empresas (capítulo IV); e estímulo ao inventor independente (capítulo V).<sup>22</sup> Ademais, a Lei foi baseada na experiência americana do *Bayh-Dole Act*<sup>23</sup> que visava estimular a contribuição

<sup>20</sup> ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Rachel. *Direito e Economia*. São Paulo: Campus, 2005. p. 74.

<sup>21</sup> BRASIL. Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm). Acesso em: maio 2020.

<sup>22</sup> BRASIL. Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm). Acesso em: maio 2020.

<sup>23</sup> SOUZA, Gustavo Costa de; BARBOSA, Cynthia Mendonça. A relação entre Empresas e Instituições de Ensino e Pesquisa e seu Papel no Desenvolvimento Econômico. In: SOARES, Fabiana de Menezes; PRETE, Esther Kulkamp Eyng (org.). *Marco*

das universidades e dos centros de pesquisa para o processo de inovação nas empresas. De fato, 15 dos seus 29 artigos já regulavam as bases de estímulo a essa questão.<sup>24</sup>

Em linhas gerais, a Lei 10.973/2004 foi um arcabouço jurídico-institucional voltado ao fortalecimento das áreas de pesquisa e da produção de conhecimento no país, dando condições, por meio de mecanismos financeiros e jurídicos, para a criação de ambientes cooperativos entre empresas, universidades e ICT, para a produção tecnológica e inovação<sup>25</sup>. Contudo, a partir da necessidade de reformulação dos conceitos legais, assim como a necessidade de otimização das políticas de interação estabelecidas pela referida legislação, a Lei de Inovação é alterada pelo novo Marco Legal da Inovação<sup>26</sup> (Lei 13.243/2016), conhecida como Código de Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I).

A nova lei é resultado de um processo de cerca de cinco anos de discussões entre os agentes do Sistema Nacional de Inovação (SNI) nos âmbitos das Comissões de Ciência e Tecnologia da Câmara e do Senado. O principal propósito para os esforços dos atores é o reconhecimento e a necessidade de alterar pontos na Lei de Inovação de modo a reduzir obstáculos legais e burocráticos e conferir maior flexibilidade às instituições atuantes nesse sistema.<sup>27</sup> Um dos principais entraves diagnosticados foi o da existência de barreiras jurídicas à maior integração do sistema público de P&D com o setor privado.

Algumas das possibilidades sugeridas na revisão do marco legal, segundo Rauen<sup>28</sup>, seria conceder maior relevância aos artigos do capítulo IV da Lei de Inovação, que tratam do estímulo à inovação nas empresas que introduzem as modalidades de fomento empresarial (Artigo 19) e de contratações públicas de P,D&I (Artigo 20). Nesse aspecto, o Estado — atuando de forma direta ou como detentor de seus próprios laboratórios ou agências, como acontece, por exemplo, no cenário americano — tem papel “empreendedor”. A figura do setor público passa de exclusivamente “ofertista” para um demandante das encomendas ao setor privado, induzindo o desenvolvimento de tecnologias de interesse estratégico nacional (*mission-oriented*).<sup>29</sup>

Essas alterações, na revisão do marco legal, elevariam a temática da inovação tecnológica a configurações de atuação do Estado, estabelecendo possibilidades adicionais e de maior relevância à geração de políticas públicas para atingirem os níveis de desenvolvimento econômico desejáveis. Além do crescimento via acúmulo de riquezas e de capital, deve haver incremento no bem-estar da população do país representado por melhores condições de vida, com acesso facilitado ao sistema educacional, saúde, saneamento e a existência de um ambiente institucional mais democrático

A Lei 10.973, em termos de desenvolvimento, estimula a conexão entre as pesquisas desenvolvidas na universidade e a transferência dessa tecnologia para o setor privado, permitindo que a população tenha acesso às pesquisas desenvolvidas no meio acadêmico-científico, caracterizando uma melhoria na qualidade de vida dos indivíduos. Isso é particularmente verdadeiro quando verificado o modo com as quais as inovações em destaque, trazidas pela Emenda 85/15 — que alia o tema da ciência, tecnologia e inovação com o da

---

*regulatório em ciência, tecnologia e inovação*: texto e contexto da Lei M321 nº 13.243/2016. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 88.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm). Acesso em: maio 2020.

<sup>25</sup> GONDIM, Luciana Baroni. Hélice Tríplice: A interação entre Universidade, Empresa e Estado para Gerar Inovação. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, v. 2, n. 1, p. 118, 2016.

<sup>26</sup> PALUMA, Thiago; TEIXEIRA, Elaine Débora. Marco legal da inovação e o aumento da interação entre universidade e empresa: contribuições para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 1, p. 356, 2019.

<sup>27</sup> RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-Empresa? *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*, Brasília, n. 43, p. 21-34, fev. 2016. p. 24.

<sup>28</sup> RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-Empresa? *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*, Brasília, n. 43, p. 21-34, fev. 2016. p. 34.

<sup>29</sup> Segundo edição especial do periódico *Research Policy*, que aborda a temática das políticas orientadas ao objetivo de solucionar grandes desafios nacionais. FORAY, Dominique; MOWERY, David C.; NELSON, Richard R. Public R&D; and social challenges: What lessons from mission R&D; programs?. *Research Policy*, v. 41, n. ARTICLE, p. 1699, 2012.

educação — relacionam-se, claramente, com um dos objetivos da política de C,T&I, qual seja, a da redução das desigualdades regionais. Haja vista a Lei 10.973 (com redação dada pela Lei 13.243), que estabelece que as medidas de incentivo à inovação, com vistas à capacitação tecnológica, devem alcançar a autonomia ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País.<sup>30</sup> Essa determinação enfatiza a tônica do discurso recente dos países desenvolvidos e até mesmo daqueles de industrialização tardia, pautada na apropriação das atividades inovativas e dos avanços científicos e tecnológicos para ampliar as condições de desenvolvimento econômico.

Quando na presença de uma crise com conseqüente queda na atividade econômica, certamente há um desestímulo em promover investimentos nesse horizonte, sobretudo pelo componente de risco empreendido pelo agente privado. É essencial, portanto, um ordenamento rigoroso da aplicação dos recursos públicos. Mesmo que o Estado não seja o agente diretamente responsável pela inovação, tem o papel de criar as condições para que ela ocorra. O sucesso das iniciativas de inovação está condicionado, em grande parte, pela capacidade institucional de estruturar as formas jurídicas, atribuir papéis, e desenhar arranjos capazes de coordenar as diversas linhas de ação no sentido político desejado.

### 3 Investimentos em inovação e crise econômica

Nesta seção são evidenciados a importância dos recursos públicos e seus efeitos sobre as atividades de P, D&I em cenários passados de crise.

#### 3.1 Contexto internacional

A história de vários países ensina que, nos momentos de crise, é imprescindível manter o foco em investimentos prioritários. A literatura macroeconômica elucida que o efeito de longo prazo de uma recessão depende de como as capacidades de inovação nos negócios foram afetadas. Evidências empíricas comprovam essa afirmação e corroboram o efeito da intervenção governamental para superar esse impasse. Estudo desenvolvido para as economias europeias, no contexto da crise financeira global de 2008, aponta que 25% das empresas suspenderam os investimentos em inovação, mas os negócios que tinham acesso aos financiamentos públicos, no entanto, eram menos propensos a interromper seus projetos.<sup>31</sup> Segundo Conte et al.<sup>32</sup>, além da aversão ao risco, as restrições de crédito impedem as firmas de aumentar suas atividades inovadoras em períodos de crise, desse modo, o aumento do financiamento público em P, D&I parece justificado.

Outro estudo mostra que os países, cujas empresas contam com o apoio dos Sistemas Nacionais de Inovação<sup>33</sup>, apresentam maior tendências em preservar os dispêndios privados, isso ocorre, principalmente, pelas grandes empresas inovadoras, mas não é regra. No mesmo cenário de crise, um estudo de caso para a Itália evidenciou que as pequenas empresas foram mais inovadoras do que as grandes organizações.<sup>34</sup> Assim, a afirmação de que os choques negativos na demanda (causados por uma crise financeira ou sanitária, por

<sup>30</sup> PRETE, Esther Kulkamp Eyng. Considerações para uma Abordagem Sistemática da Emenda Constitucional 85 de 2015. In: SOARES, Fabiana de Menezes; PRETE, Esther Kulkamp Eyng (org.). *Marco regulatório em ciência, tecnologia e inovação: texto e contexto da Lei M321 n° 13.243/2016*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 108.

<sup>31</sup> FILIPPETTI, Andrea; ARCHIBUGI, Daniele. Innovation in times of crisis: National Systems of Innovation, structure, and demand. *Research Policy*, v. 40, n. 2, p. 189, 2011. KANERVA, Michael; HOLLANDERS, Hill. The Impact on the Economic Crisis on Innovation, INNO Metrics Thematic Paper. *European Commission, DG Enterprise*, Brussels, p. 28-29, 2009.

<sup>32</sup> CONTE, Andrea; SCHWEIZER, Phillip; DIERX, Adriann; ILZKOVITZ, Fabienne. *An analysis of the efficiency of public spending and national policies in the area of R&D*. European Economy. *Occasional Paper No. 54*. September. European Commission, Brussels, 2009.

<sup>33</sup> O Sistema Nacional de Inovação traduz, resumidamente, em um conjunto de instituições cujas políticas públicas colaboram de forma coordenada na determinação do desempenho inovador de um país.

<sup>34</sup> ANTONIOLI, Davide; BIANCHI, Annaflavia; MAZZANTI, Massimiliano; MONTRESOR, Sandro; PINI, Paolo. Economic crisis, innovation strategies and firm performance. Evidence from Italian firm-level data. In: *SIE annual meeting*. 2011. p. 32-34.

exemplo) afetam os investimentos em inovação depende das economias analisadas, dados que as estruturas econômicas e institucionais, importantes em influenciar o comportamento das organizações durante as grandes recessões, diferem-se entre os países.<sup>35</sup> Nesse sentido, ao contrário do que se espera, as crises podem ser um ambiente fértil para algumas empresas inovarem.

Os países que mantêm sua capacidade de inovação, em cenários de recessão, são mais propensos a explorar novas oportunidades tecnológicas e experimentarem a recuperação, e expansão dos mercados em novos setores emergentes.<sup>36</sup> Estudo conduzido por Guellec, e Wunsch-Vincent<sup>37</sup> mostra que, durante a crise de 2008, algumas empresas da Coreia do Sul e Finlândia optaram por elevar os gastos privados em inovação. Esse processo foi apoiado pelos governos por meio da expansão dos investimentos em P&D, bem como políticas direcionadas a estimular oportunidades de emprego para mão-de-obra qualificada. O apoio público adicional aos investimentos empresariais foi essencial para colocar essas economias em um caminho de crescimento mais forte e intensivo em conhecimento.

Em síntese, nota-se que os recursos públicos são complementares aos investimentos privados (o chamado efeito “*additionality*”) ou os substituem (efeito “*crowding out*”). Brautzsch et al.<sup>38</sup> partiram da mesma indagação: “o financiamento público estimula gastos privados adicionais ou exclui atividades privadas?” A hipótese foi testada para as pequenas e médias empresas na Alemanha, durante a crise de 2008. As descobertas sugerem que o apoio governamental foi complementar aos investimentos das empresas e estimulou um efeito substancial de alavancagem no crescimento das organizações. Um negócio subsidiado em P&D apresentou resultados em termos de produção, valor agregado e emprego em pelo menos o dobro do valor obtido apenas com o financiamento privado. No geral, o programa de P&D do Estado neutralizou o declínio do PIB em 0,5% em 2009, assumindo a função de política fiscal para a retomada da atividade econômica no curto prazo e, também, proporcionando uma base sólida para o progresso tecnológico, essencial na construção de um crescimento sustentável no longo prazo.

A experiência de todas as economias líderes tecnológicas mostra que, sem aportes públicos, não existe investimento privado.

### 3.2 O caso brasileiro

Embora não sejam verificados estudos empíricos sobre os investimentos públicos em inovação para períodos de crise no Brasil, Sicsu<sup>39</sup> relacionou o padrão de financiamento do Estado no segmento de ciência, tecnologia e inovação no crescimento econômico do país após a crise financeira de 2008 e destacou alguns pontos: (i) é necessário o comprometimento dos agentes privados a um projeto nacional de inserção competitiva internacional, pois, sem esse compromisso, a indústria brasileira apresentará resultados pífios com pouca atração de capital nos setores dinâmicos; (ii) é fundamental que o Estado crie condições para aumentar a capacidade tecnológica do país como base de um Projeto de Desenvolvimento no qual devem ser definidas propostas efetivas para a defesa dos interesses nacionais.

Com base no ponto de vista jurídico-institucional, Verde e Miranda<sup>40</sup> apontam que a percepção dessa

<sup>35</sup> FILIPPETTI, Andrea; ARCHIBUGI, Daniele. Innovation in times of crisis: National Systems of Innovation, structure, and demand. *Research Policy*, v. 40, n. 2, p. 189, 2011.

<sup>36</sup> PEREZ, Carlota. After crisis: creative construction. *Open Democracy*, v. 5, n. 3, p. 8-10, 2009.

<sup>37</sup> GUELLEC, Dominique; WUNSCH-VINCENT, Sacha. Policy Responses to the Economic Crisis: Investing in Innovation. *OECD Digital Economy Papers*. n. 587, p. 1-37. 2009. p. 11.

<sup>38</sup> BRAUTZSCH, Hans-Ulrich; GÜNTHER, Jutta; LOOSE, Brigitte; LUDWIG, Udo; NULSCH, Nulsch. Can R&D subsidies counteract the economic crisis?—Macroeconomic effects in Germany. *Research Policy*, v. 44, n. 3, p. 623-633. 2015. p. 631-632.

<sup>39</sup> SICSÚ, Abraham Benzaquen. A dinâmica de introdução de inovações pode levar a uma melhor inserção competitiva do Brasil pós crise atual? *Gestão Pública: Práticas e Desafios*, v. 1, n. 1, p. 16, 2010.

<sup>40</sup> VERDE, Lucas Henrique Lima; DE RESENDE MIRANDA, João Irineu. Análise econômica dos resultados brasileiros no Índice Global de Eficiência em Inovação, frente ao novo Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei n. 13.243/2016). *Economic*

realidade no Brasil levou à promulgação do Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação em 2016, mencionada na Seção 2 desse texto, com a finalidade de incentivar a inovação e a pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, na expectativa de aumentar a capacitação tecnológica e o alcance da autonomia do sistema produtivo do país. Contudo, dois anos depois da sua implementação, considerando um outro período de recessão econômica na economia brasileira em 2015 e 2016, constatou-se baixa eficácia da nova legislação, com resultados pouco satisfatórias em termos de reformas estruturais da economia nacional.

Esse resultado demonstra pouca assertividade da política industrial para o estímulo da retomada do crescimento por meio da capacidade tecnológica da indústria nacional e esse desafio é enfrentado há décadas no país. Isso se deve ao arcabouço jurídico atuante nesse campo, resultante de uma ampla gama de instituições criadas em diferentes contextos e fases, desde a metade do século passado, o que sugere que os mais significativos “gargalos” à inovação no Brasil não resultam da falta de normas, mas da visível dificuldade de fazê-las operar de forma simultânea e coordenada.

## 4 Metodologia

### 4.1 Análise Envoltória de Dados

Para atender ao objetivo analítico de analisar a eficiência dos gastos públicos na promoção de iniciativas de P&D e inovação, é empregado a Análise Envoltória de Dados *Data Envelopment Analysis* (DEA). Trata-se de uma técnica baseada em programação matemática, cujo intuito é investigar o desempenho operacional de unidades independentes, denominadas unidades tomadoras de decisão— *Decision Making Units* (DMUs); que podem ser empresas, departamentos, divisões, entre outros. Neste estudo as DMUs serão os setores da indústria de transformação brasileira, conforme apontado na Tabela 1.

Tabela 1 – setores da indústria de transformação utilizados como DMUs

DMUs(n)	Indústrias de transformação
DMU_1	Fabricação de produtos alimentícios
DMU_2	Fabricação de bebidas
DMU_3	Fabricação de produtos do fumo
DMU_4	Fabricação de produtos têxteis
DMU_5	Confecção de artigos do vestuário e acessórios
DMU_6	Preparação de couros e fabricação de artefatos de couro, artigos de viagem e calçados
DMU_7	Fabricação de produtos de madeira
DMU_8	Fabricação de celulose, papel e produtos de papel
DMU_9	Impressão e reprodução de gravações
DMU_10	Fabricação de coque, de produtos derivados do petróleo
DMU_11	Fabricação de produtos químicos
DMU_12	Fabricação de produtos farmoquímicos e farmacêuticos
DMU_13	Fabricação de artigos de borracha e plástico
DMU_14	Fabricação de produtos de minerais não-metálicos
DMU_15	Metalurgia
DMU_16	Fabricação de produtos de metal



DMUs(n)	Indústrias de transformação
DMU_17	Fabricação de equipamentos de informática, produtos eletrônicos e ópticos
DMU_18	Fabricação de máquinas, aparelhos e materiais elétricos
DMU_19	Fabricação de máquinas e equipamentos
DMU_20	Fabricação de veículos automotores, reboques e carrocerias
DMU_21	Fabricação de outros equipamentos de transporte
DMU_22	Fabricação de móveis
DMU_23	Fabricação de produtos diversos
DMU_24	Manutenção, reparação e instalação de máquinas e equipamentos

Fonte: elaboração própria a partir dos dados da CNAE.

A medida de eficiência é dada de forma comparativa, ou seja, é relativa e dependente da amostra de dados, podendo ser classificada em eficiência técnica e alocativa. A primeira refere-se à capacidade de uma unidade produtiva maximizar seu produto estando restrita a um conjunto de insumos. Já a eficiência alocativa reflete a habilidade de uma unidade produtiva em utilizar os insumos em proporções ótimas, dados seus preços relativos. A combinação desses dois tipos de eficiência resulta uma medida de eficiência econômica total.

Ao utilizar o modelo DEA, o pesquisador depara-se com dois tipos de orientações. A orientação produto, que visa à maximização dos *outputs*, mantendo fixos os *inputs*. Enquanto a orientação insumo é fundamentada na minimização dos *inputs*, mantendo-se fixo o nível de produção — *outputs*. O presente estudo segue a orientação produto, pois é desejável verificar a eficiência dos programas governamentais no sentido de expandir os gastos com inovação e com P&D pelos diversos setores da indústria de transformação brasileira.

Duas pressuposições são fundamentais na técnica DEA: (i) não é necessário converter insumos e produtos em unidades monetárias, diferentemente de modelos baseados em análises puramente econômicas e; (ii) conceitua-se como eficiente o setor que opera com DMU igual a 1, sendo considerada *benchmark* para os setores ineficientes.

A modelagem DEA comporta retornos constantes e variáveis à escala de produção. O modelo de retornos constantes (CCR), proposto por Charnes et al.<sup>41</sup>, estabelece que os *inputs* e *outputs* são proporcionais entre si, ou seja, somente pode haver aumento do produto se os insumos aumentarem na mesma proporção. Por outro lado, o modelo de retornos variáveis (BCC), indicado por Banker et al.<sup>42</sup>, determina que o emprego dos insumos conduz a um aumento mais que proporcional na produção. Como exemplo, assumindo um processo de produção que utilize  $n$  insumos para produzir uma quantidade  $m$  de produtos em cada um dos  $k$  setores, as matrizes de insumos  $X$  (de dimensões  $n \times k$ ) e de produtos  $Y$  (de dimensões  $n \times m$ ), representam os dados de todos os  $k$  setores (DMUs). Em que cada linha de  $X$  representa um insumo e cada coluna uma DMU. De maneira similar para a matriz  $Y$ , cada linha representa um produto. Tal modelo é representado pelo problema de programação matemática indicado na formulação (1), cujo resultado indica os escores de eficiência:

<sup>41</sup> CHARNES, Abraão; COOPER, William W.; RODES, Edwardo. Measuring the efficiency of decision making units. *European journal of operational research*, v. 2, n. 6, p. 431, 1978.

<sup>42</sup> BANKER, Rajiv D.; CHARNES, Abraham; COOPER, William W. Some models for estimating technical and scale inefficiencies in data envelopment analysis. *Management science*, v. 30, n. 9, p. 1082, 1984.

$$\begin{aligned}
& \text{Máx}_{\theta, \lambda} \phi, \\
& \text{sujeito a:} \\
& -\phi y_i + Y\lambda \geq 0 \\
& x_i - X\lambda \geq 0 \\
& N', \lambda=1; \lambda \geq 0;
\end{aligned} \tag{1}$$

em que  $N'$ ,  $\lambda=1$  representa uma restrição de convexidade, sendo um vetor de algarismos unitários na ordem  $(m \times 1)$ . A medida  $\phi$  varia no intervalo de  $1 \leq \phi \leq \infty$ ;  $\phi - 1$  corresponde ao aumento proporcional no produto considerado, dado constante o conjunto de insumos, ou seja, é a variação do produto necessária para que a DMU seja considerada eficiente. Já  $1/\phi$  representa a eficiência técnica que varia no intervalo  $[0,1]$ . Para a  $i$ -ésima observação:  $x_i$  é um vetor  $(k \times 1)$  de quantidades de insumo;  $y_i$  é um vetor  $(n \times 1)$  de quantidades de produto; o parâmetro  $\lambda$  é um vetor  $(m \times 1)$  de pesos, cujos valores são calculados de forma a obter uma solução ótima. Deve-se destacar que, se uma DMU é eficiente pelo modelo CCR, é também eficiente no modelo BCC.

#### 4.2 Fonte de dados, variáveis utilizadas e procedimentos metodológicos

Os dados utilizados nesta pesquisa são provenientes da Pesquisa de Inovação – PINTEC, edições de 2014 (a mais recente disponibilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE<sup>43</sup> até abril de 2020) e 2011, tendo como referência os triênios de 2009-2011 e 2012-2014, respectivamente. Os setores da indústria de transformação seguem a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE 2.0, seção C.

A Tabela 2 descreve as variáveis utilizadas como produtos e insumos na análise DEA. Busca-se averiguar a eficiência das PIs no sentido de expandir o gasto com inovação e com P&D em cada setor nacional de transformação, sendo essas variáveis tomadas como produtos (“*outputs*”). Os insumos (“*inputs*”) são o número de empresas em cada setor contempladas com algum tipo de financiamento público. Não há informações sobre o repasse financeiro para cada setor, desse modo, o número de empresas é utilizado como *proxie* para a abrangência das políticas em cada indústria.

Tabela 2 – descrição dos insumos e produtos utilizados na análise DEA

Output/ Input	Variáveis	Descrição
Produtos	$Y_1$	Gasto com Inovação
	$Y_2$	Gasto com Pesquisa e Desenvolvimento
Insumos	$X_1$	Número de empresas contempladas com incentivo fiscal à pesquisa e desenvolvimento
	$X_2$	Número de empresas contempladas por subvenção econômica
	$X_3$	Número de empresas contempladas por financiamento para projetos de P&D e inovação tecnológica
	$X_4$	Número de empresas contempladas por financiamento para a compra de máquinas e equipamentos utilizados para inovar
	$X_5$	Número de empresas contempladas por outros programas de apoio

Fonte: elaboração própria dos autores.

<sup>43</sup> IBGE. Pesquisa de Inovação - PINTEC. *Database*. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multi-dominio/cienciatecnologia-e-inovacao/9141-pesquisa-de-inovacao.html?edicao=9142&t=downloads>. Acesso em: abr. 2020.

Em um primeiro momento, utilizou-se o modelo DEA-BCC, estágio simples, em que todos os setores foram inclusos em dois períodos diferentes. Nessa etapa realizou-se a comparação dos escores obtidos para ambos os períodos amostrados. Posteriormente, fez-se o uso do índice *Malmquist* para verificar se os insumos utilizados no primeiro período de referência tiveram influência sobre os resultados do segundo período. O índice apresentado abaixo é definido em termos da razão entre a eficiência técnica total dos dois anos de análise:

$$\text{Índice Malmquist} = (\text{Eficiência técnica total 2014})/(\text{Eficiência técnica total 2011}) \quad (2)$$

O índice é caracterizado por demonstrar variações entre diferentes períodos na eficiência total da DMU. Contextualizando para esse estudo, o uso do índice Malmquist permite verificar se apoio governamental, por meio das PIs em 2011, afetou os outputs em 2014. Essa análise torna-se imprescindível, visto que, de acordo com a PINTEC (2011), é necessário um período de dois anos para que as PIs de inovação — inputs tenham efeito sobre os gastos em atividade interna de P&D e inovação — outputs. De forma prática, o índice de Malmquist seria uma função de produção empregada implicitamente na abordagem DEA – BCC, de acordo com a equação a seguir:

$$Y_{i,2014} = f(X_{1i,2011}, X_{2i,2011}, X_{3i,2011}, X_{4i,2011}, X_{5i,2011}) \quad (3)$$

com  $i = 1, 2, \dots, 24$  e “ $f(\cdot)$ ” representando uma função com retornos variáveis à escala dos insumos defasados. Destaca-se que será realizada, apenas, a análise do efeito emparelhamento (catch-up effect), que verifica a eficiência técnica entre os dois períodos de análise.

Segundo a PINTEC, as empresas que implementaram inovações são aquelas que apresentaram um produto e/ou processo novo, não sendo, necessariamente, novo para o mercado/setor de atuação, mas novo por ter sido desenvolvido pela empresa. No questionário aplicado a essas empresas, obtêm-se informações sobre o grau de novidade para o mercado (por novo entende-se: novo pela empresa, pelo mercado nacional e/ou para o mercado mundial); por quem foi desenvolvida a principal inovação — se pela própria empresa ou por outra do setor e; se houve cooperação com outras empresas ou institutos. Todas as empresas que afirmaram ter inovado em produto e/ou processo, dentre estes os projetos abandonados ou incompletos, e que realizaram mudanças organizacionais e/ou de marketing, são alvos do estudo deste trabalho. (IBGE, 2013). O grupo de empresas contempladas estão distribuídos em 24 setores da economia (Tabela 2) e é constituído pelas organizações que responderam “Sim” para pelo menos umas das questões 157 a 162 do questionário da PINTEC edições de 2011 e 2014<sup>44</sup>. Vale ressaltar que os questionários não abordam os benefícios das políticas de inovação em termos monetários, logo, não há informações sobre o repasse governamental de cada política para as empresas individualmente.

### 4.3 Evidências empíricas

O método DEA é comumente empregado para verificar a eficiência dos gastos públicos, sendo uma ferramenta perspicaz para revelar ineficiências administrativas na entrega de programas governamentais em contraponto às métricas de desempenho tradicionais.<sup>45</sup> Essa seção apresenta, brevemente, estudos que utilizaram da metodologia DEA para analisar eficiência dos recursos governamentais para o estímulo de iniciativas inovadoras.

<sup>44</sup> IBGE. Pesquisa de Inovação - PINTEC. *Questionários Pesquisa de Inovação*. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/ciencia-tecnologia-e-inovacao/9141-pesquisa-de-inovacao.html>. Acesso em: mar. 2020.

<sup>45</sup> PETTAS, Nikolaos; GIANNIKOS, Ioannis. Evaluating the delivery performance of public spending programs from an efficiency perspective. *Evaluation and program planning*, v. 45, p. 140, 2014.

Conte et al.<sup>46</sup> analisam o desempenho da inovação dos diferentes Estados-Membros da UE e fornecem estimativas da eficiência relativa do apoio governamental nos gastos em P&D. Evidenciou-se que muitos países têm um potencial significativo para melhorias adicionais, ou seja, são ineficientes. Os índices de eficiência indicam que todos os Estados-Membros da UE melhoraram seus níveis de inovação ao longo do tempo, com evidências de que a eficiência de P&D é mais alta em países com uma forte base de conhecimento. Além disso, verificou-se que a especialização da economia em alta tecnologia, investimentos em educação, participação de mão-de-obra qualificada em ciência e tecnologia, e o grau de proteção dos direitos de propriedade intelectual ampliam os ganhos de eficiência pelo apoio do Estado.

Zabala-Iturriagoitia et al.<sup>47</sup> empregam o método DEA para avaliar a eficiência do desempenho do Sistema Regional de Inovação (SRI) europeu nos investimentos em tecnologia, para o período de 2002 e 2003. Foi demonstrado que as regiões com menor volume de recursos dedicados à inovação alcançam níveis excelentes de eficiência, enquanto as regiões com sistemas de inovação consolidados não mostram níveis de eficiência compatíveis com a competitividade esperada. Os resultados apontam que, quanto maior o nível tecnológico de uma região, maior a necessidade de coordenação do sistema. Além disso, as regiões menos contempladas com recursos detêm inovações por meio da adoção do conhecimento incorporado por outros, sendo categorizada como inovações de baixo risco. Lafarga e Balderrama<sup>48</sup> também mediram a eficiência dos SRI estaduais do México a partir do volume de recursos que cada estado recebe e o seu desempenho inovativo. Os resultados evidenciam a inexistência de uma relação positiva entre a quantidade de recursos de SRI e sua eficiência produtiva.

Em um estudo de caso de pequenas e médias empresas da Coreia do Sul, Lee et al.<sup>49</sup> usaram a técnica DEA e o índice de *Malmquist* para investigarem a eficiência da colaboração dos esforços de P&D na inovação colaborativa. Os resultados confirmam que a atividade de inovação por meio da colaboração é mais eficiente do que quando a colaboração é inexistente. Porém, a eficiência da comercialização colaborativa<sup>50</sup> não mostrou diferença significativa em relação à não colaborada. Assim, para que as PMEs desenvolvam produtos otimizando o uso intensivo de tecnologia por meio do desenvolvimento tecnológico, é necessário um sistema que possa ser simultâneo ao programa de colaboração para comercialização.

Análise complementar para a Coreia do Sul é desenvolvida por Min et al.<sup>51</sup>, que investigaram a eficiência do desempenho da inovação regional no desenvolvimento e comercialização de tecnologia para três grupos: regiões com grandes redes de inovação e investimentos privados predominantes (a), regiões com pequenas redes e investimentos públicos predominantes (b) e regiões com pequenas redes e investimentos privados predominantes (c). Os resultados mostram que a eficiência do desenvolvimento tecnológico é da ordem de  $b > a > c$ ; enquanto a eficiência da comercialização é da ordem de  $a > c > b$ . Isso significa que áreas com apoio público significativo em P&D provavelmente produzirão conhecimento tecnológico de forma eficiente, mesmo que o tamanho da sua rede de inovação seja pequeno. Em áreas gerais em que a proporção de P&D

<sup>46</sup> CONTE, Andrea; SCHWEIZER, Phillip; DIERX, Adriann; ILZKOVITZ, Fabienne. *An analysis of the efficiency of public spending and national policies in the area of R&D*. European Economy. *Occasional Paper No. 54*. September. European Commission, Brussels, 2009. p. 49-50.

<sup>47</sup> ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon; VOIGT, Peter; GUTIÉRREZ-GRACIA, Antonio; JIMÉNEZ-SÁEZ, Fernando. Regional innovation systems: how to assess performance. *Regional Studies*, v. 41, n. 5, p. 670. 2007.

<sup>48</sup> LAFARGA, Cuitlahuac Valdez; BALDERRAMA, Jorge Inés León. Efficiency of Mexico's regional innovation systems: an evaluation applying data envelopment analysis (DEA). *African Journal of Science, Technology, Innovation and Development*, v. 7, n. 1, p. 36-44. 2015. p. 42-43.

<sup>49</sup> LEE, Jiyong; KIM, Chulyeon; CHOI, Gyunghyun. Exploring data envelopment analysis for measuring collaborated innovation efficiency of small and medium-sized enterprises in Korea. *European Journal of Operational Research*, v. 278, n. 2, p. 533-545. 2019. p. 542.

<sup>50</sup> Esse sistema permite que empresas colaborem entre si para promoverem o comércio, possibilitando que os negócios se concentrem no desenvolvimento de tecnologia e na colaboração de comercialização com grandes empresas ou organizações públicas que possuem redes de mercado.

<sup>51</sup> MIN, Sujin; KIM, Juseong; SAWNG, Yeong-Wha. The effect of innovation network size and public R&D investment on regional innovation efficiency. *Technological Forecasting and Social Change*, v. 155, n. 119998, p. 1-13. 2020. p. 10-11.

privado é maior, mas a rede não é grande, o aumento do investimento público em P&D ou a promoção de vínculos com fornecedores públicos de conhecimento podem ser úteis, pois os investimentos públicos complementam os privados com baixa capacidade tecnológica.

No Brasil, o estudo desenvolvido por Mendes et al.<sup>52</sup> empregou o método DEA para apurar a eficiência das indústrias do setor de transformação no Brasil no uso dos recursos com atividades inovativas, os autores indicaram queda na eficiência, pois, embora tenha havido aumento da receita líquida média das empresas, houve piora da qualidade dos gastos efetuados na compra de máquinas e equipamentos, treinamento e realização de P&D.

Outras investigações que empregam o método DEA para avaliar a eficiência de diferentes variáveis sobre as atividades inovadoras por parte de empresas, setores ou países podem ser vistas em Torres et al.<sup>53</sup> analisam a eficiência da atividade científica para a inovação nos setores econômicos da Colômbia. Wang et al.<sup>54</sup> investigam a eficiência da inovação científica e tecnológica nas províncias e cidades da China. Dzemydaitė et al.<sup>55</sup> avaliam a eficiência do SRI nos Estados-Membro da UE. Ramanathan et al.<sup>56</sup> calculam a eficiência da flexibilidade dos regulamentos ambientais sobre a capacidade de inovação no desempenho financeiro das organizações do Reino Unido. Carayannis et al.<sup>57</sup> quantificam a eficiência dos sistemas de inovação como uma ferramenta para a formulação de políticas e identificação das melhores práticas de ações e estratégias; entre outros.

## 5 Resultados

### 5.1 Descrição dos setores contemplados por PIs

Antes de apresentar os resultados de eficiência, são explanadas algumas estatísticas descritivas para obter um panorama dos setores da indústria de transformação nacional mais beneficiados por PIs e a difusão dos instrumentos de política adotados entre os períodos considerados.

Nos anos de 2009-2011, 34,2% das empresas inovadoras receberam algum tipo de apoio governamental para financiar suas atividades em inovação. Esse percentual equivale a, aproximadamente, 39,1 mil empresas industriais. Entre 2012-2014, esse número elevou-se para cerca de 46,1 mil firmas, equivalente a 40%. O número de empresas industriais que implementaram inovação de produto ou processo também apresentou um aumento, em 2011 o percentual foi de 35,6% do total e em 2014, 36,4%. Detalhando-se as características das atividades de P&D realizadas, aproximadamente 7,6 mil empresas inovadoras realizaram dispêndios nesse segmento entre 2012-2014, o que corresponde a 191 empresas a mais do que no triênio de 2009-2011. Em relação aos gastos em inovação e P&D, em 2014 os dispêndios realizados somaram cerca de R\$73.451.933.000, 13% mais altos em relação aos gastos em 2011, que contabilizaram R\$64.844.383.000.

<sup>52</sup> MENDES, Christian Soares; LOPES, Lucas Sabione; GOMES, Adriano Provezano. Eficiência dos dispêndios em inovação nas indústrias de transformação do Brasil. *Revista Brasileira de Inovação*, v. 11, n. 1, p. 215, 2012.

<sup>53</sup> TORRES, Daniel Aristizábal; PEÑA, Monica Yuleni Castro; GUTIÉRREZ, Paola Andrea Echeverri; SALAZAR, Jesus David Valencia. Assessing the efficiency of science, technology and innovation using Data Envelopment Analysis (DEA): The case of Colombia. *Dyna*, v. 84, n. 202, p. 218-219, 2017.

<sup>54</sup> WANG, Song; ZHANG, Jianguo; FAN, Fei; LU, Fei; YANG, Lisheng. The symbiosis of scientific and technological innovation efficiency and economic efficiency in China—An analysis based on data envelopment analysis and logistic model. *Technology Analysis & Strategic Management*, v. 31, n. 1, p. 59-61, 2019.

<sup>55</sup> DZEMYDAITĖ, Giedrė; DZEMYDA, Ignas; GALINIENĖ, Birutė. The efficiency of regional innovation systems in new member states of the European Union: a nonparametric DEA approach. *Economics and business*, v. 28, n. 1, p. 84, 2016.

<sup>56</sup> RAMANATHAN, Ramakrishnan; RAMANATHAN, Usha; BENTLEY, Yongmei. The debate on flexibility of environmental regulations, innovation capabilities and financial performance—A novel use of DEA. *Omega*, v. 75, p. 137, 2018.

<sup>57</sup> CARAYANNIS, Elias G.; GRIGOROUDIS, Evangelos; GOLETIS, Yorgos. A multilevel and multistage efficiency evaluation of innovation systems: A multiobjective DEA approach. *Expert Systems with Applications*, v. 62, p. 78-79, 2016.

Esses números respondem aos questionamentos levantados no início do estudo. As PIs foram capazes de elevar os investimentos da indústria brasileira em recursos destinados às atividades inovadoras, como também elevaram o número de empresas que promoveu investimentos em iniciativas de inovação.

A Tabela 3 aponta a abrangência dos programas governamentais nos setores da indústria de transformação. A compra de máquinas e equipamentos foi o principal mecanismo de financiamento do Estado, beneficiando 29,9% das empresas inovadoras em 2009-2011 e 31,4% em 2012-2014. A aquisição desse ativo representa atividade de alta ou média importância para cerca de 74% das firmas que estiveram no âmbito da pesquisa em ambas as edições. Além disso, na perspectiva dos empresários, a compra de máquinas e equipamentos é vista como a atividade mais importante na estrutura dos gastos realizados com inovações, seguido dos investimentos para promover P&D interno. O setor mais beneficiado por esse programa, em ambos os triênios, foi o de fabricação de produtos alimentícios (DMU\_1) e confecção de artigos de vestuário e acessórios (DMU\_5).

Tabela 3 – número de empresas da indústria brasileira de transformação que receberam financiamento do governo para inovar, em 2011 e 2014

Tipo de financiamento governamental		Nº de empresas contempladas com incentivo fiscal à pesquisa e desenvolvimento	Nº de empresas contempladas por subvenção econômica	Nº de empresas contempladas por algum programa de apoio a projetos de P&D e inovação tecnológica	Nº de empresas contempladas por financiamento para a compra de máquinas e equipamentos utilizados para inovar	Nº de empresas contempladas por outros programas de apoio
2011	Total	1654	313	880	11185	3071
	Média	69	13	37	446	128
	Desvio Padrão	96	20	39	458	158
	Máximo	411	98	115	1616	619
	Mínimo	2	0	0	0	0
2014	Total	1809	233	1113	13047	3238
	Média	75	10	85	544	135
	Desvio Padrão	86	14	97	621	148
	Máximo	290	63	353	2512	592
	Mínimo	2	0	2	0	0

Fonte: elaboração própria, a partir dos dados da PINTEC/IBGE.

Outros instrumentos que beneficiaram as empresas industriais inovadoras foram os programas de incentivos fiscais, com destaque os setores de fabricação de equipamentos de informática, produtos eletrônicos e ópticos (DMU\_17), produtos alimentícios (DMU\_1) e fabricação de máquinas, aparelhos e materiais elétricos (DMU\_18). Além dos programas de apoio a projetos de P&D e inovação, cujas empresas contempladas estão, em sua maioria, nas indústrias de fabricação de equipamentos de informática, produtos eletrônicos e ópticos (DMU\_17), produtos químicos (DMU\_11), produtos alimentícios (DMU\_1) e fabricação de artigos de borracha e plástico (DMU\_13).

Os programas inclusos na categoria “Outros” agregam as bolsas oferecidas pela Fundação de Amparo à Pesquisa – FAPS, pelo Programa de Recursos Humanos para Áreas Estratégicas – RHAE, pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, além dos programas de apoio de capital de risco do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, da Financiadora de Es-

tudos e Projetos – FINEP e outros que incluem compra governamental, incentivos fiscais concedidos pelos estados para o desenvolvimento em P&D e incentivo fiscal pela Lei da Informática. Os programas inclusos nessa categoria beneficiaram cerca de 7,9% e 8,1% das empresas inovadoras, nas edições de 2011 e 2014 da PINTEC, respectivamente. Os setores mais beneficiados são confecção de artigos de vestuário e acessórios (DMU\_5), produtos alimentícios (DMU\_1), fabricação de produtos minerais não metálicos (DMU\_14) e fabricação de artigos de borracha e plástico (DMU\_13).

Os programas de subvenção econômica representam o instrumento governamental de menor representatividade nos dois triênios. Esse tipo de programa é largamente aplicado em países desenvolvidos, cujo apoio financeiro permite a aplicação de recursos públicos não reembolsáveis diretamente nas empresas com o objetivo de compartilhar os custos e reduzir os riscos inerentes às atividades ligadas a inovação. A concessão de subvenção econômica é o programa de maior risco e incertezas quanto aos resultados esperados pelo formulador de política, justificando o baixo número de empresas beneficiadas. Os setores mais beneficiados por essa política foram o de fabricação de produtos químicos (DMU\_11), fabricação de produtos farmacêuticos e farmacêuticos (DMU\_12) e fabricação de componentes eletrônicos (DMU\_17).

Apesar da tendência crescente do número de empresas industriais contempladas por algum financiamento governamental para estimular atividades inovadoras, a principal fonte de financiamento das firmas é dada por recursos próprios da empresa. No período de 2009-2011 e 2012-2014, 85% e 83% do financiamento das atividades de P&D interno nas empresas da indústria de transformação foi realizado por recursos próprios, respectivamente.

Nota-se, de antemão, que a indústria de fabricação de produtos farmacêuticos e farmacêuticos (DMU\_12), essencial para a obtenção de remédios e vacinas contra a pandemia da COVID-19, em nenhum momento, esteve entre os setores mais contemplados pelas políticas do Estado para fomentar a atividade inovadora. Em uma análise detalhada, verificou-se que a porcentagem dos investimentos em inovação e em P&D proporcional à receita líquida de vendas foi de 4,16% e 2,24%, respectivamente. Esse valor é superior à média verificada entre os demais setores da indústria de transformação que é de 2,16% e 0,68%. A busca pelo desenvolvimento de novos medicamentos e a condução de estudos clínicos que validem descobertas relevantes levam o segmento a priorizar as atividades inovativas na agenda estratégica de 62% das empresas da área farmacêutica e de ciências da vida no Brasil, estando atrás apenas do setor de bens de consumo.<sup>58</sup> Contudo, os empresários desse segmento afirmam que a falta de incentivo do governo está entre as principais barreiras enfrentadas pelo setor.<sup>59</sup>

## 5.2 Resultados da análise de eficiência

Apresentam-se a seguir os resultados obtidos pela análise envoltória de dados (Tabela 4). Novamente, é importante ressaltar que essa pesquisa não faz inferências sobre eficiência absoluta, mas mede a eficiência relativa entre os setores da indústria de transformação brasileira.

<sup>58</sup> MELO, Camila Sirieiro Abreu. *A gestão do conhecimento e o processo de inovação de medicamento: estudo de caso em uma indústria farmacêutica nacional de grande porte*. 134f. 2019. Tese (Doutorado) Instituto de Tecnologia em Fármacos Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2019. p. 25.

<sup>59</sup> COUTO, Marcus Vinícius Lima; NEVES, Aline Rodrigues Venâncio das, FIGUEIREDO, Ester Ribeiro de, SILVEIRA, Larissa dos Santos da, COSTA, Luciana Veloso da, BARROSO, Wanise Borges Gouvea. Principais obstáculos que dificultam a inovação em instituições públicas da área farmacêutica no Brasil. *Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência & Tecnologia*, v. 4, n. 2, p. 4, 2016. TIGRE, Paulo Bastos; NASCIMENTO, Caio Victor Machado França do; COSTA, Laís Silveira. Janelas de oportunidades e inovação tecnológica na indústria brasileira de medicamentos. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 32, e00103315, p. 58, 2016.

Tabela 4 – resultados da análise de eficiência, para retornos variáveis (BCC), por setor da indústria de transformação – Brasil (2011, 2014)

DMU	Setor	BCC 2011	Retorno de Escala	BCC 2014	Retorno de Escala
1	Fabricação de produtos alimentícios	1.000	Decrescente	1.000	Decrescente
2	Fabricação de bebidas	1.000	Constante	1.000	Constante
3	Fabricação de produtos do fumo	1.000	Constante	1.000	Constante
4	Fabricação de produtos têxteis	0.219	Decrescente	0.150	Crescente
5	Confecção de artigos do vestuário e acessórios	0.482	Decrescente	1.000	Crescente
6	Prep. de couros e fab. de art. de couro, artigos de viagem e calçados	0.136	Crescente	0.135	Crescente
7	Fabricação de produtos de madeira	0.459	Decrescente	0.639	Crescente
8	Fabricação de celulose, papel e produtos de papel	0.326	Crescente	0.245	Decrescente
9	Impressão e reprodução de gravações	1.000	Constante	0.109	Crescente
10	Fabricação de coque, de produtos derivados do petróleo	1.000	Constante	1.000	Constante
11	Fabricação de produtos químicos	0.728	Decrescente	0.784	Decrescente
12	Fabricação de produtos farmoquímicos e farmacêuticos	0.354	Decrescente	0.788	Decrescente
13	Fabricação de artigos de borracha e plástico	0.434	Decrescente	0.379	Decrescente
14	Fabricação de produtos de minerais não metálicos	0.263	Crescente	1.000	Decrescente
15	Metalurgia	1.000	Constante	0.495	Decrescente
16	Fabricação de produtos de metal	0.350	Decrescente	0.349	Crescente
17	Fabricação de equip. de informática, produtos eletrônicos e ópticos	0.329	Decrescente	0.554	Decrescente
18	Fabricação de máquinas, aparelhos e materiais elétricos	0.301	Decrescente	0.499	Decrescente
19	Fabricação de máquinas e equipamentos	0.340	Decrescente	0.448	Decrescente
20	Fabricação de veículos automotores, reboques e carrocerias	1.000	Decrescente	1.000	Decrescente
21	Fabricação de outros equipamentos de transporte	0.719	Decrescente	1.000	Decrescente
22	Fabricação de móveis	0.315	Decrescente	0.158	Crescente
23	Fabricação de produtos diversos	0.073	Crescente	0.106	Crescente
24	Manutenção, reparação e instalação de máquinas e equipamentos	0.164	Constante	0.412	Decrescente
Eficiência média			0.541		0.594

Fonte: resultado da pesquisa.

Entre os 24 setores da indústria de transformação, apenas sete foram eficientes nos dois períodos, são eles os indicados pelas DMUs 1, 2, 3, 9, 10, 15 e 20. Esse resultado demonstra que, embora alguns setores não tenham sido os mais contemplados pelas PIs, utilizaram, de maneira eficiente, os recursos governamentais repassados. Em outras palavras, esses setores otimizaram os benefícios públicos de modo a aumentar



os investimentos em inovação e P&D. A indústria de produtos alimentícios (DMU\_1) foi a mais beneficiada por PIs e apresentou eficiência relativa máxima, indicando que o esforço do Estado em promover novos processos, produtos ou aprimorar a produção nesse segmento foi satisfatório. Esse resultado é interessante em termos de delineamento de políticas em virtude de o Brasil ser um país essencialmente primário-exportador. Além disso, o investimento público nessa área pode representar uma tentativa de aproveitar a vantagem comparativa do país nesse segmento. O mesmo argumento é válido para as indústrias de fabricação de bebidas (DMU\_2), cujos insumos básicos são provenientes da produção agrícola; metalurgia (DMU\_15), que depende, essencialmente, de minerais, outro fator que o Brasil possui em abundância; e fabricação de produtos derivados de petróleo (DMU\_10), matéria-prima da qual o país destaca-se no processo de extração. O investimento em inovação e P&D nessas áreas pode representar um avanço em termos de agregação de valor do produto nacional, elevando a competitividade e a inserção da indústria brasileira no mercado internacional. Além disso, são setores que empregam um grande volume de mão-de-obra, podendo ser fundamental para resolver o problema do desemprego esperado no fim da atual crise da COVID-19.

A indústria de Fabricação de automotores (DMU\_20) também se apresentou eficiente. Esse resultado pode ser atribuído pela alta frequência de atividades inovativas que demandam investimentos massivos em inovação e P&D. As demandas do consumidor e transformações dinâmicas exigidas pelo mercado, além da alta concorrência, exigem do setor uma grande capacidade de adaptação e formulação de novos produtos. É um setor interessante como alvo de políticas do Estado, pois estimula encadeamentos para trás, como a geração de novos combustíveis, a exemplo da energia elétrica e do combustível biodiesel que já vêm sendo implementados em diversas empresas do ramo. Além de estimular atividades econômicas mais complexas, relacionadas às novas tecnologias de mídia, conectividade, acessibilidade, inteligência artificial e outros. Embora existam PIs direcionadas ao setor, a instabilidade de incentivos voltados ao desenvolvimento tecnológico ainda é vista como um fator que compromete sua competitividade.<sup>60</sup>

O setor de fabricação de produtos de fumo (DMU\_3) também obteve score de eficiência máxima, esse resultado pode se dar ao fato de, apesar de as empresas serem beneficiadas por apenas uma categoria de apoio público (incentivo fiscal à pesquisa e desenvolvimento), os recursos governamentais foram altamente eficientes para o desenvolvimento de atividades de P&D e inovação nesse segmento. Além do resultado de alta eficiência, é um setor particularmente interessante para as futuras PIs visto que o Brasil é líder mundial no cultivo e exportação de tabaco em folhas, mas o beneficiamento ocorre fora do território nacional.<sup>61</sup> Consequentemente, a geração de empregos e a agregação de valor são realocadas a outras economias. Silveira<sup>62</sup> ressalta que os maiores bancos mundiais apostam no ramo tabaqueiro como uma excelente oportunidade para a remuneração do capital pela alta demanda mundial de produtos oriundos do tabaco, e sublinha a alta absorção de mão-de-obra na agroindústria desse setor.

Apesar de alguns setores não terem sido eficientes, alguns registram retornos crescentes de escala, ou seja, têm condições de elevar a sua capacidade inovativa com os recursos públicos recebidos e possivelmente tornarem-se eficientes. Como é o caso das indústrias de fabricação de celulose, papel e produtos de papel (DMU\_8), produtos minerais não metálicos (DMU\_14) e produtos diversos (DMU\_23). Outros setores, por sua vez, além de serem não eficientes, apresentaram retorno de escala decrescente, ou seja, os incentivos recebidos pelo governo não foram satisfatórios para aumentar os gastos em inovação e P&D, indicando ine-

<sup>60</sup> MONTEIRO, Maria Eduarda Medeiros; SANTOS CÂMARA, Rayane Pereira dos; CARVALHO, Zulmara Virgínia de. Desafios da indústria automobilística brasileira na agenda da Indústria 4.0—Discussões sobre políticas de inovação para impulsionamento econômico. *Gestão do Conhecimento e Inovação*, v. 10, n. 7, p. 2, 2018.

<sup>61</sup> SILVA, Leonardo Xavier da; TILLMANN, Eduardo André. Exportações e eficiência competitiva da cadeia brasileira do tabaco: vantagens comparativas reveladas e orientação regional. *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ECONOMIA E SOCIOLOGIA RURAL. Anais...* v. 47, n. 2009, p. 4, 2009.

<sup>62</sup> SILVEIRA, Rogério Leandro Lima. Globalização e dinâmica espacial do mercado mundial de tabaco: reflexos na organização e nos usos do território na região sul do Brasil. *In: ENCONTRO DE GEÓGRAFOS DE AMÉRICA LATINA*, 12., 2009, Montevideo - Urugua. *Anais...* Montevideo: Easy Planners Congressos e Exposiciones, 2009. v. 1. p. 16-17, 2009.

eficiência dos gastos públicos para atender essa finalidade. Na prática, esse resultado demonstra a aversão ao risco para os investimentos em inovações, sendo estes bastante sensíveis às expectativas dos agentes a partir de sinalizações do mercado dada a conjuntura econômica e política nacional e internacional. O ambiente de negócios, que tende a pautar o comportamento empresarial, quanto às suas atividades inovativas nos períodos de referência (2009-2011 e 2012-2014), é um prolongamento do cenário marcado pelo modesto desempenho econômico do período pós-crise internacional de 2008. Os resultados de eficiência associados aos retornos decrescentes de escala demonstram que tampouco os investimentos públicos foram suficientes para o estímulo da atividade inovativa no pleito das empresas industriais diante de um cenário cujas condições macroeconômicas eram pouco favoráveis às empresas

Para que futuros planos de investimentos governamentais funcionem na superação da nova crise econômica da COVID-19, é necessário garantir uma colaboração estreita entre o setor público e privado, não apenas para obter informações sobre o momento certo e o volume necessário de suporte, mas também para identificar necessidades e oportunidades especiais em cada setor produtivo. Essa sugestão pode contribuir para uma abordagem mais sistêmica das políticas de P&D e inovação, ou seja, uma abordagem que está relacionada não apenas às questões de natureza técnica ou científica, mas também com as questões de ordem política, econômica, social, cultural, ética, entre outras. Esse tratamento sistêmico pode ser aprimorado, por exemplo, com a ampliação das parcerias com universidades e institutos de pesquisa. Além de possibilitar o acesso a recursos humanos altamente qualificados, viabiliza obtenção de informações que ajudam a reduzir os riscos envolvidos nos projetos de pesquisa e desenvolvimento.

No geral a eficiência média de 2009-2011 foi de 0,541, elevando-se para próximo de 0.6 em 2012-2014. Todavia, é importante observar que, ainda, há um número substancial de setores ineficientes e com retornos decrescentes, o que pode estar relacionado ao número de empresas que foram ou não contempladas com a apoio público; a dificuldade em acompanhar as empresas de ponta em nível internacional, o que pode fazer com que elas percam parcela de mercado e sejam desestimuladas a inovar, e, ainda, conforme mencionado, a própria conjuntura econômica que afetou as decisões de investimento das empresas.

A Tabela 5 apresenta os resultados obtidos pelo cálculo da análise global de produtividade *Malmquist* que demonstram que, embora se tenha registrado um número reduzido de setores eficientes para ambos os triênios, houve considerável mudança técnica em praticamente todos os setores, representado pelos valores maiores do que a unidade. Esses resultados sugerem que os investimentos públicos realizados no primeiro período investigado repercutiram positivamente nos gastos em inovação e P&D no período posterior, ou seja, os setores tiveram um uma melhoria técnica de um triênio para outro. É chamada atenção para os setores de Confecção de artigos do vestuário e acessórios (DMU\_5) e Fabricação de produtos de minerais não-metálicos (DMU\_14), que eram ineficientes em 2011 e passaram a ser eficientes em 2014, esse resultado pode ser atribuído aos transbordamentos das PIs entre os períodos, cujo índice de *Malmquist* indicou valores de 2.075 e 3.807, respectivamente. O mesmo foi verificado para as DMU's 12, 17, 18, 23 e 24 que, embora não tenham sido eficientes, obtiveram uma melhoria técnica expressiva no período.

Tabela 5 – resultado da mudança técnica entre o período de 2011 e 2014 – Índice de Malmquist

DMUs	Setor	Malmquist
1	Fabricação de produtos alimentícios	1.000
2	Fabricação de bebidas	1.000
3	Fabricação de produtos do fumo	1.000
4	Fabricação de produtos têxteis	0.684
5	Confecção de artigos do vestuário e acessórios	2.075
6	Preparação de couros e fab. de artefatos de couro, artigos de viagem e calçados	0.992

7	Fabricação de produtos de madeira	1.392
8	Fabricação de celulose, papel e produtos de papel	0.752
9	Impressão e reprodução de gravações	0.109
10	Fabricação de coque, de produtos derivados do petróleo	1.000
11	Fabricação de produtos químicos	1.078
12	Fabricação de produtos farmoquímicos e farmacêuticos	2.223
13	Fabricação de artigos de borracha e plástico	0.874
14	Fabricação de produtos de minerais não-metálicos	3.807
15	Metalurgia	0.495
16	Fabricação de produtos de metal	0.996
17	Fabricação de equipamentos de informática, produtos eletrônicos e ópticos	1.685
18	Fabricação de máquinas, aparelhos e materiais elétricos	1.655
19	Fabricação de máquinas e equipamentos	1.315
20	Fabricação de veículos automotores, reboques e carrocerias	1.000
21	Fabricação de outros equipamentos de transporte	1.390
22	Fabricação de móveis	0.500
23	Fabricação de produtos diversos	1.466
24	Manutenção, reparação e instalação de máquinas e equipamentos	2.513

Fonte: resultados da pesquisa.

Em suma, os resultados de eficiência reforçam a importância dos incentivos voltados para inovação na retomada da atividade econômica do Brasil. Os esforços públicos podem aprimorar a agregação de valor para a indústria nacional em alguns setores-chave. No entanto, a própria política do Estado precisa ser mais inovadora, no sentido de ser mais sistêmica e usar todas as ferramentas disponíveis para criar um plano nacional de desenvolvimento mais eficiente. Além disso, os resultados do índice de *Malmquist* reforçam que as PIs apresentam resultados de longo prazo. Portanto, as políticas devem ser consistentes e persistentes ao longo dos anos.

## 6 Considerações Finais

Esse trabalho apresenta uma proposta para a retomada da atividade econômica após a pandemia da COVID-19. O plano proposto é orientado para o apoio público no estímulo às atividades inovativas pelos setores da indústria de transformação brasileira. Por meio da análise de eficiência pelo método DEA, identificaram-se quais setores foram eficientes no passado em utilizar os recursos oriundos das políticas industriais do Estado para promover gastos em inovação e P&D. Os resultados obtidos podem corroborar o delineamento de futuros investimentos nesse sentido, sendo capaz de definir setores-chave para instituir o apoio público em inovação com vistas a um crescimento sustentado.

Em síntese, os resultados apontam que os setores mais eficientes foram, particularmente, aqueles cujos insumos básicos são obtidos em abundância no Brasil. São eles, os setores de fabricação de produtos alimentícios, bebidas, produtos do fumo, metalurgia e fabricação de produtos derivados de petróleo. Isso sugere que o contínuo investimento público poderá promover, por meio das atividades inovativas, uma possibilidade de agregar valor ao produto nacional e alcançar novos mercados dentro e fora do país. Além disso, é uma oportunidade adicional para aprimorar a vantagem comparativa do Brasil na produção/extração de produtos primários. Outro setor eficiente foi o de fabricação de veículos automotores, reboques e carrocerias, o apoio público nesse setor pode levar a avanços tecnológicos e encadeamentos para frente e para trás,

o que possibilitará maior absorção da mão-de-obra desempregada pela crise.

Muitos setores tiveram resultados ineficientes e com retornos decrescentes de escala, o que sugere a má aplicação dos recursos públicos com a finalidade de desenvolver P&D e inovação no bojo empresarial. Esse resultado coloca em xeque a importância de um melhor delineamento das PIs, sobretudo em um momento de crise, em que o orçamento do Estado estará comprometido em pagar os altos déficits da dívida pública. Para tanto, é necessário dissolver os riscos públicos e privados e buscar setores-chaves para promover os investimentos em inovação. Além disso, é necessária uma ação coordenada entre o governo e empresas para que os interesses governamentais de emprego e crescimento econômico sejam factíveis.

Para resultados mais robustos em termos de políticas públicas, recomenda-se, para trabalhos futuros, a inserção de modelagem econométrica para definir os determinantes da recuperação da indústria nacional.

## Referências

- AGHION, Philippe; HOWITT, Peter. A model of growth through creative destruction. National Bureau of Economic Research. *Econometrica*, v. 60, n. 2, p. 323-352, 1992.
- ANTONIOLI, Davide; BIANCHI, Annaflavia; MAZZANTI, Massimiliano; MONTRESOR, Sandro; PINI, Paolo. Economic crisis, innovation strategies and firm performance. Evidence from Italian firm-level data. In: *SIE annual meeting*. 2011.
- BANKER, Rajiv D.; CHARNES, Abraham; COOPER, William Wager. Some models for estimating technical and scale inefficiencies in data envelopment analysis. *Management science*, v. 30, n. 9, p. 1078-1092, 1984.
- BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm). Acesso em: maio 2020.
- BRAUTZSCH, Hans-Ulrich.; GÜNTHER, Jutta; LOOSE, Brigitte; LUDWIG, Udo; NULSCH, Nulsch. Can R&D subsidies counteract the economic crisis?—Macroeconomic effects in Germany. *Research Policy*, v. 44, n. 3, p. 623-633, 2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo. *Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica: uma análise baseada na abordagem de direito e políticas públicas*. Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blucher, 2017.
- CARAYANNIS, Elias G.; GRIGOROUDIS, Evangelos; GOLETISIS, Yorgos. A multilevel and multistage efficiency evaluation of innovation systems: A multiobjective DEA approach. *Expert Systems with Applications*, v. 62, p. 63-80, 2016.
- CHARNES, Abraão; COOPER, William W.; RODES, Edwardo. Measuring the efficiency of decision making units. *European journal of operational research*, v. 2, n. 6, p. 429-444, 1978.
- CONTE, Andrea; SCHWEIZER, Phillip; DIERX, Adriann; ILZKOVITZ, Fabienne. *An analysis of the efficiency of public spending and national policies in the area of R&D*. European Economy. *Occasional Paper No. 54*. September. European Commission, Brussels, 2009.
- COUTO, Marcus Vinícius Lima; NEVES, Aline Rodrigues Venâncio das, FIGUEIREDO, Ester Ribeiro de, SILVEIRA, Larissa dos Santos da, COSTA, Luciana Veloso da, BARROSO, Wanise Borges Gouvea. Principais obstáculos que dificultam a inovação em instituições públicas da área farmacêutica no Brasil. *Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência e Tecnologia*, v. 4, n. 2, p. 2-7, 2016.

CZELUSNIAK, Vivian Amaro; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. O Papel do Direito nas Políticas Públicas para a Inovação. EM busca dos caminhos jurídicos e econômicos para a superação da crise. Curitiba: PUC-PRess, 2016. p. 77-107.

DZEMYDAITĖ, Giedrė; DZEMYDA, Ignas; GALINIENĖ, Birutė. The efficiency of regional innovation systems in new member states of the European Union: a nonparametric DEA approach. *Economics and business*, v. 28, n. 1, p. 83-89, 2016.

FILIPPETTI, Andrea; ARCHIBUGI, Daniele. Innovation in times of crisis: National Systems of Innovation, structure, and demand. *Research Policy*, v. 40, n. 2, p. 179-192, 2011.

FORAY, Dominique; MOWERY, David C.; NELSON, Richard R. Public R&D; and social challenges: What lessons from mission R&D; programs?. *Research Policy*, v. 41, n. ARTICLE, p. 1697-1702, 2012.

GONDIM, Luciana Baroni. Hélice Tríplice: A interação entre Universidade, Empresa e Estado para Gerar Inovação. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, v. 2, n. 1, p. 114-128, 2016.

GROSSMAN, Gene Michael; HELPMAN, Elhanan. Trade, knowledge spillovers, and growth. *European economic review*, v. 35, n. 2-3, p. 517-526, 1991.

GUELLEC, Dominique; WUNSCH-VINCENT, Sacha. Policy Responses to the Economic Crisis: Investing in Innovation. *OECD Digital Economy Papers*. n. 587, p. 1-37, 2009.

HALL, Bronwyn; VAN REENEN, John. How effective are fiscal incentives for R&D? A review of the evidence. *Research Policy*, v. 29, p. 449-469, 2000.

IBGE. Pesquisa de Inovação - PINTEC. *Database*. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/cienciatecnologia-e-inovacao/9141-pesquisa-de-inovacao.html?edicao=9142&t=downloads>. Acesso em: abr. 2020.

IBGE. Pesquisa de Inovação - PINTEC. *Questionários Pesquisa de Inovação*. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/ciencia-tecnologia-e-inovacao/9141-pesquisa-de-inovacao.html>. Acesso em: mar. 2020.

KANERVA, Michael; HOLLANDERS, Hill. The Impact on the Economic Crisis on Innovation, INNO Metrics Thematic Paper. *European Commission, DG Enterprise*, Brussels, p. 1-30, 2009.

LAFARGA, Cuitlahuac Valdez; BALDERRAMA, Jorge Inés León. Efficiency of Mexico's regional innovation systems: an evaluation applying data envelopment analysis (DEA). *African Journal of Science, Technology, Innovation and Development*, v. 7, n. 1, p. 36-44, 2015.

LAKS, Larissa Rodrigues. Extrafiscalidade e incentivos à inovação tecnológica. *Revista do Direito Público*, v. 11, n. 2, p. 230-259, 2016.

LASTRES, Helena Maria Martins; CASSIOLATO, José Eduardo. Sistemas de inovação: políticas e perspectivas. *Parcerias estratégicas*, v. 5, n. 8, p. 238-254, 2000.

LEE, Jiyong; KIM, Chulyeon; CHOI, Gyunghyun. Exploring data envelopment analysis for measuring collaborated innovation efficiency of small and medium-sized enterprises in Korea. *European Journal of Operational Research*, v. 278, n. 2, p. 533-545, 2019.

MARINO, Marianna; LHUILLERY, Stephane; PARROTTA, Pierpaolo; SALA, David. Additionality or crowding-out? An overall evaluation of public R&D subsidy on private R&D expenditure. *Research Policy*, v. 45, n. 9, p. 1715-1730, 2016.

MELO, Camila Sirieiro Abreu. *A gestão do conhecimento e o processo de inovação de medicamento: estudo de caso em uma indústria farmacêutica nacional de grande porte*. 134f. 2019. Tese (Doutorado) Instituto de Tecnologia em Fármacos Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2019.

- MENDES, Chrystian Soares; LOPES, Luckas Sabione; GOMES, Adriano Provezano. Eficiência dos dispêndios em inovação nas indústrias de transformação do Brasil. *Revista Brasileira de Inovação*, v. 11, n. 1, p. 193-218, 2012.
- MIN, Sujin; KIM, Juseong; SAWNG, Yeong-Wha. The effect of innovation network size and public R&D investment on regional innovation efficiency. *Technological Forecasting and Social Change*, v. 155, n. 119998, p. 1-13. 2020.
- MONTEIRO, Maria Eduarda Medeiros; SANTOS CÂMARA, Rayane Pereira dos; CARVALHO, Zulmara Virgínia de. Desafios da indústria automobilística brasileira na agenda da Indústria 4.0—Discussões sobre políticas de inovação para impulsionamento econômico. *Gestão do Conhecimento e Inovação*, v. 10, n. 7, p. 1-10, 2018.
- MONTMARTIN, Benjamin; HERRERA, Marcos. Internal and external effects of R&D subsidies and fiscal incentives: Empirical evidence using spatial dynamic panel models. *Research Policy*, v. 44, n. 5, p. 1065-1079, 2015.
- NELSON, Richard R. The role of knowledge in R&D efficiency. *The quarterly journal of economics*, v. 97, n. 3, p. 453-470, 1982.
- PALUMA, Thiago; TEIXEIRA, Eline Débora. Marco legal da inovação e o aumento da interação entre universidade e empresa: contribuições para a consolidação do direito fundamental ao desenvolvimento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 1, p. 352-370, 2019.
- PAUNOV, Caroline. The global crisis and firms' investments in innovation. *Research policy*, v. 41, n. 1, p. 24-35, 2012.
- PEREZ, Carlota. After crisis: creative construction. *Open Democracy*, v. 5, n. 3, p. 8-12, 2009.
- PETTAS, Nikolaos; GIANNIKOS, Ioannis. Evaluating the delivery performance of public spending programs from an efficiency perspective. *Evaluation and program planning*, v. 45, p. 140-150, 2014.
- PRETE, Esther Kulkamp Eyng. Considerações para uma Abordagem Sistemática da Emenda Constitucional 85 de 2015. In: SOARES, Fabiana de Menezes; PRETE, Esther Kulkamp Eyng (org.). *Marco regulatório em ciência, tecnologia e inovação: texto e contexto da Lei M321 n. 13.243/2016*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 93-115
- RAMANATHAN, Ramakrishnan; RAMANATHAN, Usha; BENTLEY, Yongmei. The debate on flexibility of environmental regulations, innovation capabilities and financial performance—A novel use of DEA. *Omega*, v. 75, p. 131-138, 2018.
- RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-Empresa? *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*, Brasília, n. 43, p. 21-34, fev. 2016.
- RODRIK, Dani. Industrial policy for the twenty-first century. *CEPR Discussion Paper* No. 4767, p. 1-57, 2004.
- ROMER, Paul Michael. Endogenous technological change. *Journal of political Economy*, v. 98, n. 5, Part 2, p. S71-S102, 1990.
- ROMER, Paul Michael. Growth based on increasing returns due to specialization. *The American Economic Review*, v. 77, n. 2, p. 56-62, 1987.
- SANTOS, Domingos. Política de inovação: filiação histórica e relação com as políticas de desenvolvimento territorial. *Revista Portuguesa de Estudos Regionais*. n. 3, p. 25-40, 2003. ISSN 1645-586X
- SCHAPIRO, Mario Gomes. Política Industrial, Direito e Desenvolvimento: razões econômicas, experiências institucionais e racionalidades regulatórias. In: DIREITO Econômico Regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 425-473.

- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Impérialisme et classes sociales*. Paris: Flammarion, 1984.
- SHARMA, Seema; THOMAS, V. Inter-country R&D efficiency analysis: An application of data envelopment analysis. *Scientometrics*, v. 76, n. 3, p. 483-501, 2008.
- SICSÚ, Abraham Benzaquen. A dinâmica de introdução de inovações pode levar a uma melhor inserção competitiva do Brasil pós-crise atual? *Gestão Pública: Práticas e Desafios*, v. 1, n. 1, p. 1-17, 2010.
- SILVA, Leonardo Xavier da; TILLMANN, Eduardo André. Exportações e eficiência competitiva da cadeia brasileira do tabaco: vantagens comparativas reveladas e orientação regional. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ECONOMIA E SOCIOLOGIA RURAL. *Anais...* v. 47, n. 2009, p. 1-18, 2009.
- SILVEIRA, Rogério Leandro Lima. Globalização e dinâmica espacial do mercado mundial de tabaco: reflexos na organização e nos usos do território na região sul do Brasil. In: ENCONTRO DE GEÓGRAFOS DE AMÉRICA LATINA, 12., 2009, Montevideo - Urugua. *Anais...* Montevideo: Easy Planners Congressos e Exposiciones, 2009. v. 1. p. 1-19, 2009.
- SOUZA, Gustavo Costa de; BARBOSA, Cynthia Mendonça. A relação entre Empresas e Instituições de Ensino e Pesquisa e seu Papel no Desenvolvimento Econômico. In: SOARES, Fabiana de Menezes; PRETE, Esther Kulkamp Eyng (org.). *Marco regulatório em ciência, tecnologia e inovação: texto e contexto da Lei M321 nº 13.243/2016*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 79-92.
- TIGRE, Paulo Bastos; NASCIMENTO, Caio Victor Machado França do; COSTA, Laís Silveira. Janelas de oportunidades e inovação tecnológica na indústria brasileira de medicamentos. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 32, e00103315, p. 51-59, 2016.
- TORRES, Daniel Aristizábal; PEÑA, Monica Yuleni Castro; GUTIÉRREZ, Paola Andrea Echeverri; SALAZAR, Jesus David Valencia. Assessing the efficiency of science, technology and innovation using Data Envelopment Analysis (DEA): The case of Colombia. *Dyna*, v. 84, n. 202, p. 215-220, 2017.
- VERDE, Lucas Henrique Lima; RESENDE MIRANDA, João Irineu de. Análise econômica dos resultados brasileiros no Índice Global de Eficiência em Inovação, frente ao novo Marco da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei n. 13.243/2016). *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, n. 2, p. 308-337, 2018.
- WANG, Song; ZHANG, Jianning; FAN, Fei; LU, Fei; YANG, Lisheng. The symbiosis of scientific and technological innovation efficiency and economic efficiency in China—An analysis based on data envelopment analysis and logistic model. *Technology Analysis & Strategic Management*, v. 31, n. 1, p. 67-80, 2019.
- ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, Jon; VOIGT, Peter; GUTIÉRREZ-GRACIA, Antonio; JIMÉNEZ-SÁEZ, Fernando. Regional innovation systems: how to assess performance. *Regional Studies*, v. 41, n. 5, p. 661-672, 2007.
- ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Rachel. *Direito e Economia*. São Paulo: Campus, 2005.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Compliance em tempos de calamidade pública:** análise sobre a flexibilização da transparência de dados e informações durante o enfrentamento da COVID-19 no Brasil

**Compliance in times of public calamity:** analysis on the flexibilization of the transparency of data and information during COVID-19's facing in Brazil

Luciana Cristina da Conceição Lima

Alcindo Fernandes Gonçalves

Fernando Cardoso Fernandes Rei

Cláudio Benevenuto de Campos  
Lima



# Compliance em tempos de calamidade pública: análise sobre a flexibilização da transparência de dados e informações durante o enfrentamento da COVID-19 no Brasil\*

## Compliance in times of public calamity: analysis on the flexibilization of the transparency of data and information during COVID-19's facing in Brazil

\* Recebido em 01/05/2020  
Aprovado em 16/02/2020

\*\* Doutora em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos; Mestre em Sistemas de Gestão e Pós-Graduada em Organizações e Estratégia pela Universidade Federal Fluminense (UFF); Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos e em Pedagogia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Advogada, Auditora e Consultora em Sistemas de Gestão, Proteção de Dados e Compliance. E-mail: lulima@icloud.com

\*\*\* Doutor em Ciência Política pela USP; Mestre em Ciência Política pela USP; Graduado em Engenharia Civil pela USP; Coordenador do IPAT - Instituto de Pesquisas A Tribuna e Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Católica de Santos. E-mail: alcindo@unisantos.br

\*\*\*\* Doutor em Direito Internacional pela USP e Doutor em Direito do Estado e Ambiental pela Universidad de Alicante; Doutor em Direitos Fundamentais - Universidad Complutense de Madrid; Mestre em Direito Comunitário pela Universidade de Coimbra; Graduado em Ciências Sociais e Jurídicas pela USP; Professor Titular de Direito Ambiental da Fundação Armando Álvares Penteado e Professor Assistente Doutor no Programa de Doutorado em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos. E-mail: fernandorei@ig.com.br

\*\*\*\*\* Doutor e Mestre em Sistemas de Gestão pela Universidade Federal Fluminense (UFF); Pós-Graduado em Organizações e Estratégia pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduação em Engenharia Química Pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Engenheiro de Petróleo pela Universidade Petrobras; Gerente da Gestão de Dados e Informações de Poços e de Eficiência Operacional da Construção de Poços Marítimos da Petrobras. E-mail: cbclima@hotmail.com

Luciana Cristina da Conceição Lima\*\*

Alcindo Fernandes Gonçalves\*\*\*

Fernando Cardoso Fernandes Rei\*\*\*\*

Cláudio Benevenuto de Campos Lima\*\*\*\*\*

### Resumo

A conformidade é de suma importância nas relações jurídicas da administração pública, que está adstrita ao Princípio da Legalidade, previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988. Contudo, situações emergenciais permitem a mitigação dos efeitos de determinadas normas e procedimentos, que possam dificultar as ações de enfrentamento à crise. O presente artigo busca, por meio de pesquisa bibliográfica e estudo documental, analisar os impactos da decretação de calamidade pública no país, em razão da pandemia decorrente da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19), avaliando as consequências de possível flexibilização de procedimentos e regras, extremamente necessárias ao controle da gestão pública, como no caso das normas que tratam da transparência e do acesso à informação. Compreende-se que, para a manutenção de direitos e garantias fundamentais, bem como da transparência dos atos da gestão pública, ao revés da flexibilização das normas de controle, as situações excepcionais demandam a sua ampliação, para que a sociedade e autoridades possam acompanhar, ainda melhor, as atividades públicas, em virtude do aumento dos riscos de desvios, fraude e corrupção. Nesse sentido, pondera-se sobre a pertinência e importância da aplicação de programas de integridade na administração pública direta, que permitam a manutenção dos controles, de forma sistemática, mesmo em situações excepcionais. O presente trabalho se justifica pela necessidade de aprofundamento dos estudos relacionados à eficácia dos mecanismos de controle da gestão pública brasileira, bem como pela grande repercussão e interesse do tema no atual contexto de crise epidemiológica.

**Palavras-chave:** *Compliance*. COVID-19. Calamidade Pública. Pandemia. Acesso à Informação. Transparência.

## Abstract

Compliance has high importance in the legal relations of the public administration, which is subject to the principle of legality, provided for the Federal Constitution of Brazil of 1988. However, emergency situations allow the mitigation of the effects of certain rules and procedures, which may hinder actions facing the crisis. This article seeks, through bibliographic research and documentary study, to analyze the impacts of the decree of public calamity in the country, due to the pandemic caused by COVID-19, evaluating the consequences of possible flexibility of procedures and rules, extremely necessary to control management, as in the case of the ones dealing with transparency and access to information. It is understood that, in order to maintain fundamental rights and guarantees, as well as the transparency of public management acts, in spite of the flexibility of control rules, exceptional situations demand their expansion, so that society and authorities can follow, even better, public activities, due to the increased risk of diversion, fraud and corruption. In this sense, it is the case to think about the pertinence and importance of the application of integrity programs in the direct public administration, which allow the maintenance of controls, in a systematic way, even in exceptional situations. The present study is justified by the need to deepen studies related to the effectiveness of Brazilian public management control mechanisms, as well as by the great repercussion and interest of the theme in the current context of the epidemiological crisis.

**Keywords:** Compliance. COVID-19. Public Calamity. Pandemic. Information Access. Transparency.

## 1 Introdução

Em 20 de março de 2020, o Senado Federal aprovou o Decreto Legislativo n.º 06, que reconheceu a ocorrência de calamidade pública no Brasil, nos termos requeridos pelo governo federal, através da Mensagem n.º 93, de 18 de março de 2020<sup>1</sup>. A referida mensagem foi formulada em razão da pandemia do novo coronavírus (COVID-19)<sup>2</sup>, decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>3</sup>. O poder executivo federal enfatizou, no documento, a importância do reconhecimento de calamidade, em função das restrições de gastos determinados pela meta fiscal estabelecida para o ano de 2020 (teto de gastos) e da limitação de empenho estabelecida pelo art. 9º da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que dificultavam a realização, nesse cenário, de grandes investimentos na área da saúde pública, com consequências sociais e econômicas de maior complexidade.

A situação de calamidade pública foi reconhecida, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, para atendimento do art. 65 da LRF, permitindo a suspensão temporária dos prazos para ajuste das despesas, do endividamento e do cumprimento das metas fiscais. Como consequência, foram facilitadas as contratações emergenciais, permitindo dispensar procedimentos e regras que pudessem causar atrasos e que prejudicas-

<sup>1</sup> Mensagem n.º 93, de 18 de março de 2020 em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8075973&ts=1586359959498&disposition=inline>. Acesso em: 10 abr. 2020.

<sup>2</sup> COVID-19 é a sigla utilizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) para denominar a doença respiratória, ocasionada pelo novo coronavírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS-CoV-2) (LÓPEZ, Verónica et al. Recommendations on management of the SARS-CoV-2 coronavirus pandemic (COVID-19) in kidney transplant patients. *Nefrología (English Edition)*, in press, 2020). A sigla decorre de Corona Virus Disease e o número 19 faz referência ao ano em que surgiram os primeiros casos. FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. *Por que a doença causada pelo novo vírus recebeu o nome de Covid-19?* Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/por-que-doenca-causada-pelo-novo-virus-recebeu-o-nome-de-covid-19>. Acesso em: 10 abr. 2020. A doença foi identificada pela primeira vez em Wuhan, na província chinesa de Hubei, localizada na parte central do país. MACEDO JÚNIOR, Adriano Menino de. COVID-19: calamidade pública. *Medicus*, v. 2, n. 1, p. 1-6, 2020. A OMS declarou, em 30 de janeiro de 2020, a COVID-19 como emergência de saúde pública de interesse internacional, com grande potencial para pandemia global, em razão do avanço e velocidade da propagação da doença LAI, Chih-Cheng et al. Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 SARS-CoV-2 and corona virus disease-2019 (COVID-19): the epidemic and the challenges. *International journal of antimicrobial agents*, 2020).

<sup>3</sup> QUINTÃO, Vinicius, et al. O Anestesiologista e a COVID-19. *Brazilian Journal of Anesthesiology*, in press, 2020.

sem o processo de enfrentamento da pandemia que, por sua vez, demandava a imediata adoção de medidas que auxiliassem a população e o setor econômico, fortemente atingidos pela crise epidemiológica.

Nesse contexto, surgiram questões sobre a transparência das medidas e ações, tomadas durante o período de calamidade decretado. A flexibilização das normas e procedimentos também necessitava de controle sobre sua finalidade, legalidade, razoabilidade, eficiência e efetividade. A flexibilização, no caso, ocorreu para agilizar tomadas de decisão e impedir a responsabilização das autoridades, por terem de agir, em determinados casos, em desconformidade com leis, que regem o sistema em períodos de normalidade. A suspensão de determinadas normas oficiais buscou permitir agilidade e eficácia de medidas extremamente necessárias, que ocorrem em situações fortuitas, como no caso desta pandemia.

Por outro lado, a atividade pública continua devendo ser transparente, monitorável e aferível, justamente para demonstrar sua conformidade com as normas e princípios que permanecem vigentes. A transparência, publicidade e controle se tornam ainda mais importantes, principalmente porque situações de crise como esta envolvem certo grau de “afrouxamento” do rigor da contratação pública, implicando ações e tomada de decisões, que demandam maior fiscalização da sociedade e responsabilidade dos gestores públicos com princípios éticos para evitar a corrupção.

O presente estudo buscou demonstrar, por meio de pesquisa bibliográfica e estudo documental, a evolução das ações referentes ao coronavírus no país, até o momento da decretação de calamidade pública, para compreender os elementos que determinaram sua necessidade e finalidade. Em um segundo momento, foram analisados alguns aspectos relacionados às consequências da decretação de emergência e calamidade, incluindo alguns *cases* sobre ações de entes públicos, decorrentes das mitigações que a medida traz aos atos de gestão, instigando um olhar mais detido sobre os impactos a médio e longo prazos, em razão da possível flexibilização das regras de transparência sobre dados e informações.

Por fim, foi analisada a pertinência e importância da aplicação de programas de integridade na administração pública direta, que permitiam a manutenção dos controles, de forma harmônica e sistemática, ainda que ocorram situações que demandem certa mitigação de outras regras formais ou seus efeitos, por situação fortuita e excepcional. Conclui-se, então, pela indicação da aplicabilidade de programas de integridade na administração direta, por ser um mecanismo de controle adaptável a sistemas públicos e privados e difundidos mundialmente, por sua condição de alinhamento com normas internacionais consagradas de boa governança.

O fortalecimento do *compliance*<sup>4</sup>, sua estrutura e ferramentas de controle na administração pública direta surgiu como ferramenta que pode contribuir para solução ou mitigação de questões relacionadas a desvios e corrupção, decorrentes da necessidade de flexibilização de normas e regras, que dificultem contratações e aquisições públicas. No entanto, o sistema permite a manutenção da transparência e *accountability*, regras que não podem e não devem sofrer flexibilização. Compreende-se que, apesar do arrefecimento de determinadas leis nos casos de calamidade, o controle das ações públicas e de suas relações com a sociedade e, principalmente, com o setor privado, devem ser claras, acessíveis e monitoradas, de forma a permitir a avaliação da adequação das medidas ao interesse público, mesmo em tempos de calamidade. Nesse ponto, um bom programa de integridade e conformidade poderá contribuir para o monitoramento das ações de forma global, ainda que as regras de rotina necessitem de mudanças pontuais e transitórias.

<sup>4</sup> *Compliance* é um termo em inglês relacionado à conformidade e cumprimento de normas, princípios, regras e obrigações, que podem ser de natureza legal e/ou voluntária, aquelas que a organização assume voluntariamente e incorpora em sua gestão TEIJEIRA RODRÍGUEZ, Mariano. Responsabilidad social corporativa y *compliance* legal (autorregulación y control interno). In: DERECHO administrativo del medio ambiente: Temas y prácticas de actualidad jurídica. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2018. p. 219-240. Nesse sentido, a expressão *compliance* acaba sendo comumente adotada para se referir ao comportamento esperado perante normas e padrões previamente estabelecidos, bem como o respeito às questões éticas e morais, que possam contribuir ao combate à corrupção.

## 2 Situação de calamidade em tempos de pandemia: necessidade de ação do estado *versus* responsabilização jurídica

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, em seu Título V, Capítulo I, Artigo 136, prevê a possibilidade de determinação de Estado de Defesa e Estado de Sítio em casos de calamidade, que ameacem a ordem pública, a paz social e que possam gerar instabilidade institucional. Essas medidas são decretadas em situações extremas, por um período determinado e exíguo, por permitirem restrições a determinados direitos e garantias fundamentais, que podem estar sujeitos a limitações, em razão de colisão com outros direitos também fundamentais<sup>5</sup>.

No caso do Estado de sítio, a Constituição dispõe, expressamente, em seu Artigo 139, inciso III, sobre a possibilidade de o Poder Executivo impor sigilo sobre as comunicações e restrições sobre a prestação de informações, dentre outras medidas. No entanto, a Carta Magna estabelece, no dispositivo seguinte, Artigo 140, controles necessários sobre as medidas determinadas nesse período. Neste caso, é dado ao Congresso Nacional, por meio de uma Comissão por ele instituída, o dever de fiscalizar as medidas adotadas pelo Executivo em momento de crise.

A calamidade pública, por sua vez, é considerada pela Constituição Federal como um fenômeno, a partir do qual poderão ocorrer diversas outras consequências, como a instituição de empréstimo compulsório, a abertura de crédito extraordinário e, inclusive, a decretação dos Estados de Defesa e de Sítio. Apesar de se empregar comumente o termo “estado de calamidade”, verifica-se que se trata de uma situação e não de um “estado” instituído nos moldes dos de Defesa e de Sítio, que possuem dispositivos e regras próprias a serem seguidos. A calamidade deve ser vista como um fato gerador para a adoção de outras medidas e políticas públicas excepcionais. Dessa forma, para melhor compreensão do termo, entende-se que o emprego de “estado” busca caracterizar uma determinada circunstância grave em que se encontra o país e não um instituto semelhante aos Estados de Defesa e de Sítio, que, por sua vez, demandam a ocorrência de emergências ou de calamidades no território nacional para sua efetivação.

O coronavírus foi relatado, pela primeira vez, em dezembro de 2019, em Wuhan, na província chinesa de Hubei, sendo conseqüentemente propagando para outras regiões da China e do mundo, “tornando-se gradualmente uma pandemia global”<sup>6</sup>, declarada efetivamente pela OMS, em 11 de março de 2020<sup>7</sup>. Os primeiros casos de infectados no Brasil surgiram em fevereiro de 2020<sup>8</sup> e a primeira morte foi oficialmente relatada em 17 de março do mesmo ano<sup>9</sup>. Antes disso, em 4 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria n.º 188/2020, declarou emergência em saúde pública de importância nacional, consideran-

<sup>5</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Transparência administrativa, lei federal n.º 12.527/2011 e sigilo dos documentos públicos: a inconstitucionalidade das restrições ao acesso à informação. *Brazilian Journal of Public Policy*, v. 6, n. 2, p. 37, 2016.

<sup>6</sup> A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, declarou emergência de importância global, através de um comunicado de Emergência de Saúde de Preocupação Internacional (PHEIC), em razão dos números alarmantes de casos na China, da constatação de transmissão entre humanos e do início de propagação da doença para fora da China WHO. *WHO Timeline - COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---COVID-19>. Acesso em: 10 abr. 2020. Apesar de o problema, no momento da declaração, estar basicamente localizado na China, a OMS entendeu que a questão era de repercussão global e que as ações deviam ser coordenadas, “com objetivos estratégicos de saúde pública para reduzir o impacto na saúde e na economia global. ALI, Shajeea Arshad et al. The outbreak of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)—An emerging global health threat. *Journal of Infection and Public Health*, 2020. A partir do momento em que o vírus começou a se espalhar mundialmente, atingindo, ao final do mês, mais de 170 países, a OMS, em 11 de março de 2020, tomou a decisão de declarar estado de pandemia global SHAW, Rajib; KIM, Yong-kyun; HUA, Jinling. Governance, technology and citizen behavior in pandemic: Lessons from COVID-19 in East Asia. *Progress in Disaster Science*, p. 100090, 2020.

<sup>7</sup> SHAW, Rajib; KIM, Yong-kyun; HUA, Jinling. Governance, technology and citizen behavior in pandemic: Lessons from COVID-19 in East Asia. *Progress in Disaster Science*, p. 100090, 2020.

<sup>8</sup> RODRIGUEZ-MORALES, Alfonso J. et al. COVID-19 in Latin America: The implications of the first confirmed case in Brazil. *Trav Med Infect Dis*, v. 101613, 2020.

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Coronavírus: 1 morte e 291 casos confirmados*. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46552-coronavirus-1-morte-e-291-casos-confirmados>. Acesso em: 10 abr. 2020.

do as ações e recomendações da OMS sobre o risco de disseminação do vírus pelo país e para evitar que um surto da doença pudesse colapsar o sistema da saúde pública.

Em ato contínuo, o Poder Executivo sancionou a Lei n.º 13.979/2020, que estabelece sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional declarada. Em março de 2020, por meio do Decreto Legislativo n.º 06 de 2020, foi reconhecida a situação de calamidade pública no Brasil, em razão da pandemia da COVID-19, que tem afetado o mundo de forma dramática. A LRF, em seu Art. 65, prevê a possibilidade de reconhecimento de calamidade pública, para efeito da aplicação da Lei, desde que reconhecido pelo Congresso Nacional.

A declaração de situação de emergência, em nível internacional, foi considerada pela OMS<sup>10</sup> como um alerta para que os países se preparassem para o risco de propagação internacional da doença, criando mecanismos coordenados de controle e respostas, diante de um muito provável cenário de contaminação em massa. Em nível nacional, as situações de emergência já permitem à administração pública e seus órgãos, por meio da Lei de Licitações 8.666/93, maior flexibilização na gestão de compras, contratações e tomada de decisões, de forma a facilitar a preparação e prevenção de situações extraordinárias. A diferença entre emergência e calamidade é que a primeira poderá perdurar por tempo indeterminado. Já no caso de reconhecimento de situação de calamidade, o prazo deve ser determinado, como foi estabelecido no Decreto Legislativo n.º 06/2020. A medida visa, fundamentalmente, fornecer maior autonomia ao gestor público e agilidade nos procedimentos, para concretizar as medidas necessárias na prevenção e redução dos riscos e impactos decorrentes do evento extraordinário, que acometeu o país e suas regiões.

A flexibilização poderá prever a dispensa da observância de determinadas regras contidas em instrumentos normativos, como no caso da LRF e da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata sobre de licitações públicas. No entanto, a referida flexibilização sobre o atendimento de determinados procedimentos normativos, em situações emergenciais e fortuitas, não exige a autoridade pública de responsabilidades, decorrentes do mau gerenciamento ou de improbidade administrativa. Importante lembrar que o objetivo da transigência legal é o atendimento mais ágil e eficaz do interesse público que, naquele momento, referia-se ao socorro às vítimas atingidas. Portanto, diante das normas que regem o Direito Administrativo, não se verifica a possibilidade de suspensão das regras de probidade, transparência, conformidade e ética.

Normas, como a Lei Complementar n.º 131, de 26 de maio de 2009 (Lei da Transparência), que modifica a Lei Complementar n.º 101/2000 (LRF), determinam que o gestor público deve disponibilizar, imediata e detalhadamente, informações sobre a execução orçamentária e financeira do ente federativo pelo qual é responsável. Não se verifica, nesse caso, qualquer complacência no que se refere ao dever de transparência e publicidade de informações de interesse público, devendo o gestor, segundo a Lei, garantir pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade de todos os atos dos agentes administrativos, de forma a controlar sua legitimidade e eficiência<sup>11</sup>. O ato administrativo, portanto, deve ser sempre público, atendendo às restrições impostas pelos princípios da legalidade, finalidade e moralidade, sob pena de nulidade e de responsabi-

<sup>10</sup> O Regulamento Sanitário Internacional (RSI) de 2005, instrumento jurídico internacional vinculante para 196 países, considerando os estados membros da Organização Mundial da Saúde (OMS), prevê estágios de alertas, que buscam ajudar os países a prevenir e responderem aos riscos de saúde pública internacional e que ameacem a comunidade global de forma generalizada WHO. World Health Organization et al. *Reglamento sanitario internacional*. 2ª edición. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2008. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43983/9789243580418\\_spa.pdf?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43983/9789243580418_spa.pdf?sequence=1). Acesso em: 13 abr. 2020. No caso do coronavírus, a OMS iniciou em estágios de alerta mais brandos, como risco alto e muito alto, considerando a evolução da gravidade e expansão da epidemia na região da China e em outros países. A decisão sobre a declaração de emergência internacional ocorreu a partir da constatação de que o evento se tornou um risco global, demandando ações coordenadas para seu controle DOMINGUEZ, Bruno. Alerta global: novo coronavírus é a sexta emergência em saúde pública de importância internacional declarada pela OMS. *RADIS: Comunicação e Saúde*, n. 210, p.14-21, 2020.

<sup>11</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Transparência administrativa, lei federal n.º 12.527/2011 e sigilo dos documentos públicos: a inconstitucionalidade das restrições ao acesso à informação. *Brazilian Journal of Public Policy*, v. 6, n. 2, p. 37, 2016.

lização, inclusive criminal<sup>12</sup>, da autoridade que o editou<sup>13</sup>.

A Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, Lei de Acesso à Informação (LAI), também impõe à administração pública federal, estadual e municipal e seus órgãos a obrigação no atendimento às solicitações sobre informações e documentos relativos aos atos da gestão pública, trazendo responsabilização, inclusive de improbidade administrativa, prevista no §2º do Artigo 32 da Lei. A norma traz, no entanto, a previsão sobre situações extraordinárias, que impeçam o agente público de fornecer a informação nos moldes previstos, cautelando a possibilidade de prorrogação do prazo, perante justificativas, conforme se depreende do §2º do Artigo 10, da LAI. Em momento algum, a norma versa sobre a possibilidade de restrição da transparência dos dados e informações, bem como a suspensão do acesso durante períodos críticos.

De acordo com a Mensagem n.º 93, emitida pelo governo federal, o pedido de decretação de calamidade pública pelo Congresso Nacional possui o objetivo de garantir a não responsabilização do Poder Executivo pelo desatendimento das regras contidas na LRF. A lei prevê, em seu art. 65, a suspensão da contagem dos prazos e das disposições estabelecidas nos artigos 23, 31 e 70, bem como a “dispensa do atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º”.

O governo federal demonstrou preocupação com futura responsabilização fiscal, que poderia culminar no *impeachment*<sup>14</sup> do Presidente da República, como ocorreu, em 2016, com a Presidente Dilma Rousseff, que foi condenada pelo Congresso Nacional, por ter tangenciado as metas fiscais (pedaladas fiscais)<sup>15</sup>, não cumprindo, portanto, com as regras estabelecidas na LRF e cometendo infração político-administrativa, denominada como crime de responsabilidade<sup>16</sup>.

Dessa forma, a decretação de situação de calamidade pelo Congresso Nacional buscou garantir, em certa medida, tranquilidade ao gestor público para a tomada de decisões sobre investimentos necessários à saúde e economia do país, no período da pandemia. Por outro lado, torna-se importante salientar que as regras e princípios basilares, que regem a probidade administrativa, permanecem vigentes e não são suspensos em períodos de crise como este, podendo a sua não observância acarretar responsabilização jurídica, com consequente perda de mandato público. A própria LRF, em seu art. 1º, §1º, deixa clara a necessidade de que os atos administrativos sejam transparentes e disponíveis. Em nenhum momento, esse critério se torna balizado ou suspenso, em função da decretação de situação de emergência ou de calamidade pública. A transparência, controle e fiscalização são previstos, ainda, no Capítulo IX da referida Lei, determinando, sem ressalvas, que todos os atos sejam devidamente controlados.

<sup>12</sup> KHAIR, Amir Antônio. *Lei de responsabilidade fiscal: guia de orientação para as prefeituras*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; BNDES, 2000. p. 05.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 63.

<sup>14</sup> O termo ‘*impeachment*’ é originário da Grã-Bretanha e trata de expressão dada ao processo de apuração e julgamento de crime de responsabilidade do Presidente da República, podendo culminar ou não na sua destituição e afastamento do cargo. O processo de *impeachment* é um mecanismo previsto no Brasil, desde a Constituição Federal de 1891, sendo processado e julgado pelo Congresso Nacional, apresentando-se como “um mecanismo do Legislativo para controlar os membros do Executivo” SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 2, n. 2, p. 189-213, 2015.

<sup>15</sup> Pedalada Fiscal é um termo comumente usado para descrever um procedimento contábil realizado pelo governo, que postergava o pagamento de dívidas aos bancos, que, por sua vez, mantinham o financiamento de programas sociais. Esse procedimento foi considerado pelos técnicos do Tribunal de Contas da União (TCU) como operação irregular, que feria a Lei de Responsabilidade Fiscal. SALES, Tainah. Aspectos Jurídicos Do Impeachment, Dos Crimes De Responsabilidade E Das “Pedaladas Fiscais”. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 57-78, 2017.

<sup>16</sup> SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de *impeachment* do Presidente da República. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 2, n. 2, p. 189-213, 2015.

### 3 Flexibilização das regras sobre transparência das informações e dados: impactos sobre a avaliação da conformidade legal e efetividade das medidas implementadas pela administração pública durante a pandemia do COVID-19.

Os princípios da transparência e publicidade, previstos no Artigo 37 da Constituição Federal, são pilares que estruturam a administração pública. É a partir da LRF que surgem mecanismos para a efetivação desses pilares<sup>17</sup>. A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 1º, trata da importância do planejamento e da transparência para reduzir riscos e tratar desvios e questões, que possam desequilibrar as contas fiscais. Ou seja, a Lei coloca a transparência como uma ferramenta fundamental para o sucesso da governança pública, que “exige uma abordagem holística e integrada”<sup>18</sup> para seu efetivo cumprimento. A Lei n.º 12.527/2011, por sua vez, fornece suporte aos princípios da publicidade e transparência, por meio da garantia do acesso à informação, elemento essencial e “necessário ao controle da administração pública”<sup>19</sup>, dispondo de dois mecanismos que garantem tanto a disponibilização periódica da informação (transparência ativa), quanto o canal para acesso à ela (transparência passiva)<sup>20</sup>.

A mitigação de normas, como as que estabelecem amplo acesso à informação pública, deve se dar em casos extremos e excepcionais, respeitando, todavia, princípios e regras fundamentais, que anteveem tal possibilidade. A transigência de algumas normas e procedimentos em situações emergenciais e/ou de calamidade pública, muitas vezes, torna-se necessária para facilitar a tomada de decisão na prevenção, no atendimento das vítimas e nos processos de resposta e recuperação<sup>21</sup>. Por outro lado, há a preocupação do gestor público com o cumprimento das normas previamente estabelecidas e com a responsabilização que o não atendimento a elas possa acarretar. Dessa forma, surge a discussão sobre a melhor forma de flexibilização das regras que, apesar das circunstâncias de crise, deve sempre ser avaliada, respaldada e monitorada pelos órgãos de controle e demais poderes (legislativo e judiciário), assim como pela sociedade, de forma a garantir a não violação de outros direitos fundamentais, como o direito à informação.

Um exemplo que demonstra a importância do controle e fiscalização da transparência das informações, durante períodos de decretação de calamidade, foi a tentativa do governo federal em suspender, através da Medida Provisória MP n.º 928/2020<sup>22</sup>, os prazos da Lei de Acesso à Informação. A referida MP incluiu o Artigo 6º-B na Lei n.º 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas necessárias ao enfrentamento da COVID-19. A justificativa foi de que, em razão da necessidade de isolamento social, recomendado pelo Ministério da Saúde, servidores, em regime de quarentena ou teletrabalho e aqueles envolvidos diretamente no enfrentamento da emergência, teriam dificuldades em atender às solicitações sobre informações, documentos e dados solicitados aos órgãos competentes.

<sup>17</sup> LEITE FILHO, Geraldo Alemandro; COLARES, André Felipe Vieira; ANDRADE, Izabela Cristina Fonseca. Transparência da gestão fiscal pública: um estudo a partir dos portais eletrônicos dos maiores municípios do Estado de Minas Gerais. *Contabilidade Vista & Revista*, v. 26, n. 2, p. 114-136, 2015.

<sup>18</sup> BARRETT, Pat. Achieving better practice corporate governance in the public sector. *Australian National Audit Office*, 2002.

<sup>19</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Transparência administrativa, lei federal n.º 12.527/2011 e sigilo dos documentos públicos: a inconstitucionalidade das restrições ao acesso à informação. *Brazilian Journal of Public Policy*, v. 6, n. 2, p. 37, 2016.

<sup>20</sup> MIRANDA, Wallace Vieira de; ZAGANELLI, Juliana Costa. Marco civil da internet e política pública de transparência: uma análise da e-democracia e do compliance público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 633-646, 2018.

<sup>21</sup> FREITAS, Carlos Machado de et al. *Fortalecimento das capacidades de prontidão e resposta frente a situações de emergência de interesse de saúde pública: região nordeste*. Rio de Janeiro: CEPEDS/FIOCRUZ, 2013. 34 p. Relatório de pesquisa, 2013.

<sup>22</sup> A MP n.º 928/2020 altera a Lei n.º 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 e dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do coronavírus, estabelecendo restrições aos pedidos de acesso à informação, realizados aos órgãos públicos, seus agentes e servidores sujeitos ao regime de teletrabalho ou situação de quarentena. Suspende prazos de processos administrativos e prescricionais, previstos na legislação aplicável ao setor público. A MP 928/2020 também revoga o art. 18 da MP 927, que tratava da possibilidade de suspensão dos contratos de trabalho no período da pandemia. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

Em momento de crise, o acesso à informação é imprescindível. Os atos de gestão, seus dados e documentos devem estar sempre disponíveis, respeitando e aplacando as dificuldades que o momento de força maior possa causar. Mesmo que haja necessidade de mitigação dos efeitos da lei, deve-se respeitar o devido procedimento legal. Assim, antes mesmo da análise da matéria sobre a necessidade de suspensão das regras contidas na LAI e de seus efeitos, verifica-se manifesto vício formal da MP 928/20. O ato do Poder Executivo buscou interferir, substancialmente, em matéria disposta no Art. 37 da Constituição Federal, que estabelece a obrigação da administração pública em obedecer ao princípio da legalidade e publicidade, dentre outros. Essa norma foi incluída na Constituição, por meio da Emenda Constitucional n.º 19 de 1998. Portanto, está amparada pela regra contida no art. 246, que proíbe, expressamente, a adoção de Medida Provisória para regulamentar matéria tratada por Emenda Constitucional (EC), editada entre 1995 até a data da promulgação da EC n.º 32, de 2001, inclusive. Diante da “clara limitação formal ao poder do Presidente da República em editar normas com força de lei”<sup>23</sup>, identifica-se flagrante inconstitucionalidade das regras abordadas na Medida Provisória em análise, considerando, ainda, que os Artigo 5º, inciso XXXIII, Artigo 37 e inciso II do § 3º do mesmo dispositivo, bem como Artigo 216, § 2º da Constituição, que tratam, especificamente, do direito de acesso à informação, encontram-se efetivamente regulamentados pela Lei de Acesso à Informação n.º 12.527/11.

No âmbito do vício material, a MP acaba excepcionando a regra trazida pela LAI, referente ao direito à informação dos atos da gestão pública e da transparência prevista na Lei Complementar n.º 131 de 2009, Lei da Transparência. A transparência e publicidade são garantias previstas pelo Art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal. Ademais, compreende-se que, em situações de emergência e crise, a divulgação das informações deve funcionar de forma plena, mais ágil e precisa, para que a sociedade possa ter a garantia de que as decisões são acompanhadas e devidamente controladas. Em períodos críticos e incomuns, como esse de combate à pandemia da COVID-19, deve-se ampliar a transparência na atuação da administração pública, principalmente sobre aqueles referentes aos gastos e contratações excepcionais, em um cenário de pandemia, que foge à experiência dos gestores públicos, circunstância que demanda maior observação e controle sobre os riscos.

Especialistas e entidades, como a Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo (Abraji) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), reagiram prontamente, questionando a finalidade e constitucionalidade da medida que, por sua vez, ainda não foi aprovada pelo Congresso Nacional. O economista Gil Castelo Branco, da Organização Não Governamental (ONG) Contas Abertas, alertou para o risco sobre a falta de transparência nesse momento importante de combate à COVID-19<sup>24</sup>. Em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.351, a OAB alegou inconstitucionalidade formal ao afrontar a separação dos poderes legislativo e executivo na edição da Medida Provisória, bem como inconstitucionalidade material ao limitar o direito de informação, transparência e publicidade. A MP n.º 928/2020, além de suspender os prazos para resposta, também previu a suspensão temporária do direito às reclamações e recursos nos casos em que houver recusa no atendimento das solicitações dos interessados, acabando, inclusive, com a necessidade de justificativa para a negativa, o que torna a medida “equivocada e desproporcional”<sup>25</sup>. A OAB salienta, ainda, que a LAI já possui dispositivo que contempla cenários de emergência e crise, não justificando a edição de uma MP sobre a matéria.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Alexandre de Moraes, em decisão liminar, suspendeu os efeitos do Artigo 6º-B da Lei n.º 13.979/2020, sob o fundamento de que o dispositivo buscava transformar

<sup>23</sup> ATAÍDE, Pedro. A (im) possibilidade de medida provisória na regulamentação de atividade minerária. *Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 9, n. 16, p. 37-46, 2018.

<sup>24</sup> <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/entidades-reagem-a-suspensao-de-prazos-da-lei-de-acesso-a-informacao/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

<sup>25</sup> Estadão. *‘Equivocada e desproporcional’: especialistas em dados abertos criticam medida de Bolsonaro que suspende Lei de Acesso à Informação*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/equivocada-e-desproporcional-especialistas-criticam-medida-de-bolsonaro-que-suspende-prazo-da-lei-de-acesso-a-informacao/>. Acesso em: 12 abr. 2020.



em regra a exceção do sigilo à informação, quando afasta os princípios constitucionais de transparência e publicidade dos atos administrativos. De acordo com o Ministro, o acesso à informação somente poderá ser excepcionado quando houver interesse público e o artigo impugnado não apresenta qualquer situação excepcional, que justifique a medida. O STF decidiu, por unanimidade, no julgamento das ADIs n.º 6.351, 6.347 e 6.353, referendando a decisão liminar proferida, mantendo, portanto, seus efeitos. Os demais Ministros entenderam não haver necessidade da restrição imposta pelo Artigo 6º-B da Lei n.º 13.979/2020. De acordo com a decisão, o Estado está adstrito ao Princípio da Transparência e da Publicidade, devendo atender, conforme determinado pela Constituição Federal e Lei de Acesso à Informação, todas solicitações realizadas pela sociedade, salvo as hipóteses de sigilo, sob pena de responsabilização. Segundo o Relator, não há situação que justifique a restrição da transparência e publicidade dos dados e documentos, referentes aos atos da gestão pública nesse período. Argumenta, ainda, que a medida demonstra, em verdade, o interesse em dificultar o acesso livre às informações. Dessa forma, a Corte reconheceu que o acesso à informação é um direito fundamental dos cidadãos brasileiros e que não pode ser restringido sob o pretexto de uma crise epidêmica. Ademais, em Voto-Vogal Conjunto, o Ministro Gilmar Mendes salientou que a negativa de informações, além de dificultar o controle social, dá margem a práticas não democráticas.

A Medida Provisória n.º 928/20, além de suspender os prazos para atendimento das solicitações, retira do interessado direitos e prerrogativas previstos na Lei de Acesso à Informação, quando estabelece que os recursos contra negativa de fornecimento das informações não serão reconhecidos. Assim, com base em justificativa de que os agentes públicos, por estarem em teletrabalho e/ou quarentena, terão dificuldades para fornecer as informações, o Estado restringe a transparência no momento em que ela se torna ainda mais necessária, haja vista a decretação de calamidade realizada pelo Congresso Nacional e suas consequências sobre os atos extraordinários da administração pública, gerando, portanto, maior interesse na sua publicidade.

Outro caso que tentou dificultar o acesso à informação, nesse período de pandemia, foi o do Governo do Estado do Rio de Janeiro, em que o Subsecretário de Saúde foi afastado do cargo por colocar em sigilo processos administrativos de contratos emergenciais, realizados sem licitação, relacionados ao enfrentamento da COVID-19, que somam a quantia de 1 bilhão de reais. O sigilo foi colocado após a Folha de São Paulo revelar que uma das organizações contratadas pelo Estado possuía processos de má gestão. O referido jornal denunciou o sigilo<sup>26</sup>, fundamentando-se na Lei de Acesso à Informação e na necessidade de transparência e publicidade para o acompanhamento dos atos administrativos, principalmente no período de crise. No dia seguinte à denúncia, os documentos foram retirados do sigilo e a Secretaria de Estado e Saúde (SES) abriu sindicância para apurar o ocorrido e suas razões.

A dificuldade posta sobre a publicidade e o acesso à informação pode causar impactos que vão além da violação da garantia fundamental à informação. A falta de publicidade sobre atos de gestão pode gerar prejuízos diretos e indiretos, quando não se pode avaliar o objeto das contratações e o possível desvio de finalidade. A incidência de problemas com fraude e corrupção pode aumentar em períodos de emergência e calamidade pública, justamente pela ausência de transparência, fator que requer a atenção dos órgãos de controle, dos demais poderes e da sociedade de forma geral.

O governador do Distrito Federal, Ibaneis Rocha, chegou a declarar, em uma entrevista à imprensa, que haveria fraude e corrupção na gestão da Secretaria da Saúde da unidade federativa, durante o enfrentamento da COVID-19. Diante dessa afirmação, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) requereu maiores informações e documentos que pudessem revelar e comprovar a situação<sup>27</sup>. O MPDFT

<sup>26</sup> <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/gestao-witzel-impoe-sigilo-em-documentos-de-contratacoes-emergenciais-de-r-1-bi-contra-coronavirus.shtml>. Acesso em: 12 abr. 2020.

<sup>27</sup> Ministério Público requisita informações ao governador do DF sobre atos de corrupção na Saúde. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2020/11656-ministerio-publico-requisita-informacoes-ao-governador-do-df-sobre-atos-de-corrupcao-na-saude>. Acesso em: 15 abr. 2020.

criou a força-tarefa para a COVID-19, instruída pela Portaria PGJ n.º 220 de 23 de março de 2020, para acompanhar as ações adotadas no Distrito Federal, no enfrentamento da pandemia. A força-tarefa, além do acompanhamento e controle dos atos da gestão, atua em diversas áreas de interesse público e coletivo para orientar e auxiliar a sociedade, requisitando, por exemplo, a elaboração de planos de prevenção para pessoas com deficiência, bem como informações sobre aumento de gastos com publicidade<sup>28</sup>.

Em nível federal, o Tribunal de Contas da União (TCU) também apresenta um plano de acompanhamento das ações para o combate à pandemia, denominado “Plano Especial de Acompanhamento das Ações de Combate à COVID-19”<sup>29</sup>. O Plano prevê a realização de um trabalho de acompanhamento e controle dos atos da gestão pública federal para o enfrentamento da pandemia, com foco na prevenção de falhas, fraudes e desvios dos recursos públicos, destinados à situação emergencial. A proposta é fiscalizar e identificar, ainda nas fases iniciais das contratações de serviços e aquisição de insumos, situações que não estejam em conformidade e que possam acarretar problemas e prejuízos, que dificultem o alcance da efetividade das medidas propostas pelo ente público.

O trabalho realizado pelos órgãos de controle, demais poderes, entidades e instituições ligadas à sociedade civil é de vital importância para que os resultados no enfrentamento da crise sejam positivos. No entanto, a garantia da publicidade, transparência e do acesso aos dados e informações é fundamental para que esse trabalho possa ser construído de forma efetiva e que seja perene. É importante salientar que a atividade de controle deve sempre existir, estando ou não em situações de crise. Em situações como esta de pandemia, em que se faz necessário um certo grau de afrouxamento ou mitigação de algumas regras, abre-se margem ao aumento dos riscos que, por sua vez, cria a necessidade de ampliação da fiscalização e controle.

Nos casos apresentados anteriormente, para cada situação constatada de risco, ainda que não coordenada, houve uma resposta de controle. Foi possível verificar entidades, de diferentes âmbitos e setores, atuando na fiscalização e monitoramento das ações da gestão pública, durante o período de emergência sanitária. Isso demonstra que alguns mecanismos estão funcionando, ainda que não atuem de forma coordenada.

Por outro lado, verifica-se certa “ausência” de um procedimento maior e organizado de controle, de maneira a dar forma a um sistema de governança, que respalde e oriente outras instituições, para garantir que todos ou uma quantidade maior de atos públicos sejam monitorados. Muitas das ações mapeadas partiram de denúncias ou de provocação externa para que as questões e irregularidades fossem devidamente apuradas, situação que demonstra clara necessidade de instrumentalização interna e efetiva da atuação dos gestores públicos, para criar e fortalecer sistemas de vigilância e controle dos próprios atos.

#### **4 Compliance na gestão pública: importância do fortalecimento e coordenação das medidas de controle em período de emergência e calamidade para evitar corrupção**

A corrupção é um problema transnacional, que não possui fronteiras<sup>30</sup> e que envolve questões sociais, econômicas e políticas, assim como temas ambientais e de direitos humanos. A luta contra a corrupção demanda esforços conjuntos no seu enfrentamento. Estados, Organizações Internacionais (OIs) e sociedade civil se empenham no desenvolvimento de normas, ferramentas e mecanismos que contribuam para o esta-

<sup>28</sup> MPDFT. *Força-tarefa Covid-19*. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/forca-tarefa-covid-19>. Acesso em: 17 abr. 2020.

<sup>29</sup> BRASIL. TCU. Tribunal de Contas da União. *Plano de Acompanhamento das Ações de Combate à COVID-19 estimula o controle preventivo*. 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/plano-de-acompanhamento-das-acoes-de-combate-a-covid-19-estimula-o-controle-preventivo.htm>. Acesso em 17 abr. 2020.

<sup>30</sup> KOCHI, Shigeru. Diseñando convenciones para combatir la corrupción: La OCDE y La OEA a través de la teoría de las Relaciones Internacionales. *América Latina Hoy*, v. 31, 2002.

belecimento de uma certa governança global<sup>31</sup> para o combate à corrupção.

A Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), de 1977, norma americana sobre corrupção, é considerada como um marco regulatório e referência internacional sobre a temática<sup>32</sup>, prevendo, inclusive, a possibilidade de responsabilização extraterritorial para crimes de fraude e corrupção praticados por empresas<sup>33</sup>. A partir da FCPA, surgiram diversas outras normas (vinculantes e voluntárias), bem como acordos internacionais<sup>34</sup>, que buscam contribuir para a luta mundial contra a corrupção e diminuição dos seus efeitos nos sistemas políticos, econômicos e sociais.

A governança global, que se busca estabelecer no contexto do combate à corrupção, contempla ampla participação de atores estatais e não estatais, como ONGs, empresas, técnicos, especialistas e outras organi-

<sup>31</sup> A concepção de Governança Global decorre da evolução dos conceitos de governo e governança. Refere-se a um mecanismo, estabelecido por diferentes atores (estatais e não estatais), para lidar com problemas comuns, problemas estes que ultrapassam as fronteiras nacionais dos Estados e que demandam ações conjuntas para seu enfrentamento GONÇALVES, Alcindo. Governança Global. In: GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança Global e Regimes Internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011. p. 21-36. A Governança Global se caracteriza como um exercício de diálogo e tomada de decisão em vários níveis, que define políticas e mecanismos para lidar com um determinado problema comum KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. *Law and contemporary problems*, v. 68, n. 3/4, p. 15-61, 2005. O processo que se estabelece no âmbito da governança global considera a cooperação e a participação ampliada como elementos chave, que buscam contribuir para o alcance de consenso sobre a adoção das regras e ferramentas para uma atuação mais eficaz LIMA, Luciana; GONÇALVES, Alcindo. Normas Socioambientais Privadas: Instrumentos para a Governança Global da Sustentabilidade. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 8, n. 14, 2017.

<sup>32</sup> LEAL, Rogério Gesta; RITT, Caroline Fockink. A lei americana Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e sua influência na aprovação dos marcos internacionais anticorrupção. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS, 1., 2017, Porto Alegre. *Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*. Porto Alegre: FMP, 2017. p. 173-194.

<sup>33</sup> LEIBOLD, Annalisa. Extraterritorial Application of the FCPA Under International Law. *Willamette L. Rev.*, v. 51, p. 225, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2489675>.

<sup>34</sup> A Organização dos Estados Americanos (OEA), em 29 de março de 1996, aprovou a “Convenção Interamericana Contra a Corrupção”, sendo considerada como “o primeiro acordo internacional do gênero” KOCHI, Shigeru. Diseñando convenciones para combatir la corrupción: La OCDE y La OEA a través de la teoría de las Relaciones Internacionales. *América Latina Hoy*, v. 31, 2002. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial n.º 4.410, de 7 de outubro de 2002 UNODOC. United Nations Office on Drugs and Crimes. *Corrupção*: Marco Legal. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/corruptcao/marco-legal.html>. Acesso em 22 abr. 2020. Em 1997, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) aprovou a “Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” (Convenção OCDE sobre suborno). Trata-se de um acordo internacional para o combate à corrupção, vinculante para os 30 países membros da OCDE, que ratificaram o acordo e cinco países não membros, Brasil, Argentina, Bulgária, Chile e Eslováquia KOCHI, Shigeru. Diseñando convenciones para combatir la corrupción: La OCDE y La OEA a través de la teoría de las Relaciones Internacionales. *América Latina Hoy*, v. 31, 2002. O Brasil ratificou o acordo em 15 de junho de 2000, sendo promulgada pelo Decreto Presidencial n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000 BRASIL. *Convenção da OCDE*./Presidência, Controladoria-Geral da União – 1º Edição – Brasília: CGU, 2007. Disponível em: [https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29078/20/Cartilha\\_OCDE\\_2016.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29078/20/Cartilha_OCDE_2016.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020. A Convenção da OCDE também prevê a responsabilização extraterritorial. Neste caso, “se um Estado de origem assinou um acordo internacional que inclui extraterritorialidade, os compromissos internacionais assumidos pelo estado de origem também se aplicam ao ator não estatal” JENSEN, Nathan M.; MALESKY, Edmund J. Nonstate Actors and Compliance with International Agreements: An Empirical Analysis of the OECD Anti-Bribery Convention. *International Organization*, v. 72, n. 1, p. 33-69, 2018. doi:10.1017/S0020818317000443. No âmbito das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003, foi aprovada Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, sendo considerada como o principal instrumento jurídico internacional sobre corrupção, apoiada nos pilares da prevenção, integridade, eficiência do setor público e participação ampliada da sociedade civil, trazendo em seu bojo diretrizes vinculantes para 187 países, que ratificaram o documento UN. United Nations. *Convention against Corruption*. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/es/treaties/CAC/>. Acesso em: 19 abr. 2020. O Brasil ratificou a Convenção através do Decreto Legislativo n.º 348, de 18 de maio de 2005 e do Decreto Presidencial n.º 5687, de 31 de janeiro de 2006. Vale destacar, ainda, a Lei Britânica “The The Bribery Act”, de 2010, que também tem alcance extraterritorial na responsabilização de empresas, prevendo, inclusive, indicação de adoção de programas de *compliance* por parte das organizações BOISTER, Neil. *An introduction to transnational criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 96-97. Como norma voluntária, destaca-se o padrão da International Organization for Standardization (ISO): a norma “ISO 37001: 2016 – *Anti-bribery management systems – requirements with guidance for use*. Trata-se de um standard destinado a orientar as organizações, de qualquer setor e tamanho, no combate ao suborno e corrupção. A norma propõe um sistema de gestão certificável, com mecanismos de avaliação e controle de riscos ISO. International Organization for Standardization. *ISO 37001 – Anti-bribery management systems: Requirements with guidance for use*. Disponível em: <https://www.iso.org/iso-37001-anti-bribery-management.html>. Acesso em: 22 abr. 2020.

zações internacionais privadas, com o objetivo de alcançar alinhamento, capaz de oferecer resultados eficazes para a melhoria das relações público-privadas. A Convenção da OCDE contra a corrupção sinaliza para os programas de “boa governança”<sup>35</sup> e outras medidas como a melhor forma dos países lutarem contra a corrupção<sup>36</sup>. Nesse contexto, o *compliance* se torna uma ferramenta capaz de contribuir para a boa governança, da qual decorre o conceito de governança corporativa<sup>37</sup>, fundamentado nos princípios da transparência, integridade, equidade, *accountability*<sup>38</sup> e da responsabilidade social<sup>39</sup>. A governança corporativa, apesar de não possuir uma única definição, busca tratar da forma como a organização é controlada<sup>40</sup>, possuindo amplo alcance, que vai além da concepção de gestão pura e simples. A gestão é, apenas, uma parte da governança corporativa, que envolve estrutura, cultura, políticas, estratégias e as formas pelas quais a organização lida com as partes interessadas<sup>41</sup>. Trata-se de uma ferramenta de gestão relacionada ao *compliance* e alinhada aos mais elevados padrões éticos e morais, que contribuem para o combate à corrupção. Os aspectos, critérios e princípios da governança corporativa podem e devem ser aplicados à gestão pública e seus órgãos. Os valores e padrões éticos de comportamento, a transparência e a devida diligência “devem permear toda uma sociedade civil”<sup>42</sup>.

No Brasil, o combate à corrupção vem tomando corpo por meio de algumas normas. No âmbito do setor privado, a Lei Federal n.º 12.846, de 2013, denominada como Lei Anticorrupção, estabelece a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos de suborno, praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Apesar de a Lei Anticorrupção não remeter especificamente aos programas de *compliance*, ela pontua sobre a necessidade de estabelecimento de mecanismos de controle de riscos e de avaliação da conformidade legal e de boa governança<sup>43</sup>. Decorrentes da Lei Anticorrupção brasileira, surgem o Decreto Legislativo n.º 8.420, de 2015, que traz sua regulamentação, a Portaria da Controladoria Geral da União (CGU) n.º 910, de 2015, que estabelece procedimentos para a apuração das responsabilidades e a Portaria CGU n.º 909, de 2015, que define critérios de avaliação dos programas de integridade (programas de *compliance*).

<sup>35</sup> A expressão “boa governança” surge nos anos 1980, a partir dos princípios trazidos pelo Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional (FMI), que buscaram agregar, ao conceito de governança, critérios para a avaliação da sua qualidade e eficácia GONÇALVES, Alcindo. Governança Global. In: GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança Global e Regimes Internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011. p. 21. Trata-se de condição atribuída à gestão e aos controles utilizados, que possuem acreditação e capacidade de demonstrar que a organização tem um bom grau de cumprimento legal DOPAZO FRAGUÍO, Pilar. La responsabilidad social corporativa (RSC) como activo facilitador de la innovación jurídica. *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, n. 13, p. 31-48, 2016. A boa governança traz, portanto, a conotação de ação positiva, de alcance dos fins colimados e de atendimento aos compromissos assumidos LIMA, Luciana et al. *Soft law* como herramienta del *compliance* socioambiental. *Revista Catalana de Dret Ambiental*. (in press), 2020.

<sup>36</sup> KOCHL, Shigeru. Diseñando convenciones para combatir la corrupción: La OCDE y La OEA a través de la teoría de las Relaciones Internacionales. *América Latina Hoy*, v. 31, 2002.

<sup>37</sup> O mais utilizado conceito de Governança Corporativa remonta ao início dos anos 1990, sendo definido pelo Relatório Final do Comitê sobre Aspectos Financeiros do Governo Corporativo de 1992 (*Committee Cadbury*) como “o sistema pelo qual as organizações são dirigidas e controladas” CODE, Cadbury. The financial aspects of Corporate Governance. London: *The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd*, 1992. Disponível em: [http://cadbury.cjbs.archios.info/\\_media/files/CAD-02271.pdf](http://cadbury.cjbs.archios.info/_media/files/CAD-02271.pdf). Acesso em: 22 abr. 2020. O conceito é reafirmado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que também entende a Governança Corporativa como o “sistema pelo qual as sociedades do setor público e privado são dirigidas e controladas” OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. *OECD Corporate Governance Factbook*, 2019. Disponível em: [www.oecd.org/corporate/corporate-governance-factbook.htm](http://www.oecd.org/corporate/corporate-governance-factbook.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

<sup>38</sup> HU, H.; TAN, M. Corporate governance and initial public offerings in Australia. In: ZATTONI, A.; JUDGE, W. (ed.), *Corporate Governance and Initial Public Offerings: An International Perspective* Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 37-63. doi:10.1017/CBO9781139061513.003.

<sup>39</sup> A responsabilidade social é entendida como a conduta organizacional pautada na gestão diligente. Refere-se ao comportamento ético e transparente da organização preocupada com os impactos de suas decisões e atividades na sociedade ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT. *NBR ISO 26000: Diretrizes sobre responsabilidade social*. Rio de Janeiro: ABNT, 2010.

<sup>40</sup> MARQUES, Maria da Conceição da Costa. Aplicação dos princípios da governança corporativa ao sector público. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 11, n. 2, p. 11-26, 2007.

<sup>41</sup> BARRETT, Pat. Achieving better practice corporate governance in the public sector. *Australian National Audit Office*, 2002.

<sup>42</sup> BENEDICTO, Samuel Carvalho de et al. Governança corporativa: uma análise da aplicabilidade dos seus conceitos na administração pública. *Organizações Rurais & Agroindustriais*, v. 15, n. 2, p. 286-300, 2013.

<sup>43</sup> MIRANDA, Wallace Vieira de; ZAGANELLI, Juliana Costa. Marco civil da internet e política pública de transparência: uma análise da e-democracia e do compliance público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 633-646, 2018.

No âmbito da administração pública indireta, relacionado às empresas estatais, foi editada a Lei 13.303, de 2016, conhecida como Estatuto das Estatais. A norma surge para atender as Diretrizes da OCDE sobre a Governança Corporativa das Empresas Estatais, publicada em 2005 e revisada em 2015<sup>44</sup>, estabelecendo a obrigatoriedade da implementação da gestão de riscos e controles, bem como divulgação de códigos de ética, conduta e integridade corporativa pelas empresas estatais e de economia mista. Em 2019, o Governo Federal publicou a Lei 13.848/2019, conhecida como Lei das Agências Reguladoras. A norma em questão também prevê o estabelecimento de um programa de integridade corporativa, para a devida gestão e controle dos riscos da atividade e alinhamento das práticas e condutas dos órgãos reguladores, sem esquecer da obrigatoriedade de cumprimento legal de outras normas destinadas ao setor.

No caso da administração pública direta, por meio do Decreto n.º 9.203, de 22 de novembro de 2017, iniciou-se um processo de estabelecimento de uma política de governança no setor. Em abril de 2018, foi lançado o programa de Unidade de Gestão da Integridade (UGI) da CGU, que tem como objetivo o estabelecimento de programas de integridade por todos os órgãos e entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional. Esse programa visa construir, por meio de um plano, caracterizado pelas normas, práticas, procedimentos, valores éticos e princípios, buscando criar no setor público um procedimento harmonizado de prevenção, identificação, avaliação, mitigação e responsabilização de fraudes e corrupção<sup>45</sup>. O referido Decreto traz sustentação à implementação de programas de integridade corporativa na administração direta, que por sua vez, possui um verdadeiro arsenal normativo implicado na temática, como as normas referentes à responsabilidade fiscal do administrador público (LRF), Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), Lei da Transparência (Lei Complementar n.º 131/2009), Lei de Acesso à Informação n.º 12.527/11 (LAI), dentre outras.

O Decreto Federal n.º 9.203/2017 estabeleceu a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. A norma, por si só, pode ser considerada como importante instrumento da governança pública, que acena no sentido da definição das regras para o estabelecimento e implementação do programa de integridade da administração pública direta. Fora as normas, os diversos órgãos de controle interno e externo<sup>46</sup>, como os Tribunais de Contas, Controladorias, Procuradorias e outros órgãos de fiscalização, podem contribuir de forma essencial para a implementação do *compliance* na administração pública, justamente por já atuarem com as regras estabelecidas no arcabouço normativo existente e regras de conduta ética estabelecidas.

*Compliance* está diretamente relacionado ao cumprimento ético-normativo, bem como ao controle dos riscos ao qual tanto o setor público quanto privado estão sujeitos. Quando se fala em cumprimento normativo, pode-se questionar a redundância ou proximidade da sua recomendação à administração pública, que está naturalmente adstrita ao princípio da legalidade. No entanto, o cumprimento abordado neste estudo vai além da conformidade legal, englobando diversos outros aspectos e elementos que extrapolam os contornos na lei. *Compliance* não se refere exclusivamente à adequação às normas cogentes (*hard law*). No âmbito da conformidade, entende-se coexistir uma estrutura de normas, padrões e ferramentas, também de natureza voluntária (*soft law*)<sup>47</sup>, que possam dar suporte à implementação e eficácia das diretrizes internacionalmente propostas para o combate à corrupção.

<sup>44</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OCDE. *Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais*. Paris: OCDE Publishing, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>45</sup> BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Guia prático das Unidades de Gestão da Integridade: Orientações para a instituição, aperfeiçoamento e uniformização nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/unidades-de-gestao.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>46</sup> PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 41-47, 1998.

<sup>47</sup> *Soft law* é o termo dado a normas de natureza não cogente, que pode incluir diretrizes, recomendações, princípios, declarações, códigos de conduta, entre outros, com duração permanente ou por tempo determinado, servindo, neste caso, a uma específica finalidade, podendo, ainda, compor normas legais (*hard law*) e inspirar atividade legislativa.

No âmbito da administração pública, o *compliance* está essencialmente relacionado à transparência e ao dever de prestar contas. A transparência é um princípio de extrema importância para o direito administrativo nacional e global<sup>48</sup>, em razão da necessidade cada vez maior de alinhamento dos atos da gestão pública, com as práticas internacionais relacionadas à contratação pública, que demandam cada vez mais transparência, integridade e prestação de contas, pressupostos importantes para a gestão eficiente e relação segura entre as partes interessadas. A governança global sobre o combate à corrupção se estrutura na transparência, considerada como “pressuposto básico de governabilidade em respeito ao cidadão e às próprias instituições do Estado”<sup>49</sup>. A transparência permite intercâmbio de informações, fortalecimento das instituições e da democracia, bem como a melhoria da credibilidade do ator estatal perante seus pares.

As atividades, sejam elas públicas ou privadas, possuem suas especificidades e, conseqüentemente, estão expostas a diferentes riscos, que devem ser tratados conforme a probabilidade de ocorrência e nível de impacto à atividade. Nesse sentido, a harmonização das regras e uniformização dos mecanismos e ferramentas de controle e de tratamento de riscos, também se tornam necessárias ao setor público. Primeiramente, porque a atividade pública se expõe a riscos não contemplados por normas legais, apresentando a necessidade de valoração e tratamento desses riscos, diante da possibilidade de consequências gravosas para a sociedade e para a própria administração. Segundo, porque o não cumprimento legal também é um risco que deve ser considerado pela gestão pública, devendo ser tratado como qualquer outro que cause os mesmos impactos. Além disso, a administração pública, que também se relaciona com o ente privado, necessita estar alinhada e comprometida com os padrões internacionais de combate à corrupção, devendo, portanto, estabelecer uma boa governança, que contemple efetivos controles internos e externos para tratar os riscos inerentes a essa relação.

Nesse sentido, o conceito de governança corporativa, apoiada na conformidade, pode e deve ser aplicado à gestão pública, de forma a permitir a instrumentalização mais eficiente do gerenciamento das decisões e da prestação de contas, contemplando, ainda, a ampliação da participação de outros atores no seu processo<sup>50</sup>. A boa governança no setor público, para além do uso eficiente dos recursos, deve proporcionar a adequação e coordenação dos procedimentos e regras, bem como melhor distribuição e mapeamento das responsabilidades e controle de riscos, que possam ocasionar problemas, como desvios, fraudes e corrupção.

A aplicação do *compliance* no setor público é importante para organizar e dar maiores condições de controle e monitoramento das ações e decisões tomadas, que devem ser pautadas pela legalidade, sem esquecer a ética, transparência e prestação de contas. *Accountability* e transparência<sup>51</sup> são os principais nortes para a indicação dos critérios da governança corporativa ao setor público, âmbito em que as estruturas de gestão se distinguem da governança privada, em razão da existência de outros meios de controle inerentes à divisão política de poderes, que cria o sistema de freios e contrapesos<sup>52</sup> e demais “sistemas de valores, que enfatizam noções de ética e códigos de conduta com base legislativa”<sup>53</sup>. A boa governança do setor público se demons-

<sup>48</sup> Direito Administrativo Global (DAG) DA SILVA, Alice Rocha; SANTOS, Ruth MP. A influência do direito administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 66-88, 2016).

<sup>49</sup> SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth MP. A influência do direito administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 66-88, 2016.

<sup>50</sup> BHATTA, Gambhir. *International dictionary of public management and governance*. New York: Routledge, 2015.

<sup>51</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública*. Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2a Edição, 2018. 148 p. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corrupcao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

<sup>52</sup> O sistema de freios e contrapesos surge a partir da teoria da separação de poderes de Montesquieu, descrita na obra *Espírito das Leis*. A Constituição Federal do Brasil, de 1988, em seu Art. 2º prevê a separação de poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que, apesar de independentes, exercem papel mútuo de controle dos atos praticados, devendo sempre “andar em concerto” MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28-30.

<sup>53</sup> BARRETT, Pat. *Achieving better practice corporate governance in the public sector*. *Australian National Audit Office*, 2002.

tra, dessa forma, como a base para um desempenho organizacional eficaz e sustentado. Assim como no setor privado, a governança pública deve ser apoiada pela liderança e por uma cultura organizacional<sup>54</sup>, alinhada com a atividade desenvolvida, sempre em conformidade com os princípios e normas preestabelecidos.

O processo de implementação de *compliance* na administração pública apresenta limitações, como a complexidade do sistema, em razão da sua estrutura e divisões internas, que podem criar obstáculos burocráticos na obtenção das informações a serem conectadas. No entanto, um elemento facilitador a ser considerado para essa questão é a crescente interconectividade<sup>55</sup>, cada vez maior, das informações, facilitada pelo avanço tecnológico e seus instrumentos, que podem contribuir para a harmonia dos procedimentos<sup>56</sup>, permitindo que o setor possa construir uma mesma linguagem sobre política, conduta ética e padrões de comportamento, ampliando e democratizando o acesso às informações e dados.

Outra possível limitação é a ausência de apoio e comprometimento da alta administração com o *compliance* e suas estruturas. O compromisso da alta administração é um dos pilares do programa de integridade, elemento importante para fortalecer a cultura ética, por meio do empenho, do exemplo e da própria função de direção exercida. É a alta administração que dá o tom, ou seja, o tom no topo (*tone at the top*)<sup>57</sup>. O comportamento ético e engajamento deve partir da liderança, que deve orientar e incentivar o cumprimento das normas e códigos de conduta dentro da organização, sob pena de não obter resultados eficazes<sup>58</sup>.

O ponto nevrálgico da questão é que o *compliance*, bem estruturado, harmonizado com os demais meios e regras gerais de controle, torna-se um valioso instrumento para garantir a lisura das ações e decisões tomadas, mesmo em situações de crise e emergências. Isso se dá porque, ainda que haja necessidade de flexibilização de algumas regras, procedimentos ou normas, com o intuito de facilitar a atuação do ente público e seus órgãos, no enfrentamento de problemas graves, como no caso da pandemia da COVID-19, os controles internos e externos funcionarão para assegurar o mapeamento e gerenciamento das fragilidades.

Importante frisar que o que se flexibiliza, em situações emergenciais, são determinadas regras e procedimentos para o atendimento de uma finalidade pública ainda maior. No entanto, não há e não deverá haver qualquer flexibilização dos princípios de transparência e publicidade, sob pena de se abrir mão de meios de controle importantes para a prestação de contas e para a manutenção do dever ético e de boa conduta do ente público, que devem existir em qualquer circunstância. Ademais, as exceções precisam ser vistas como riscos, que necessitam de mapeamento e tratamento adequado, de forma a reduzir impactos.

A existência de efetivo e legítimo controle das atividades públicas garante a participação de diferentes atores no processo de governança que, por meio da cooperação e da coordenação dos diversos interesses, auxiliam a “formação de um espaço público que, baseado na negociação e consenso, atribui maior grau de legitimidade, transparência, racionalidade e eficiência à persecução dos fins sociais”<sup>59</sup>.

Dessa forma, A implementação pela administração pública de ferramentas de controle efetivas, perenes e alinhadas com as principais normas internacionais, demonstra compromisso do Estado com a governança global, que vem se estabelecendo no âmbito da luta contra a corrupção, fato que poderá gerar outros benefícios ao país, por oferecer maior segurança jurídica, política e econômica a investimentos externos.

<sup>54</sup> IFAC, PSC. *Study 13-Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective*. New York, 2001. Disponível em: <https://www.ifac.org/system/files/publications/files/study-13-governance-in-th.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

<sup>55</sup> BARRETT, Pat. Achieving better practice corporate governance in the public sector. *Australian National Audit Office*, 2002.

<sup>56</sup> MIRANDA, Wallace Vieira de; ZAGANELLI, Juliana Costa. Marco civil da internet e política pública de transparência: uma análise da e-democracia e do compliance público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 633-646, 2018.

<sup>57</sup> SCHWARTZ, Mark S.; DUNFEE, Thomas W.; KLINE, Michael J. Tone at the top: An ethics code for directors?. *Journal of Business Ethics*, v. 58, n. 1-3, p. 79, 2005.

<sup>58</sup> COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (coord.). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010. p.26-28.

<sup>59</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Transparência administrativa, lei federal n.º 12.527/2011 e sigilo dos documentos públicos: a inconstitucionalidade das restrições ao acesso à informação. *Brazilian Journal of Public Policy*, v. 6, n. 2, p. 37, 2016.

## 5 Considerações finais

O controle e constante monitoramento da conformidade legal são elementos importantes a qualquer setor, seja ele público ou privado, para que se possam avaliar as decisões, processos e eficácia das medidas implementadas na gestão. Mesmo em situações de crise, programas de integridade permitem a identificação e conseqüente redução de condutas ilícitas ou que fujam dos padrões éticos e morais estabelecidos. Os impactos da ausência de transparência e publicidade dos atos de gestão poderão ser tão maléficis para a sociedade quanto a situação de emergência que dê causa à suspensão de normas e procedimentos vigentes. Limitar o acesso à informação, ainda que por razões justificáveis, não deve ser tida como uma opção plausível, tendo em vista o outro lado da questão, ou seja, a necessidade patente de transparência para garantir a eficiência e probidade dos atos realizados nesse período.

Apesar de a administração pública possuir diversos outros mecanismos e órgãos de controle, faz-se necessária a implementação de regras harmonizadas globalmente e que possam garantir que os riscos estejam de fato sendo identificados e controlados. Não basta, apenas, dizer que a administração pública está adstrita ao Princípio da Legalidade e que possui, em sua estrutura, mecanismos de controle e transparência. Faz-se necessário que a alta administração pública apoie e valide a implementação de programas de integridade e que estes sejam viabilizados e aplicados em todos os órgãos, de forma coesa e integral.

Conclui-se, então, pela indicação da aplicabilidade de programas de integridade na administração direta, por ser um mecanismo de controle adaptável a sistemas públicos e privados e difundido mundialmente, por sua condição de alinhamento com normas internacionais consagradas de boa governança. A aplicação de programas de integridade na administração pública direta é capaz de favorecer a manutenção dos mecanismos de vigilância já existentes e de trazer novos controles, harmonizando-os sistematicamente e permitindo que funcionem com eficácia, mesmo em situações que requeiram mitigação dos efeitos de outras normas e procedimentos, como no caso das regras de contratações públicas em momentos de emergência e calamidade pública. A implementação e fortalecimento das estruturas de *compliance* na administração pública direta é importante porque elas surgem como ferramentas que permitem o alinhamento do setor com as mais atuais normas globais, que atuam na luta contra a corrupção e contribuem para a redução sistemática da cultura de fraudes e suborno, que atingem a administração pública. O sistema permite a manutenção da transparência e *accountability*, regras que não podem e não devem sofrer flexibilização.

Compreende-se que a atuação pública demanda constante e sustentado alinhamento com as regras globais de conformidade e integridade para a adoção de mecanismos e procedimentos, que possam garantir uma boa governança pública, transparente, eficiente e empenhada na gestão dos riscos e controles inerentes, com a finalidade de evitar fraudes e corrupção, que tanto prejudicam o interesse público e a sociedade de forma geral.

## Referências

ALI, Shajeea Arshad et al. The outbreak of Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)—An emerging global health threat. *Journal of Infection and Public Health*, 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT. *NBR ISO 26000: Diretrizes sobre responsabilidade social*. Rio de Janeiro: ABNT, 2010.

ATAÍDE, Pedro. A (im) possibilidade de medida provisória na regulamentação de atividade minerária. *Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 9, n. 16, p. 37-46, 2018.

BARRETT, Pat. *Achieving better practice corporate governance in the public sector*. Australian National Audit Office,



2002.

BENEDICTO, Samuel Carvalho de et al. Governança corporativa: uma análise da aplicabilidade dos seus conceitos na administração pública. *Organizações Rurais & Agroindustriais*, v. 15, n. 2, p. 286-300, 2013.

BHATTA, Gambhir. *International dictionary of public management and governance*. New York: Routledge, 2015.

BOISTER, Neil. *An introduction to transnational criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BRASIL. *Convenção da OCDE*./Presidência, Controladoria-Geral da União – 1º Edição –Brasília: CGU, 2007. Disponível em: [https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29078/20/Cartilha\\_OCDE\\_2016.pdf](https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29078/20/Cartilha_OCDE_2016.pdf). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Guia prático das Unidades de Gestão da Integridade*: Orientações para a instituição, aperfeiçoamento e uniformização nos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/unidades-de-gestao.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública*. Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2a Edição, 2018. 148 p. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-de-combate-a-fraude-e-corrupcao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

CODE, Cadbury. *The financial aspects of Corporate Governance*. London: *The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. Ltd*, 1992. Disponível em: [http://cadbury.cjbs.archivos.info/\\_media/files/CAD-02271.pdf](http://cadbury.cjbs.archivos.info/_media/files/CAD-02271.pdf). Acesso em: 22 abr. 2020.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (coord.). *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DOMINGUEZ, Bruno. Alerta global: novo coronavírus é a sexta emergência em saúde pública de importância internacional declarada pela OMS. *RADIS: Comunicação e Saúde*, n. 210, p. 14-21, 2020.

DOPAZO FRAGUÍO, Pilar. La responsabilidad social corporativa (RSC) como activo facilitador de la innovación jurídica. *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, n. 13, p. 31-48, 2016.

FREITAS, Carlos Machado de et al. *Fortalecimento das capacidades de prontidão e resposta frente a situações de emergência de interesse de saúde pública*. Região Nordeste. Rio de Janeiro: *CEPEDES/FIOCRUZ*, 2013. 34 p. Relatório de pesquisa, 2013.

GONÇALVES, Alcindo. Governança Global. In: GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança Global e Regimes Internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011.

HU, H.; TAN, M. Corporate governance and initial public offerings in Australia. In: ZATTONI, A.; JUDGE, W. (ed.), *Corporate Governance and Initial Public Offerings: An International Perspective* Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 37-63. doi:10.1017/CBO9781139061513.003.

IFAC, PSC. *Study 13-Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective*. New York, 2001. Disponível em: <https://www.ifac.org/system/files/publications/files/study-13-governance-in-th.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. ISO. *ISO 37001 – Anti-bribery management systems: Requirements with guidance for use*. Disponível em: <https://www.iso.org/iso-37001-anti-bribery-management.html>. Acesso em: 22 abr. 2020.

- JENSEN, Nathan M.; MALESKY, Edmund J. Nonstate Actors and Compliance with International Agreements: An Empirical Analysis of the OECD Anti-Bribery Convention. *International Organization*, v. 72, n. 1, p. 33-69, 2018. doi:10.1017/S0020818317000443.
- KHAIR, Amir Antônio. *Lei de responsabilidade fiscal: guia de orientação para as prefeituras*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; BNDES, 2000.
- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. *Law and contemporary problems*, v. 68, n. 3/4, p. 15-61, 2005.
- KOCHI, Shigeru. Diseñando convenciones para combatir la corrupción: La OCDE y La OEA a través de la teoría de las Relaciones Internacionales. *América Latina Hoy*, v. 31, 2002.
- LAI, Chih-Cheng et al. Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2) and corona virus disease-2019 (COVID-19): the epidemic and the challenges. *International journal of antimicrobial agents*, 2020.
- LEAL, Rogério Gesta; RITT, Caroline Fockink. A lei americana Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e sua influência na aprovação dos marcos internacionais anticorrupção. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS, 1., 2017, Porto Alegre. *Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*. Porto Alegre: FMP, 2017. p. 173-194.
- LEIBOLD, Annalisa. *Extraterritorial Application of the FCPA Under International Law*. *Willamette L. Rev.*, v. 51, p. 225, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2489675>.
- LEITE FILHO, Geraldo Aleandro; COLARES, André Felipe Vieira; ANDRADE, Izabela Cristina Fonseca. Transparência da gestão fiscal pública: um estudo a partir dos portais eletrônicos dos maiores municípios do Estado de Minas Gerais. *Contabilidade Vista & Revista*, v. 26, n. 2, p. 114-136, 2015.
- LIMA, Luciana et al. *Soft law* como herramienta del *compliance* socioambiental. *Revista Catalana de Dret Ambiental*. (in press), 2020.
- LIMA, Luciana; GONÇALVES, Alcindo. Normas Socioambientais Privadas: Instrumentos para a Governança Global da Sustentabilidade. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 8, n. 14, 2017.
- LÓPEZ, Verónica et al. Recommendations on management of the SARS-CoV-2 coronavirus pandemic (Covid-19) in kidney transplant patients. *Nefrología (English Edition)*, in press, 2020.
- MACEDO JÚNIOR, Adriano Menino de. COVID-19: calamidade pública. *Medicus*, v. 2, n. 1, p. 1-6, 2020.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Licitação e a Lei de Responsabilidade Fiscal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 357-388, out. 2002.
- MEDEIROS, Katia Rejane de et al. Lei de Responsabilidade Fiscal e as despesas com pessoal da saúde: uma análise da condição dos municípios brasileiros no período de 2004 a 2009. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 22, p. 1759-1769, 2017.
- MIRANDA, Wallace Vieira de; ZAGANELLI, Juliana Costa. Marco civil da internet e política pública de transparência: uma análise da e-democracia e do compliance público. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 633-646, 2018.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. Transparência administrativa, lei federal n.º 12.527/2011 e sigilo dos documentos públicos: a inconstitucionalidade das restrições ao acesso à informação. *Brazilian Journal of Public Policy*, v. 6, n. 2, p. 37, 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. OCDE. *Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais*. Paris: OCDE Publishing, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>. Acesso em: 25 abr. 2020.

PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 41-47, 1998.

QUINTÃO, Vinicius, et al. O Anestesiologista e a COVID-19. *Brazilian Journal of Anesthesiology*, in press. 2020.

SALES, Tainah. Aspectos Jurídicos Do Impeachment, Dos Crimes De Responsabilidade E Das “Pedaladas Fiscais”. *Revista de Direito Brasileira*, v. 16, n. 7, p. 57-78, 2017.

SCHWARTZ, Mark S.; DUNFEE, Thomas W.; KLINE, Michael J. Tone at the top: An ethics code for directors?. *Journal of Business Ethics*, v. 58, n. 1-3, p. 79, 2005.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 2, n. 2, p. 189-213, 2015.

SHAW, Rajib; KIM, Yong-kyun; HUA, Jinling. Governance, technology and citizen behavior in pandemic: Lessons from COVID-19 in East Asia. *Progress in Disaster Science*, p. 100090, 2020.

SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth MP. A influência do direito administrativo global no processo brasileiro de contratação pública à luz do princípio da transparência. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 66-88, 2016.

TEIJEIRA RODRÍGUEZ, Mariano. Responsabilidad social corporativa y *compliance* legal (autorregulación y control interno). In: DERECHO administrativo del medio ambiente: Temas y prácticas de actualidad jurídica. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2018. p. 219-240

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIMES. UNODOC. *Corrupção: Marco Legal*. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/corruptao/marco-legal.html>. Acesso em: 22 abr. 2020.

UNITED NATIONS. UN. *Convention against Corruption*. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/es/treaties/CAC/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

WHO. *WHO Timeline - COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---COVID-19>. Acesso em: 10 abr. 2020.

WHO. World Health Organization et al. *Reglamento sanitario internacional*. 2ª edición. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2008. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43983/9789243580418\\_spa.pdf?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43983/9789243580418_spa.pdf?sequence=1). Acesso em: 13 abr. 2020.

### 3. POLÍTICAS PÚBLICAS E ACCOUNTABILITY

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Accountability e desenho institucional:** um “ponto cego” no direito público brasileiro

**Accountability and institutional design:** a blind spot in brazilian public law

Danielle Hanna Rached

# Accountability e desenho institucional: um “ponto cego” no direito público brasileiro\*

## Accountability and institutional design: a blind spot in brazilian public law

Danielle Hanna Rached\*\*

### Resumo

O objetivo do presente artigo é propor uma base mais sólida ao conceito de *accountability*, que seja mais adequada para disciplinar seu uso, especialmente por parte da literatura jurídica, o que pode ser alcançado, metodologicamente, com base na mobilização de um conceito minimalista para a abordagem, tanto normativa quanto empírica, deste fenômeno. Clareza conceitual é fator indispensável para esclarecer termos genéricos e multifacetados como *accountability*.

**Palavras-chave:** *Accountability*. Conceito. Legitimidade.

### Abstract

The goal of this article is to propose a more solid basis for the concept of accountability and to discipline its use, particularly by the legal research, which can be methodologically achieved from the mobilization of a minimalist concept of accountability for a normative and an empirical analysis of this phenomenon. Conceptual clarity is an indispensable factor in clarifying generic and multifaceted terms such as accountability.

**Keywords:** Accountability. Concept. Legitimacy.

## 1 Introdução

O conceito de *accountability*<sup>1</sup> está na ordem do dia. Está presente nos debates mais sofisticados da Teoria Democrática e é cada vez mais reivindicado como uma possível ferramenta de aprimoramento de autoridades, domésticas ou internacionais.

<sup>1</sup> Como não há, na língua portuguesa, palavra que reflita exatamente a expressão *accountability*, em geral associada a uma combinação de prestação de contas e responsabilização, preferi utilizar o termo em inglês neste texto. Em alguns parágrafos, quando cabível, “prestação de contas” ou “responsabilização” serão usadas como expressões sinônimas, ainda que não tenham a mesma abrangência semântica do termo em inglês. A opção por adotar a expressão estrangeira tem sido uma convenção terminológica não só na literatura das ciências sociais brasileiras, mas também em outras línguas não anglofônicas (como espanhol, alemão e italiano).

\* Recebido em 02/05/2020

Aprovado em 25/10/2020

As ideias apresentadas neste artigo foram originariamente delineadas em minha tese de doutorado defendida na Universidade de Edimburgo, Escócia, em 2013, “The International Law of Climate Change and Accountability”. Neste artigo, sintetizo parte do argumento sobre o tema ao trazer alguns referenciais teóricos ali utilizados.

\*\* Professora da FGV Direito Rio. E-mail: danielle.rached@fgv.br

Por estar impregnado de usos retóricos, no entanto, o termo redonda, frequentemente, num *slogan* esvaziado de significado que comporta toda e qualquer qualidade desejável (institucional, processual ou pessoal) em órgãos ou agentes políticos.<sup>2</sup> A superficialidade do senso comum nos permite dizer muito pouco sobre as possíveis configurações e as funções que *accountability* pode desempenhar. Sua confiabilidade e operacionalidade parecem “ameaçadas pela sua popularidade”.<sup>3</sup>

Neste artigo, avançando na resolução desse **problema**, procuro estipular um conceito minimalista de *accountability*, isto é, um conceito nuclear, suficientemente abrangente para compreender diferentes tipos de relações de poder. Não defendo que esta é a única definição tampouco a definição mais adequada do termo. Minha **hipótese** é a de que a abordagem minimalista permite maior abrangência denotativa do conceito, especialmente em comparação às alternativas maximalistas.

O **objetivo** deste artigo é, portanto, firmar uma base mais sólida do conceito de *accountability* e disciplinar seu uso, especialmente por parte da literatura jurídica, o que, de acordo com o meu argumento, pode ser alcançado, **metodologicamente**, com base na mobilização de um conceito minimalista para a abordagem, tanto normativa quanto empírica, deste fenômeno. Para tanto, abordarei, nas próximas seções, os seguintes tópicos.

A próxima seção (seção 2) distingue *accountability* política e extrapolítica e avança a estrutura básica de qualquer regime de *accountability*. Embora regimes de *accountability* políticos e extrapolíticos compartilhem uma estrutura comum, o artigo se preocupa, principalmente, com as maneiras pelas quais as autoridades políticas podem ser responsabilizadas.

A seção 3 aponta as *dimensões* fundamentais da *accountability* política, isto é, os ângulos descritivos que nos ajudam a decodificar e a desenhar um mapa analítico de qualquer relação de poder.

Finalmente, a seção 4 define as principais funções que *accountability* política deve desempenhar. A seção foca na perspectiva normativa do conceito de *accountability* e, mais importante, nas tensões ocasionais que podem surgir.

Da seção 2 à seção 4, portanto, podemos ver uma série de distinções que culminam em uma imagem mais detalhada do conceito de *accountability*. Há um “fio condutor” que mantém essas seções interligadas: do conceito de *accountability* e de suas dimensões descritivas, percebemos que *accountability* significa somente que há um elo entre dois agentes. É apenas com o esclarecimento das funções de *accountability* que começamos a entender quando e por que *accountability* é um atributo desejável e por que deve ser promovido.

Este artigo, portanto, pretende capturar a “dimensionalidade complexa” de *accountability*.<sup>4</sup> A distinção entre *dimensões* e *funções*, e uma imagem clara de como esses elementos se relacionam são etapas essenciais para compreender reformas institucionais bem pensadas em nome de *accountability*.

<sup>2</sup> STEWART, R. B. Accountability, participation, and the problem of disregard in global regulatory governance. In: INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW AND JUSTICE INTERNATIONAL LEGAL THEORY COLLOQUIUM, 2008, Nova York. *Papers...* Nova York: New York University, 2008. p. 3.

<sup>3</sup> Dubnick, M. Seeking salvation for accountability. In: Annual Meeting of the American Political Science Association, 2002, Washington. *Papers...* Washington: American Political Science Association, 2002. p. 1.

<sup>4</sup> De acordo com Schmitter, o conceito de *accountability* não pode ser capturado por uma só variável, em decorrência de sua ‘dimensionalidade complexa’. No original: “accountability cannot be captured by a single variable due to its ‘complex dimensionality’”. SCHMITTER, A. Real-existing democracies: meaning and mechanisms. *European University Institute Papers*, 2007. p. 19.

## 2 *Accountability* política e extrapolítica

*Accountability* não é, por definição, restrita à política, não importa como política seja concebida.<sup>5</sup> Ele transcende o domínio da ação coletiva e permeia as relações sociais de maneira mais ampla e profunda.<sup>6</sup> Deve-se estar atento às formas extrapolíticas de *accountability*, a fim de entender o que *accountability* compartilha com a forma política e o que é distinto desta última.<sup>7</sup>

Existem vários tipos de *accountability* extrapolítica.<sup>8</sup> *Accountability* cultural ou social é provavelmente a mais difícil de perceber e diagnosticar. Quando ativistas feministas, por exemplo, reclamam do “fracasso da cultura em responsabilizar os homens”,<sup>9</sup> elas não pedem necessariamente uma sanção para corrigir os erros supostamente cometidos por homens. O protesto delas é mais profundo. Trata-se das maneiras mais difusas e sutis pelas quais uma cultura supostamente tendenciosa reduz a autonomia das mulheres para levar suas próprias vidas. A demanda por *accountability*, nesse sentido, pretende desvendar e desafiar as fontes de normatividade social, bem como as maneiras informais pelas quais os padrões de comportamento são furtivamente decretados e aplicados de maneira potencialmente opressiva. Os mecanismos de *accountability*, portanto, seriam essenciais para uma sociedade mais igualitária.<sup>10</sup>

*Accountability* surge, ainda, em outros cenários extrapolíticos. Profissionais, por exemplo, podem ser chamados a prestar contas à luz de como exercem seus conhecimentos em relação a seus pares e leigos.<sup>11</sup> Advogadas, engenheiras ou médicas tomam decisões técnicas cuja adequação suas respectivas clientes ou pacientes têm capacidade limitada de julgar. Ainda assim, isso não impediria que pacientes e clientes tivessem o direito de exigir uma justificativa para as escolhas que foram feitas, bem como de se posicionar sobre

<sup>5</sup> A exceção seria um regime totalitário distópico, onde nada é deixado de fora da esfera política. Aqui o “extrapolítico” é inconcebível porque a cultura política não possui nenhum critério para excluir algo do reino da política.

<sup>6</sup> MASHAW, J. L. *Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance*. In: DOWDLE, M. *Public accountability: designs, dilemmas and experiences*. Cambridge: Cambridge University, 2006. p. 131.

<sup>7</sup> Mashaw aponta para a importância da estrutura comum de *accountability* quando alerta, por exemplo, contra o exagero das diferenças existentes entre os dois tipos de *accountability*. MASHAW, J. L. *Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance*. In: DOWDLE, M. *Public accountability: designs, dilemmas and experiences*. Cambridge: Cambridge University, 2006. p. 130. Philp também se preocupa em distinguir as partes essenciais, constitutivas ou necessárias do conceito de *accountability*, separando-as dos componentes contingentes e suplementares desse conceito. PHILP, M. *Delimiting democratic accountability*. *Political Studies*, n. 57, 2009. p. 48.

<sup>8</sup> “Extrapolítico” não deve ser equiparado a “não político” ou “anti-político”, como se algumas questões estivessem sempre e necessariamente fora de quaisquer limites da política, supostamente essenciais. Como a esfera da política flutua, algumas questões que hoje são extrapolíticas podem ser politizadas amanhã e vice-versa. Ian Shapiro avança neste ponto ao alegar que a política “não está em lugar algum”, ao mesmo tempo e que “está em qualquer lugar”. Para o autor, os limites da política “não estão em lugar algum, pois não há um domínio político específico, de modo que a política “está em toda parte, porque nenhum domínio da vida social está imune a relações de conflito e poder.” No original: “politics is both nowhere and everywhere: they are nowhere in that there is no specifiable political realm; [...] Politics are everywhere, however, because no realm of social life is immune from relations of conflict and power.” SHAPIRO, I. *Optimal deliberation?*. *The Journal of Political Philosophy*, n. 10, 2002. p. 206.

<sup>9</sup> DINES, G.; MURPHY, W. *SlutWalk is not sexual liberation*. *The Guardian*, Londres, 08 maio 2011. Exemplo disso é a identificação de Stuart Mill da falta de controle suficiente sobre a conduta dos homens em relação às mulheres: “Não há controle senão o de opinião, e esses homens em geral não estão ao alcance de nenhuma opinião, exceto a de homens como eles.” (“There is no check but that of opinion, and such men are in general within the reach of no opinion but that of men like themselves.”) MILL, J. S. *The subjection of women (1869)*. In: *Collected Works of John Stuart Mill*. Toronto: University of Toronto, 1984. v. 21.

<sup>10</sup> Em um sentido normativo mais geral, prestar contas aos outros pode ser vista como uma característica central da vida moral. Cf. DUBNICK, M. *A moral being is an accountable being: Adam Smith and the ethical foundations of accountable governance*. In: *ANNUAL MEETING OF THE MIDWEST POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION*, 68, 2010, Chicago. *Papers...* Chicago: University of Chicago, 2010.

<sup>11</sup> Onora O’Neill levanta essa questão, preliminar à indicação de soluções que combinam confiança (“trust”) e confiabilidade (“trustworthiness”): “em áreas de especialização e conhecimento concentrados, incluindo medicina, ciência e biotecnologia, como pacientes, cidadãos ou clientes inexperientes podem julgar os especialistas?”. No original: “In areas of concentrated specialization and expertise, including medicine, science and biotechnology, how then can inexpert patients, citizens or customers judge the experts?” O’NEILL, O. *Autonomy and trust in bioethics*. Cambridge: Cambridge University, 2004. p. 118. Thompson também aponta, por exemplo, para o papel da colegialidade na responsabilidade profissional THOMPSON, D. *Restoring responsibility: ethics in government, business, and healthcare*. Cambridge: Cambridge University, 2004. p. 59.



a aceitabilidade e a precisão de tais escolhas. Além disso, sua reputação em relação aos colegas pode ser um fator decisivo para o sucesso profissional e a satisfação pessoal.

As empresas podem ser chamadas a prestar contas de como suas ações afetam a vida de seus clientes, funcionários ou sociedade em geral; por como esses produtos são fabricados e anunciados; para quais padrões de consumo são incentivados; por como seus funcionários são tratados e como suas instalações são construídas ou, mais amplamente, como seu dinheiro é gasto e como seus investimentos são direcionados. As respostas a todas essas perguntas afetam diferentes grupos sociais que desejam ou merecem ter uma opinião sobre as decisões que, de uma maneira ou de outra, também os interessam.<sup>12</sup>

*Accountability* cultural, profissional ou corporativa compartilham algo em comum. Em todos esses casos, há uma divisão entre um agente que toma decisões e outro que sofre o impacto ou tem algum interesse nessas decisões. Existe, portanto, uma divisão do trabalho entre dois polos. *Accountability* é uma qualidade que pode ou não permear o relacionamento entre os dois grupos. Ele existe onde o tomador de decisão (o *power-holder*) tem a obrigação ou é efetivamente impelido a prestar contas e onde os sujeitos afetados pelas decisões (o *account-holder*) têm o direito ou são capazes de exigir uma prestação de conta pelas ações (ou inações) do tomador de decisão.<sup>13</sup>

Consequentemente, *accountability* monitora, ou até mesmo compensa essa divisão do trabalho, restringindo, em graus variados, a autonomia do tomador de decisão. O comportamento dos tomadores de decisão, portanto, está longe de ser ilimitado. Considerações exógenas precisarão ser levadas em consideração em suas decisões, o que interfere nas próprias decisões.

*Accountability* gira em torno de um detentor do poder e do seu “companheiro” (*significant other*, na expressão de Bovens).<sup>14</sup> Esse companheiro é relevante na medida em que possui a capacidade de exigir que o detentor do poder forneça uma explicação de sua conduta, de gerar, para usar novamente a frase de Bovens, um “encontro discursivo reflexivo”.<sup>15</sup> É reflexivo, pois permite que o agente se volte para dentro e encontre uma justificativa para seus atos; é discursivo porque o agente também precisa se manifestar e expressar essa justificativa de forma pública e inteligível, a fim de iniciar uma conversa; e, além disso, inicia um encontro não arbitrário na medida em que existe algum tipo de vínculo que liga os dois agentes. Em suma, esse encontro equivale a “um processo contínuo de prestar e receber contas”.<sup>16</sup>

Por mais diversas que possam ser as relações de *accountability*, e apesar de suas particularidades, há estrutura analítica central que informa todos os exemplos acima. Essa estrutura pode ser delimitada por um conjunto de perguntas descritivas rudimentares: quem responde a quem? Para quê e com base em quais parâmetros? Como? Sob pena de quais consequências?<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Um exemplo de como uma empresa se torna responsável perante investidores e acionistas foi a estreia do Facebook no mercado financeiro, abrindo seu capital: “Gostemos ou não, o Facebook agora será responsável perante muitas pessoas que não compartilham dos seus valores” (“Whether it likes it or not, Facebook will now be accountable to a lot of people who do not share its values”). STONE, B. Facebook, Wall Street: friends with benefits. *Businessweek*, Nova York, 1 fev. 2012.

<sup>13</sup> Onora O’Neill delinicia a estrutura formal que todas as relações de *accountability* compartilham: “Sistemas de *accountability* são altamente diversificados, mas eles possuem uma estrutura formal em comum. Eles definem, assinalam e ajudam a efetivar obrigações de segunda ordem de prestar contas pela performance (ou não-performance) das obrigações primárias ou de primeira ordem”. No original: “Systems of accountability are highly varied, but they have a common formal structure. They are used to define, assign and help enforce second-order obligations to account for the performance (or non-performance) of primary or first-order tasks or obligations.” O’NEILL, O. *Rethinking informed consent in bioethics*. Cambridge: Cambridge University, 2007. p. 167.

<sup>14</sup> Para Bovens: “Explanations and justifications are not made in a void, but vis-à-vis a significant other”. BOVENS, M. Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism. *West European Politics*, n. 33, 2010. p. 951.

<sup>15</sup> De acordo com Bovens, *accountability* designa um encontro discursivo e reflexivo entre os dois agentes (“a reflective discursive encounter between accountant and accountee”). BOVENS, M. Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism. *West European Politics*, n. 33, 2010. p. 953.

<sup>16</sup> DUBNICK, M. A moral being is an accountable being: Adam Smith and the ethical foundations of accountable governance. In: ANNUAL MEETING OF THE MIDWEST POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 68, 2010, Chicago. *Papers...* Chicago: University of Chicago, 2010. p. 5.

<sup>17</sup> MASHAW, J. L. Political accountability in ‘real-existing’ democracies: meaning and mechanisms. *European University Institute*

A primeira pergunta traz à tona quem são os detentores de poder e os sujeitos que sofrem os efeitos deste poder.<sup>18</sup> A segunda pergunta especifica o objeto e os parâmetros de julgamento, ou seja, os atos de poder que estão expostos a esse regime (afinal, os detentores de poder podem não ser responsáveis por atos que não estão relacionados ao exercício desse poder). A terceira estabelece o procedimento de um regime de *accountability*. A quarta, finalmente, prescreve as consequências que se seguirão.

A singularidade de regimes de *accountability* políticos refere-se ao tipo de poder em jogo, ou seja, o poder político, aos sujeitos aos quais o exercício desse poder é direcionado — os membros de uma comunidade política - e à questão que está sendo considerada — o interesse geral, o bem comum ou algo semelhante.<sup>19</sup> As decisões tomadas nesta esfera são vinculantes e feitas em nome da sociedade. As decisões coletivas baseadas no *pedigree* político geram um dever de obediência cuja aplicabilidade não depende do endosso individual ao conteúdo de cada decisão. A eficácia de tais decisões coletivas, como acontece com a política, pressupõe um senso de confiança e associação.<sup>20-21</sup> Por mais complicadas que sejam as fronteiras que separam os regimes de *accountability* políticos dos extrapolíticos, vale a pena traçar a linha divisória entre os dois. No entanto, isso não significa que sua estrutura relacional seja substancialmente diferente.<sup>22</sup> Muito pelo contrário: no que diz respeito à estrutura, *accountability* política e extrapolítica têm muito em comum.

Em resumo, há um regime de *accountability* quando os detentores do poder têm seu poder limitado pelas expectativas, instruções ou participações de um ou vários agentes externos.<sup>23</sup> Eles são obrigados a prestar contas pelo que fizeram ou deixaram de fazer. Essa definição rudimentar, com certeza, ainda está longe de responder a um ponto essencial deste artigo. Por exemplo, alguém poderia argumentar que tal definição é ainda muito vaga para enfrentar os debates contemporâneos sobre déficits e lacunas de regimes de *accountability* nos planos nacional ou internacional.<sup>24</sup> Esse esboço de definição também não tem a pretensão de exaurir o que poderia ser a noção completa de *accountability*. Afinal, dificilmente existe um poder absolutamente ilimitado, político ou não, e algumas formas de *accountability* podem ser espúrias e nada admiráveis.<sup>25</sup>

---

*Papers*, 2007, e STEWART, R. B. Accountability, participation, and the problem of disregard in global regulatory governance. In: INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW AND JUSTICE INTERNATIONAL LEGAL THEORY COLLOQUIUM, 2008, Nova York. *Papers*... Nova York: New York University, 2008.

<sup>18</sup> Os dois polos de um relacionamento de prestação de contas, de acordo com uma terminologia comum, são o detentor do poder (“power holder”) e quem está sujeito a esse poder (“account holder”). KEOHANE, R. Global governance and democratic accountability. In: HELD, D.; KOENIG-ARCHIBUGI, M. *Taming globalization: frontiers of governance*. Hoboken: Wiley, 2003. p. 130. O contraste, no entanto, é um pouco enganador. Insinua que o primeiro detém o poder às custas do segundo. Atores sem poder, no entanto, não podem ser titulares de *accountability*. Certamente, os dois tipos de atores são capacitados de maneiras distintas. O relacionamento pode ser assimétrico. Ainda assim, é possível construir um relacionamento adequado, dotando de poder um ator anteriormente sem poder (por mais moderado ou insuficiente que esse “novo” poder seja). Neste artigo, continuarei a usar os termos “detentor do poder”, e “sujeito ao poder” ou “account-holder” no outro lado da equação. Mas isso, novamente, não significa que os sujeitos ao poder também não sejam “detentores de poder”.

<sup>19</sup> “Interesse geral” é reconhecidamente uma definição bastante vaga e inevitavelmente volátil no domínio da política, mas é adequada para os propósitos deste artigo. O “bem comum”, o “bem coletivo” ou o “bem público”, sem qualificação adicional, não seriam expressões comparativamente melhores, porque diferentes tradições de pensamento e diferentes momentos da história política liam esses conceitos de maneiras diferentes.

<sup>20</sup> A ideia de que uma política pública específica está por trás de um regime de *accountability* político fica mais complicada quando a própria existência dessa política pública é contestável, como acontece no plano supranacional de governança.

<sup>21</sup> Sobre o “senso de confiança” (“sense of trust”) como pré-condição para um regime de *accountability* significativo, v. PHILIP, M. Delimiting democratic accountability. *Political Studies*, n. 57, 2009. p. 46.

<sup>22</sup> Os limites podem realmente ser mais porosos do que as classificações estritas sugerem. Mashaw enfatiza a permeabilidade entre os diferentes regimes de prestação de contas, que “são fluidos e misturam-se uns com os outros”, a despeito das diferenças de gênero entre governança pública, mercado e responsabilidade social. MASHAW, J. L. Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance. In: DOWDLE, M. *Public accountability: designs, dilemmas and experiences*. Cambridge: Cambridge University, 2006. p. 127.

<sup>23</sup> Como Schmitter afirma, o ciclo normal de *accountability* (the “ordinary cycle of accountability”) se dá em torno do intercâmbio de informações, justificações e decisões (“exchanges of information, justification and judgment”). SCHMITTER, P. The ambiguous virtues of accountability. *Journal of Democracy*, n. 15, 2004. p. 47.

<sup>24</sup> BOVENS, M. et al. Does public accountability work? An assessment tool. *Public Administration*, n. 86, 2008. p. 227.

<sup>25</sup> Schmitter menciona, por exemplo, os mecanismos de *accountability* que podem existir em califados autocráticos, ditaduras militares ou ainda em monarquias absolutas. SCHMITTER, P. The ambiguous virtues of accountability. *Journal of Democracy*, n. 15,

### 3 As dimensões de *accountability* política

As questões estruturais apresentadas na seção anterior especificam uma maneira de visualizar as dimensões de regimes de *accountability* políticos (ou, de fato, de qualquer relação de poder): os sujeitos, o objeto, seus parâmetros substantivos de julgamento, o procedimento e as consequências decorrentes desta relação. Nesta seção, explico essas seis dimensões. Tal lista certamente não é exaustiva. O objetivo, no entanto, é ganhar sistematicidade e agrupar as propriedades de relações de *accountability* que ainda estão fragmentadas na literatura especializada.

Todo regime de *accountability* tem uma densidade distinta. Dependendo de como suas dimensões são configuradas, os regimes podem variar entre configurações mais espessas e mais finas. Os modos mais espessos e mais finos, como veremos, implicam não apenas que os detentores de poder podem se sentir mais ou menos constrangidos, mas também que eles serão envolvidos em regimes mais ou menos complexos, mais ou menos institucionalizados e formais.

A **primeira dimensão** tenta capturar o nível de formalidade de um regime de *accountability*. Essa é uma dimensão essencial que permeia e molda todas as outras.<sup>26</sup> Qualquer relação de poder será mais ou menos formal e legalizada. Isso significa que normas gerais e previamente promulgadas podem regular cada uma das dimensões listadas abaixo, atribuir um status oficial aos agentes e especificar sua respectiva autoridade e competência. As relações de *accountability* podem se beneficiar das qualidades do Estado de direito para se tornarem mais estáveis e previsíveis.<sup>27</sup>

Esse ângulo jurídico demanda uma cautela extra. Seria errôneo equiparar regimes de *accountability* políticos e extrapolíticos à presença ou ausência do direito. O direito é apenas um dos vários meios institucionais possíveis de promover tais regimes. Normas e instituições jurídicas são comumente usadas para promover regimes de *accountability* corporativo, profissional ou de pais e mães, bem como para promover regimes de *accountability* políticos. O direito, no entanto, não esgota seu potencial nem captura ferramentas informais ou menos sujeitas a regras que também podem operar dentro de cada um desses regimes. Isso explica por que a oposição categórica entre *accountability* política e jurídica, proposta por algumas tipologias, pode ser enganosa.<sup>28</sup>

---

2004. p. 48. Mashaw também indica um “modelo monárquico de *accountability*” (“monarchical model of *accountability*”): “Os funcionários prestavam contas ao monarca e o monarca a Deus. Sabemos pouco sobre como Deus prestava contas, mas os monarcas desenvolveram rapidamente sistemas rudimentares de prestação de contas.”. No original: “Officials were accountable to the monarch and the monarch to God. We know little about how God kept his accounts, but monarchs rapidly developed rudimentary systems of auditing.” MASHAW, J. L. Judicial review of administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal *accountability*. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 5, 2005a. p. 155.

<sup>26</sup> Schmitter, por exemplo, é cético em relação às formas não institucionalizadas: “Por mais complexa que seja, a *accountability* política deve ser institucionalizada para que ela funcione efetivamente. Isso significa que ela deve ser incorporada a um conjunto de regras mutuamente compreendidas e pré-estabelecidas.”. No original, “However complex it may be, political *accountability* must be institutionalized if it is to work effectively. This means that it has to be embedded in a mutually understood and pre-established set of rules.” SCHMITTER, P. The ambiguous virtues of *accountability*. *Journal of Democracy*, n. 15, 2004. p. 48.

<sup>27</sup> A literatura convencional sobre o Estado de direito explica quais são essas qualidades básicas. Ver, por exemplo, FULLER, L. *The morality of law*. New Haven: Yale University, 1968, e MACCORMICK, N. The ethics of legalism. *Ratio Juris*, n. 2, 1989. O’Neill, no entanto, fornece exemplos significativos para mostrar que definir o grau ideal de formalização é um esforço controverso: “A formalização tem vantagens que são constantemente mencionadas por seus defensores: clareza mútua de expectativas, metas de desempenho claras, parâmetros de desempenho definidos, *accountability* aprimorada. Mas também existe o risco de procedimentos mais formalizados aprofundarem a desconfiança que procuram remediar.”. No original: “Formalization has advantages that are constantly mentioned by its advocates: mutual clarity of expectations, clear performance targets, defined benchmarks of achievement, enhanced *accountability*. But there is also the danger that more formalized procedures may deepen the distrust they seek to remedy.” O’NEILL, O. *Autonomy and trust in bioethics*. Cambridge: Cambridge University, 2004. p. 130.

<sup>28</sup> Essa dicotomia é proposta por Ferejohn. FERREJOHN, J. *Accountability in a global context*. *Institute for International Law and Justice Working Paper*, n. 2007/5. Nova York: New York University, 2007. v. 1. Evito seguir esse contraste entre *accountability* política (eleição) e *accountability* jurídica (decisões judiciais), porque normas jurídicas disciplinam e institucionalizam tanto as eleições quanto a adjudicação judicial, ainda que de maneira diferente. Essa dicotomia corre o risco de subestimar tanto a presença do direito nas eleições quanto a presença de elementos extrajudiciais na adjudicação. Parece-me, portanto, que essa dicotomia acaba por

A **segunda dimensão** diz respeito a uma metáfora espacial tradicional. Ela diz como a relação de poder entre dois agentes se materializa ao longo de linhas horizontais ou verticais. O ângulo vertical é o mais típico da literatura sobre *accountability*. Substancialmente, *accountability* vertical é caracterizada por alguma assimetria de poder entre aqueles que detêm o poder (*power-holder*) e os que são afetados pelo uso do poder (*account-holder*). O ângulo vertical pode ser executado de cima para baixo, quando o *account-holder* delega o poder ao *power-holder* (em uma relação conhecida como “agente-principal”) ou pode ser executado de baixo para cima, quando *power-holder* é responsabilizado por aqueles que estão vinculados por suas decisões ou de alguma forma sofrem o impacto de suas decisões. O mesmo ator pode ser responsável nos dois sentidos de *accountability*.<sup>29</sup>

Além desse eixo vertical, também pode haver relações de *accountability* que ocorrem ao longo de uma linha horizontal (ou gradualmente menos vertical).<sup>30</sup> Isso pode ocorrer entre dois agentes que não estão vinculados por uma clara relação de autoridade no estilo “comando e controle”, nem por um dever irrestrito de obediência. A vinculação, nesse caso, é mais delicada e deriva mais de um compromisso cooperativo à luz da dependência mútua entre os agentes. Examinando-o ainda mais, uma relação de *accountability* horizontal pode ser unidirecional se, apesar da horizontalidade, apenas um dos sujeitos for realmente responsabilizado pelo outro, ou bidirecional, se houver uma obrigação recíproca para levar em consideração as decisões que um dos sujeitos toma. “Freios e contrapesos” e suas diversas ferramentas internas para controle e cooperação mútuos são exemplos clássicos desse tipo bidirecional horizontal, em que um único agente é, ao mesmo tempo, *power-holder* e *account-holder*.<sup>31</sup>

Um regime de *accountability* também pode ser marcado por demandas de “expertise”. Por meio dessa **terceira dimensão**, deve-se perceber se os sujeitos possuem conhecimentos especiais, isto é, se são tecnocratas e, portanto, decidem com base em premissas reputadas objetivas, imparciais e universalizáveis.<sup>32</sup> Quatro figuras podem surgir entre *power-holder* e *account-holder*: (i) ambos são especialistas, o que levaria a um relacionamento estritamente tecnocrático de prestação de contas;<sup>33</sup> (ii) ambos são agentes leigos e não

---

obscurecer ao invés de esclarecer.

<sup>29</sup> Isso se aproxima da tipologia proposta por Keohane. KEOHANE, R. Global governance and democratic accountability. In: HELD, D.; KOENIG-ARCHIBUGI, M. *Taming globalization: frontiers of governance*. Hoboken: Wiley, 2003. Por um lado, a *accountability* seria interna, com base em um ato de delegação, autorização e apoio superiores; por outro, seria externo, baseado na participação daqueles que suportam o impacto das decisões. Keohane e Grant reformulam ligeiramente a dicotomia em “delegação” vs. “participação”. KEOHANE, R.; GRANT, R. Accountability and abuses of power in world politics. *American Political Science Review*, n. 99, 2005. O Banco Mundial é um exemplo dos dois sentidos de *accountability* (“downstream” e “upstream”) operando simultaneamente em uma mesma instituição.

<sup>30</sup> Uma percepção mais sensível da “fenomenologia da autoridade” indica que um modelo piramidal de cima para baixo geralmente perde parte do fenômeno. Mashaw lembra esse importante aspecto das relações de poder quando afirma que hierarquias burocráticas, por exemplo, em vez de simples pirâmides, operam através de “redes densas” de influência e persuasão. MASHAW, J. L. Judicial review of administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 5, 2005a. p. 123.

<sup>31</sup> O conceito de *accountability* horizontal foi crucial para G. O'Donnell destacar o que as democracias genuinamente representativas possuem que falta às “democracias delegadas”: “as democracias delegadas se baseiam na premissa de que quem ganha a eleição para a presidência tem o direito de governar como ele ou ela acha conveniente, limitada apenas pelos fatos difíceis das relações de poder existentes e por um mandato constitucionalmente limitado.” As espécies de “democracias delegadas”, por terem apenas o tipo vertical, ficam aquém das democracias consolidadas: “nas democracias institucionalizadas, a *accountability* é executada não apenas verticalmente, tornando os atores eleitos responsáveis perante as urnas, mas também horizontalmente, em uma rede de poderes autônomos (ou seja, outras instituições) que possam questionar e, eventualmente, punir maneiras impróprias de cumprir as responsabilidades de um determinado ator. No original: “delegative democracies rest on the premise that whoever wins election to the presidency is thereby entitled to govern as he or she sees fit, constrained only by the hard facts of existing power relations and by a constitutionally limited term of office. [...] In institutionalized democracies, accountability runs not only vertically, making elected officials answerable to the ballot box, but also horizontally, across a network of relatively autonomous powers (i.e., other institutions) that can call into question, and eventually punish, improper ways of discharging the responsibilities of a given official.” O'DONNELL, G. Delegative democracy. *Journal of Democracy*, n. 5, 1994. p. 99.

<sup>32</sup> Para esse ponto, ver BOVENS, M. *et al.* Does public accountability work? An assessment tool. *Public Administration*, n. 86, 2008, e SHAPIRO, M. Deliberative, independent technocracy v. democratic politics: will the globe echo the EU?. *Law and Contemporary Problems*, n. 68, 2005.

<sup>33</sup> Essa modalidade pode ser praticada, por exemplo, dentro de um corpo tecnocrático, no qual existe uma divisão hierárquica do trabalho.

técnicos;<sup>34</sup> (iii) o *power-holder* é um especialista, enquanto o *account-holder* não;<sup>35</sup> (iv) o *power-holder* é leigo, enquanto o *account-holder* é um especialista, configurando uma espécie de regime de tutela.<sup>36</sup>

A **quarta dimensão** revela se existem critérios explícitos por meio dos quais o desempenho dos detentores de poder será avaliado. Espera-se, de modo geral, que os detentores de poder desempenhem um papel bastante específico. O desempenho desta tarefa pode ser acompanhado por parâmetros e expectativas substantivas para avaliar o que foi entregue (o que pode estar relacionado à expertise ou não). A especificidade dos parâmetros pode variar e, portanto, fornecer ao detentor do poder diretrizes mais ou menos precisas sobre como seu desempenho será avaliado.

O rigor dos parâmetros molda diversos tipos de regimes de *accountability*. Quanto mais os parâmetros restringirem o comportamento do detentor do poder, menor será seu espaço para exercer discricionariedade. Quanto menos rigorosos forem tais parâmetros, mais discricionariedade terá o detentor do poder. Traçando uma linha imaginária, um regime de *accountability* pode ser reduzido, em uma extremidade, a uma relação entre os que “criam regras” e os que “seguem regras”. Nesse caso, a discricionariedade pode desaparecer (e, com ela, a própria ideia de *accountability*<sup>37</sup>). Se o regime de *accountability* não é uma questão de estrita conformidade com regras e parâmetros, de modo a tornar os *power-holders* “totalmente subservientes” aos *account-holders*, e se há o incentivo a um exercício consciente de julgamento, algum grau de agência para o *power-holder* deve ser preservado.<sup>38</sup> Como Philp sugere, em um polo haverá um “sistema baseado em conformidade”, estruturado em torno de um conjunto de incentivos ao cumprimento e ameaças contra o não cumprimento; no polo oposto, haverá um “sistema baseado em integridade”, que prioriza a agência em detrimento do cumprimento das regras e que depende da confiança.<sup>39</sup>

A **quinta dimensão** expõe o *modus operandi* de um regime de *accountability* ou, em outras palavras, seu grau de procedimentalização. Vários métodos de participação, investigação e contestação podem criar uma rede de restrições ao processo de tomada de decisões. A maneira como o *power-holder* é nomeado, avaliado ou mesmo destituído pelo *account-holder* pode ser regida por práticas e convenções mais ou menos consolidadas. O voto e o exercício de argumentação são dois mecanismos estereotipados que concretizam essa dimensão. Ao votar (ou simplesmente nomear), o *account-holder* pode colocar alguém ou, sem qualquer justificativa

<sup>34</sup> Isso pode ser visto na relação clássica de prestação de contas entre eleitores e representantes parlamentares eleitos, que geralmente é chamada de “*accountability* eleitoral”.

<sup>35</sup> Isso evoca a tensão tradicional entre tecnocracia e democracia, e pode ser vista, por exemplo, na relação entre tecnocratas reguladores e as pessoas impactadas por suas decisões. SHAPIRO, M. *Deliberative, independent technocracy v. democratic politics: will the globe echo the EU?*. *Law and Contemporary Problems*, n. 68, 2005. p. 34.

<sup>36</sup> Embora esse tipo possa parecer muito estilizado, ele se adapta ao nosso entendimento comum da relação entre um legislador (presumivelmente “leigo”) e um tribunal encarregado da revisão judicial da legislação (o “especialista constitucional”). Mesmo que alguém possa alegar que o legislador não deve estar menos preparado do que os juizes para lidar com questões jurídicas e constitucionais, como recorda a literatura crítica sobre a legitimidade da revisão judicial, é com base no pressuposto oposto que está fundamentado um dos principais argumentos a favor de a revisão judicial da legislação.

<sup>37</sup> Para Keohane, *accountability* se refere à agência, ou seja, os detentores de poder têm escolhas significativas a fazer, não apenas ordens superiores a seguir. Portanto, presumivelmente, relacionamentos genuínos de *accountability* estariam mais próximos do “agente de confiança” do que do relacionamento estrito entre superiores e subordinados. Keohane afirma: “entendido na linguagem do poder, um relacionamento de prestação de contas é um relacionamento no qual um ator faz uma afirmação normativa de que deveria ter influência sobre outro (sendo capaz de exercer de fato essa influência), e o ator sujeito à influência tenha significativa discricionariedade”. No original: “Cast in the language of power, an accountability relationship is a relationship in which an actor making a normative claim that it should have influence over another actor actually has such influence; and in which the actor subject to influence has significant discretion”. KEOHANE, R. *The concept of accountability in world politics and the use of force*. *Michigan Journal of International Law*, n. 24, 2002. p. 1125. Philp compartilha desse argumento: “Paradoxalmente onde a discricionariedade ou latitude do detentor do poder é eliminada, ele ou ela não tem nada a explicar ou justificar – nada para prestar contas!”. No original: “where the discretion or latitude of the office holder is eliminated in this way, he or she has nothing to explain or justify — nothing to account for!” PHILP, M. *Delimiting democratic accountability*. *Political Studies*, n. 57, 2009. p. 37.

<sup>38</sup> PHILP, M. *Delimiting democratic accountability*. *Political Studies*, n. 57, 2009. p. 43.

<sup>39</sup> Philp afirma: “confiamos nas pessoas para fazer as coisas por sua própria iniciativa e discricionariedade, e usamos a *accountability* para feedback e avaliação, mas a *accountability* é contrapartida dessa relação de confiança”. No original: “we trust people to do things under their own initiative and discretion, and we use accountability for feedback and evaluation, but the accountability is parasitic on that trust”. PHILP, M. *Delimiting democratic accountability*. *Political Studies*, n. 57, 2009. p. 41.

adicional, remover alguém de uma posição de poder. Por ter a oportunidade de argumentar e interrogar, o *account-holder* pode também expor desacordos que pressionam o *power-holder*, desencadeando uma espécie de deliberação entre os dois.<sup>40</sup> O *power-holder*, por sua vez, pode ter a obrigação de articular uma justificativa pública para cada decisão que tomar.<sup>41</sup> A qualidade da prestação de contas, que promove um regime de *accountability* seria, portanto, capaz de operar em duas direções: para o *account-holder*, como um direito de demandar e receber razões; para o *power-holder*, como um ônus premente.

Diferentes combinações de transparência e confidencialidade delineiam, em última análise, como os procedimentos de votação e o exercício de argumentação do *account-holder*, e a obrigação de justificação do *power-holder*, estabelecem o contexto para uma relação de *accountability* plausível.<sup>42</sup> A transparência dos procedimentos constitui uma pré-condição para desencadear um certo arranjo de *accountability*. No geral, autoridade transparente não é, por si só, responsável, ou para utilizar a expressão em inglês, *accountable*. No entanto, uma autoridade responsável não pode deixar de ser minimamente transparente.<sup>43</sup> Opacidade total e *accountability* não coincidem.

Finalmente, a **sexta dimensão** refere-se ao peso das consequências que resultam do exercício do poder. O poder conferido aos *account-holders* para sancionar os *power-holders* varia. A sanção é um conceito amplo

<sup>40</sup> Esses dois modos de controle nas mãos dos *account-holders* (o voto e o exercício da argumentação) podem ser analisados como a classificação entre “voice” e “exit” proposta por A. Hirschman (1980), *Voice e exit*, para Hirschman, são formas de um cliente protestar contra uma organização econômica. HIRSCHMAN, A. Exit, voice, and loyalty: further reflections and a survey of recent contributions. *Health and Society*, n. 58, 1980. Keohane também recorreu a essa distinção para exemplificar a prestação de contas do Mercado. KEOHANE, R. The concept of accountability in world politics and the use of force. *Michigan Journal of International Law*, n. 24, 2002. p. 1131. mas a analogia pode ser mais explorada no campo da política. Contudo, não se deve confundir essa classificação com a proposta de Ferejohn (2007). A proposta de Ferejohn considera que o exercício da justificação é um fardo que alguns detentores de poder não eleitos (especialmente juízes) precisam lidar e, nesse sentido preciso, como um padrão de raciocínio que melhoraria *accountability*. Ferejohn não enfatiza nenhum papel especial de fundamentação/justificação, como forma de os próprios *account-holders* desafiar os detentores de poder (que a “voz” de Hirschman implicaria). Essa ênfase, portanto, ignora um papel dialógico que o exercício da justificação pode desempenhar, como um mecanismo de responsabilização, e se concentra apenas em um ângulo monológico. FERREJOHN, J. Accountability in a global context. *Institute for International Law and Justice Working Paper*, n. 2007/5. Nova York: New York University, 2007. v. 1.

<sup>41</sup> A fundamentação, para Schedler, transformaria o poder monológico em dialógico, faria “ambas as partes conversarem” (“both parties speak”). Portanto, “opõe-se não apenas ao silêncio do poder (“mute power”), mas também a controles de poder unilateral e sem motivação (“unilateral speechless controls”) SCHEDLER, A. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner, 2009. p. 15. Existe, para ele, apenas uma sobreposição parcial entre *accountability* (a alguém, com dever de prestar contas) e responsabilidade (por alguma coisa): “enquanto a *accountability* força o poder a entrar em diálogo, a noção de responsabilidade permite que o poder permaneça em silêncio”. No original, “while accountability forces power to enter into a dialogue, the notion of responsibility permits it to remain silent”. SCHEDLER, A. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner, 2009. p. 19. A prestação de contas, portanto, vai além da “atribuição de responsabilidade” e compreende o ato de “prestar satisfações”.

<sup>42</sup> Schedler destaca a importância da transparência para a prestação de contas. A transparência confrontaria a “caixa preta da política” (“black-box of politics”) e a “opacidade do poder” (“opacity of power”). Ele também lembra, no entanto, que a política pode ter “domínios legítimos de sigilo”. SCHEDLER, A. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner, 2009. p. 20. Ver também, no mesmo sentido, THOMPSON, D. *Restoring responsibility: ethics in government, business, and healthcare*. Cambridge: Cambridge University, 2004. p. 130.

<sup>43</sup> Seria enganoso entender a transparência como derivação da prestação de contas no mesmo nível analítico das demais derivações. Isso porque a transparência é realmente uma especificação da derivação processual: na maioria das vezes, uma especificação necessária do ponto de vista normativo, mas não do ponto de vista descritivo. Afinal, existem arranjos de *accountability* perversos que carecem de transparência e podem ser criticados por esse motivo, mas essa crítica não deve deixar de perceber a própria existência de *accountability*. O’Neill discute a insuficiência de pura transparência: “Como a transparência é apenas uma questão de divulgação ou disseminação, ela pode limitar o sigilo, mas falha em garantir transações comunicativas bem-sucedidas com outras pessoas”. E, mais tarde, ela conclui: “os atos de fala que não precisam se envolver com o público — como divulgar, distribuir, disseminar ou até publicar — não fornecem o suficiente para aqueles que buscam depositar ou recusar sua confiança”. No original: “since transparency is only a matter of disclosure or dissemination, it may limit secrecy, yet fail to ensure successful communicative transactions with others. [...] Speech acts that need not engage with audiences — such as disclosing, distributing, disseminating, or even publishing — do not provide enough for those who seek to place or refuse trust.” O’NEILL, O. *Rethinking informed consent in bioethics*. Cambridge: Cambridge University, 2007. p. 178 e 180.

e compreende mecanismos com mais ou menos dentes. Alguns autores equiparam o poder de sancionar ao poder de remover alguém do cargo (um exemplo típico seria o poder dos eleitores de eleger ou deixar de reeleger seus representantes). Essa equação automática, porém, negligencia as maneiras mais sutis pelas quais o poder pode ser efetivamente sancionado e responsabilizado.

O poder de remover o *power-holder* é, provavelmente, o mais drástico, mas, de modo algum, é o único exemplo de sanção que pode existir. Sanções que ficam aquém da remoção total podem incluir formas de crítica, exposição pública e estigmatização, as quais podem comprometer o exercício do poder legítimo.<sup>44</sup> A diminuição da reputação, por exemplo, pode ser desastrosa para diversas organizações, como organizações internacionais, que em geral não possuem capacidade de implementar suas decisões por meio da força.<sup>45</sup>

Duras e mais suaves ou diretas e indiretas são dicotomias adequadas para exemplificar a variedade de sanções que podem existir. É importante considerar que uma “prestação de contas sem sanção não é uma verdadeira prestação de contas”.<sup>46</sup> Adotar essa máxima, no entanto, não implica reduzir sanção ao tipo mais severo. Por outro lado, perguntar se sanções brandas ou indiretas criam restrições efetivas ao *power-holder* é uma questão empírica diferente, ainda que relevante, cujas implicações devem ser abordadas separadamente em cada contexto.<sup>47</sup> Algumas sanções servirão, enquanto outras certamente não. Generalizações estariam sujeitas a falhas.<sup>48</sup> De qualquer forma, até que ponto a sanção é um “componente de definição” de um regime de *accountability* dependerá de como se define sanção.<sup>49</sup>

Essas são, em suma, as propriedades mínimas de um regime de *accountability*. Com essas seis dimensões em mãos, seremos capazes de não apenas responder de maneira mais completa e significativa ao conjunto de perguntas descritivas colocadas na seção anterior, mas também entrar em um debate normativo com mais ferramentas de análise. Sem esse mapa analítico, o observador pode não ir muito longe ao retratar e criticar arranjos tão complicados. Arquitetas institucionais têm uma tarefa importante: primeiro, identificar

<sup>44</sup> As sanções também podem incluir a redução do orçamento, a restrição da jurisdição, entre outras. FERREJOHN, J. *Accountability in a global context. Institute for International Law and Justice Working Paper*, n. 2007/5. Nova York: New York University, 2007. v. 1. Embora Keohane acredite que a sanção deve ser pressuposta por um relacionamento de *accountability*, ele tem uma abordagem flexível. Seu entendimento da *accountability* do Supremo Tribunal o exemplifica: “a reputação de determinados juizes aumenta e diminui, dependendo dessas avaliações. Para juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos, uma crítica devastadora pode certamente constituir uma sanção.” Nas suas próprias palavras, “the reputations of particular justices rise and fall depending on these evaluations. For justices of the Supreme Court of the United States, a devastating critique of an opinion may surely constitute a sanction.” KEOHANE, R. The concept of accountability in world politics and the use of force. *Michigan Journal of International Law*, n. 24, 2002. p. 1134. Mashaw também reconhece a gama significativa de possíveis sanções: “as sanções variam da remoção ao simples descontentamento, ou talvez o ostracismo dos conselhos internos da elite dominante” (“sanctions range from removal to simple displeasure, or perhaps ostracism from the inner councils of the ruling elite”). MASHAW, J. L. Political accountability in ‘real-existing’ democracies: meaning and mechanisms. *European University Institute Papers*, 2007. p. 121. Para Rubenstein, “má publicidade constitui uma sanção em si mesma” (“bad publicity constitutes a sanction in its own right”). RUBENSTEIN, J. *Accountability in an unequal world. The Journal of Politics*, v. 69, 2007. n. 626.

<sup>45</sup> Como os agentes significativamente destituídos de “potestas” e fortemente dependentes de “auctoritas” para serem obedecidos.

<sup>46</sup> Schedler problematiza esse “forte acoplamento” (“tight coupling”) entre *accountability* e sanção, e argumenta que, por mais fraca que seja, a *accountability* pode prosperar sem a devida sanção. SCHEDLER, A. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner, 2009. p. 16-17.

<sup>47</sup> Rubenstein faz algumas considerações sobre a quantidade adequada de sanções: “a sanção não deve ser nem muito branda nem muito severa: se for branda demais, funcionará não como um impedimento eficaz, mas como um custo adicional que o detentor de poder deve suportar [...] se a sanção é muito severa, pode dissuadir os detentores de poder de assumir riscos que valem a pena.” No original, “the sanction must be neither too mild nor too severe: if is too mild it will function not as an effective deterrent, but rather as an additional cost that the power wielder must bear [...] If the sanction is too severe, it might dissuade power wielders from taking worthwhile risks.” RUBENSTEIN, J. *Accountability in an unequal world. The Journal of Politics*, v. 69, 2007. n. 620.

<sup>48</sup> Pode-se certamente tentar, como estratégia retórica, reivindicar o conceito de *accountability* para descrever e exigir configurações mais espessas. O risco de deslegitimação do conceito poderia ser evitado, se dele fossem excluídas as configurações muito finas. Mas, no que diz respeito à estrutura do conceito, parece coerente classificar como instâncias de *accountability* aquelas relações em que a sanção aplicável é muito leve.

<sup>49</sup> Para Philp, sanções não integram o núcleo do conceito de *accountability*. A perspectiva contrária, segundo Philp, “atrapalha o objeto da descrição” (“muddles the object of description”). PHILP, M. Delimiting democratic accountability. *Political Studies*, n. 57, 2009. p. 35.

cada peça em uma parafernália institucional; segundo, entender como cada peça será encaixada; finalmente, descobrir como calibrar cada uma dessas dimensões para promover as quatro *funções* normativas que os regimes de *accountability* devem desempenhar (conforme será explicado na próxima seção, constitucional, democrática, epistêmica e populista).

A tabela a seguir indica essas unidades elementares:

Figura 1 - As seis dimensões do conceito de *accountability*

Dimensões	Características
1. Formalidade	1. mais ou menos moldada por normas jurídicas
2. Vetores espaciais	2. vertical ou horizontal
3. Expertise	3. mais ou menos tecnocrático
4. Substância (output)	4. parâmetros para avaliar decisões
5. Procedimento (input)	5. ferramentas de interação entre os sujeitos
6. Sanções	6. mais ou menos severas, diretas ou indiretas

É possível trabalhar com esses ingredientes abstratos e especular sobre quais receitas gerariam regimes mais ou menos robustos. As dimensões oferecem uma imagem ampla de como as relações de poder são configuradas e como os *power-holders* podem ser constrangidos e responsabilizados.<sup>50</sup>

Quando pressionadas contra arranjos concretos complexos, essas categorias podem desmoronar. Abandonar essas categorias, no entanto, significaria rejeitar uma lente útil de análise, um ângulo sem o qual coisas importantes permaneceriam não ditas e soariam dificilmente plausíveis. Uma descrição confiável precede necessariamente uma prescrição competente, e esse é o papel que as dimensões exercem para as funções de *accountability*, que serão analisadas na próxima seção.

## 4 As funções (e disfunções) da *accountability* política

Instituições não são criadas para prestar contas.<sup>51</sup> De uma forma ou de outra, no entanto, é provável que prestem contas em algum momento. Se precisássemos de um conceito para nos ajudar a descrever minimamente um regime de *accountability*, as dimensões elaboradas na seção anterior seriam suficientes. No entanto, para obtermos uma tração normativa — ou seja para entendermos se um determinado arranjo de *accountability* é bom ou ruim, adequado ou insuficiente —, é preciso trabalhar com valores. Isso pressupõe, para começar, uma concepção de legitimidade política.<sup>52</sup> *Accountability* significa somente que há vínculo

<sup>50</sup> Mashaw, por exemplo, faz uma comparação entre “governança pública” (“public governance”) e *accountability* de “mercado” (“market accountability”), de uma maneira que, embora menos abrangente, ecoa as dimensões aqui sistematizadas. No primeiro tipo, as obrigações fluíam principalmente em uma direção (unidirecional). Também seriam formalizadas, estruturadas e coletivas. A responsabilidade de mercado, por sua vez, seria descentralizada, informal e individualizada, e compreenderia uma estrutura mais coordenada, baseada em obrigações mútuas. MASHAW, J. L. Political accountability in ‘real-existing’ democracies: meaning and mechanisms. *European University Institute Papers*, 2007. p. 128.

<sup>51</sup> Como O’Neill argumenta, *accountability* é um fenômeno de segunda ordem. O’NEILL, O. *Rethinking informed consent in bioethics*. Cambridge: Cambridge University, 2007. p. 167.

<sup>52</sup> Uma defesa normativa da *accountability* implica uma noção de legitimidade, uma afirmação de por que ela se atribui uma posição moral suficiente para merecer conformidade. A relação entre *accountability* e legitimidade, portanto, é sutil. Embora seja possível afirmar que há alguma sobreposição entre, por exemplo, as noções de *accountability* democrática e legitimidade democrática, não há sobreposição entre o conceito de *accountability* amplamente concebido e legitimidade. Um desenho institucional pode ser democraticamente legítimo, desde que seus arranjos de *accountability* (sua permutação particular de dimensões) prossigam a função democrática. Esta é uma afirmação comum de vários autores. Ver, por exemplo, SCHMITTER, P. The ambiguous virtues of accountability.



especial entre o agente com poder de tomar decisões (o *power-holder*) e os agentes que sofrem os efeitos ou que possuem interesses legítimos nessas decisões (o *account-holder*). A mera percepção desse elo nos deixa em um “vácuo” normativo.<sup>53</sup> Não se pode presumir uma qualidade positiva nem negativa. Não existe uma “teoria pura” de *accountability*. Ou seja, o apelo contemporâneo por mais *accountability* não deriva do conceito de *accountability*. Esse apelo não é autônomo, mas acessório a um ideal normativo externo, seja ele articulado de forma explícita ou não.<sup>54</sup>

A maneira mais plausível de defender e justificar *accountability*, nesse sentido, é instrumental.<sup>55</sup> Em vez de um fim em si, é um meio para atingir um fim. Mais precisamente, é um meio para atingir uma série de fins diferentes e geralmente conflitantes que esses ideais externos articulam. Não existe um único fim evidente a ser promovido. Essa característica desconfortável leva a disputas inevitáveis.<sup>56</sup> Quais são, então, as expectativas que estão incorporadas na atual discussão sobre *accountability*? Quais são os males institucionais que se deve curar ou os vícios que se espera evitar? Quando o regime de *accountability*, em suma, pode ser visto como algo bom, como um dado positivo em relações de poder?

Esse é um problema teórico intrincado e controverso. Adotar uma posição definitiva sobre essa disputa está além do escopo deste artigo. No entanto, não há como se esquivar inteiramente dessa questão se o nosso objetivo é, de alguma forma, participar desse debate. É crucial identificar, claramente, os objetivos normativos aceitáveis de um regime de *accountability* e estar preparado para reconhecer que, dependendo do contexto, esses objetivos podem ser mutuamente inconsistentes. Cabe à arquiteta institucional, orientada pelo contexto que cerca a instituição, encontrar os equilíbrios adequados. As tensões dificilmente serão resolvidas, mas um desenho institucional consciente precisa gerenciá-las.<sup>57</sup> A transparência analítica é uma condição prévia para um diálogo significativo sobre o assunto.

De acordo com a literatura sobre *accountability*, há quatro funções que justificariam os pedidos por mais *accountability*. Os mecanismos de *accountability* podem: (i) limitar o uso do poder e inibir abusos; (ii) incorporar e responder aos anseios de vários agentes com interesses legítimos no processo decisório (os *account-holders*); (iii) fazer com que a instituição adote decisões mais corretas, do ponto de vista substantivo; ou, finalmente, (iv) promover lealdade e obediência por parte dos *account-holders*. Cada função tem uma história diferente

---

*Journal of Democracy*, n. 15, 2004. n. 49.

<sup>53</sup> É exatamente por isso que Philp adota um conceito de *accountability* “parcimonioso” (“parsimonious”) ou “simplificado” (“stripped-down”), de modo a distinguir seu núcleo de seus ingredientes suplementares ocasionais. Não fazer isso “falhariá em distinguir entre o que algo é (a natureza do componente) e o que é necessário para que esse componente produza um resultado específico”. No original, “fail to distinguish between what something is (the nature of the component) and what is necessary for that component to produce a specific result.” PHILP, M. Delimiting democratic accountability. *Political Studies*, n. 57, 2009. p. 32.

<sup>54</sup> O conceito de *accountability*, como se argumentou, tem estreita afinidade com uma multiplicidade de termos edificantes. Como Bovens sustenta, ele seria sinônimo de vários “objetivos políticos vagamente definidos, como boa governança, transparência, equidade, democracia, eficiência, capacidade de resposta, responsabilidade e integridade” (“loosely defined political desiderata, such as good governance, transparency, equity, democracy, efficiency, responsiveness, responsibility, and integrity”). BOVENS, M. Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism. *West European Politics*, n. 33, 2010. p. 946.

<sup>55</sup> Stewart, por exemplo, afirma que a *accountability* é apenas um dos três mecanismos de governança, todos os quais visam, em última instância, a promoção da participação e capacidade de resposta (“participation and responsiveness”) STEWART, R. B. Accountability, participation, and the problem of disregard in global regulatory governance. In: INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW AND JUSTICE INTERNATIONAL LEGAL THEORY COLLOQUIUM, 2008, Nova York. *Papers...* Nova York: New York University, 2008. p. 2.

<sup>56</sup> Como recorda Schmitter: algumas de suas propriedades positivas podem ser incompatíveis entre si ou, pelo menos, envolver equilíbrios complexos (“some of its positive properties may be incompatible with each other or, at the very least, involve complex tradeoffs.”) SCHMITTER, A. Real-existing democracies: meaning and mechanisms. *European University Institute Papers*, 2007. p. 17.

<sup>57</sup> Gerenciar, muito mais do que de resolver tensões inevitáveis, é o destino da arquiteta institucional, como Mashaw argumenta. Ele mostra, por exemplo, como as tarefas de eficácia administrativa e capacidade de resposta política podem se tornar “fortemente competitivas”. E acrescenta: “mas este é um problema de design que só pode ser gerenciado, não resolvido. Pois isso implica manter um equilíbrio apropriado entre formas concorrentes de *accountability*”. No original: “But, this is a design problem that can only be managed, not solved. For, it entails maintaining an appropriate balance among competing forms of accountability”. MASHAW, J. L. Judicial review of administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 5, 2005a. p. 154 e 160.

de legitimidade para contar, uma razão distinta que justifica por que *accountability* é um atributo desejável.<sup>58</sup> A primeira lógica é defensiva, a segunda é emancipatória, a terceira é técnica e a quarta é estratégica. Vou chamá-las, respectivamente, de função constitucional, democrática, epistêmica e populista.<sup>59</sup> São termos polêmicos, que evocam conceitos envolvidos em tensões complicadas e zonas sobrepostas, sem mencionar suas diversas tradições históricas. Recorro a eles como termos da arte.

É preciso elaborar um pouco mais sobre essas quatro funções. A **função constitucional** reverbera uma maneira convencional de justificar *accountability*. Ela basicamente busca “impedir que o poder corra livremente”.<sup>60</sup> Busca moderar e contrabalançar o exercício do poder por meio de um conjunto de técnicas processuais e parâmetros substantivos. Com base nessa perspectiva, poder legítimo não pode ser exercido ilimitadamente. Deve ser restrito, para que o perigo constante de abuso seja evitado. Essa máxima política visa servir a um objetivo claro: a proteção da autonomia individual. Nesse caso, *accountability* permite que os *account-holders* supervisionem aqueles que detêm poder, que atribuam suas competências e, de alguma forma, que os punam ou recompensem, se necessário. O objetivo de restringir a autoridade, portanto, é bloquear a arbitrariedade e reter o poder sob controle.<sup>61</sup>

A **função democrática** está relacionada a outra finalidade. Independentemente de limites, pretende-se dar a qualquer membro de uma comunidade política que possa ter sido afetado ou influenciado pelo exercício da autoridade alguma margem de participação no processo de tomada de decisões coletiva. O apelo geralmente retórico do “povo” como a única fonte de poder legítimo é, na prática, traduzido em cadeias mais ou menos complexas de delegação de poder ou “cintos de transmissão de poder”.<sup>62</sup> Processualmente, isso significa que algum canal deve levar a pluralidade de vozes para a mesa de discussão sobre a decisão final, por mais distante que esteja tal mesa de discussão. Tais vozes, para invocar outros três termos comuns, são “incluídas” ou “representadas” e, de alguma forma, “participam” desse processo.<sup>63</sup> Quanto mais longa a cadeia de delegação, no entanto, mais silenciosa é a voz do povo e, portanto, menos perceptível é o vestígio democrático das decisões.<sup>64</sup> Até que ponto essa cadeia pode ser esticada para atribuir de forma convincente o pedigree democrático a uma certa decisão é uma questão controversa.

Arranjos de *accountability*, no entanto, não apenas interpõem salvaguardas entre os detentores do poder e aqueles sujeitos ao poder, a fim de evitar abusos (lógica constitucional). Tampouco apenas refletem e expressam a vontade do “povo”, por mais vaga que seja essa vontade (lógica democrática). Não é apenas um

<sup>58</sup> O lado sombrio da moeda normativa, ou as relações espúrias de prestação de contas (anticonstitucional, antidemocrática etc.) não serão elaboradas aqui, mas podem ser tomadas como o oposto de cada uma dessas funções, ou seja, o que elas tentam combater. Um lado negativo diferente dos dispositivos de *accountability*, no entanto, é a sua disfuncionalidade ocasional, que será melhor elaborada abaixo.

<sup>59</sup> Bovens propõe uma abordagem um pouco semelhante, e compreendem três funções diferentes que esses mecanismos podem ter: constitucional, democrático e de aprendizado. BOVENS, M. *et al.* Does public accountability work? An assessment tool. *Public Administration*, n. 86, 2008, e BOVENS, M. Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism. *West European Politics*, n. 33, 2010.

<sup>60</sup> SCHEDLER, A. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner, 2009. p. 19.

<sup>61</sup> O projeto constitucionalista, que fiquei claro, não se preocupa apenas com limites (seu lado defensivo ou negativo), como vigorosamente demonstrado pela teoria política, mas também e primeiramente com a própria construção do poder (seu aspecto construtivo e positivo). Sobre o que pode ser chamado de “constitucionalismo positivo”, ver BARBER, S. *Wellfare and Constitution*. Princeton: Princeton University, 2003, e WALDRON, J. Constitution: a sceptical view. *New York University Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, n. 10-87, 2010. Vou me concentrar, aqui, apenas na propriedade limitadora e negativa de “constitucional”.

<sup>62</sup> Termo comumente utilizado no direito administrativo norteamericano. STEWART, R. B. The reformation of american administrative law. *Harvard Law Review*, n. 88, 1974; MASHAW, J. L. Structuring a dense complexity: accountability and the project of administrative law. *Issues in Legal Scholarship*, n. 5, 2005b.

<sup>63</sup> Inclusão, representação, participação e capacidade de resposta são, entre outras, virtudes derivadas de apelos retóricos à democracia.

<sup>64</sup> Ferejohn, por exemplo, acredita que essa distância das fontes eleitorais de autoridade pode ser compensada por um dever mais rigoroso de fundamentação (como o que os tribunais enfrentam), e isso ainda se encaixaria em uma estrutura democrática. FER-EJJOHN, J. Accountability in a global context. *Institute for International Law and Justice Working Paper*, n. 2007/5. Nova York: New York University, 2007. v. 1.

custo transacional que dificulta a eficiência do processo de tomada de decisões em benefício de outros bens políticos igualmente importantes. *Accountability* traz também uma “promessa de desempenho”<sup>65</sup> ou uma “capacidade institucionalizada de aprender”<sup>66</sup> — a **função epistêmica**. Tal função almeja que o detentor do poder tome decisões apropriadas e que se torne um instrumento para escolhas melhores, do ponto de vista substantivo. Nesse sentido, arranjos de *accountability* melhorariam as habilidades cognitivas da instituição e afetariam a própria eficiência.<sup>67</sup>

Muitas vezes, a preocupação com um déficit de *accountability* não se relaciona ao risco de abuso ocasional do poder ou à ausência de inclusão de uma pluralidade de vozes. É antes uma apreensão sobre um possível mau funcionamento, sobre o perigo do poder ser usado de maneira imprudente e inábil, mesmo que sem intenções arbitrárias ou sem predisposições elitistas ou exclusivistas. Nesse caso, arranjos de *accountability* seriam indispensáveis, mesmo que os detentores do poder sejam a pura personificação da razoabilidade, autocontrole ou consciência popular (isto é, independentemente do quanto os detentores de poder pudessem cumprir as demandas constitucionais e democráticas).<sup>68</sup> Esse é um aspecto menos visível dos arranjos de *accountability* e deve ser elaborado com cuidado.

De alguma forma, há uma conexão banal feita aqui. Se, ecoando uma premissa normativa predominante do pensamento político ocidental, argumentamos que decisões arbitrárias e obscuras são necessariamente erradas, então os mecanismos de *accountability* que conseguem obstruir tais falhas decisórias devem, presumivelmente, aumentar a competência da instituição. Porém, esse sentido negativo da promessa epistêmica não é suficiente.<sup>69</sup> Caso contrário, a função epistêmica seria simplesmente redundante, isto é, seria confundida com a constitucional ou a democrática.

Poderíamos tentar identificar a singularidade do ponto epistêmico argumentando que as patologias do abuso e da impermeabilidade, que as funções constitucional e democrática pretendem corrigir, são formais, enquanto a função epistêmica é substantiva. A mesma decisão política, portanto, poderia ser abusiva ou impermeável do ponto de vista formal, mas ainda correta de uma perspectiva substantiva, ou vice-versa.<sup>70</sup> Mas classificar as demandas constitucionais e democráticas como meramente formais e reservar a atração substantiva para a faceta epistêmica negligenciaria a intrincada interdependência entre forma e substância que ambos os ideais implicam.<sup>71</sup> Isso forçaria essa dicotomia formal/substantiva e, no entanto, ofereceria

<sup>65</sup> Para uma visão cética da “promessa de desempenho” assumida com muita rapidez e incorporada em discursos apelativos de reforma da administração pública, ver Dubnick, M. Seeking salvation for accountability. In: Annual Meeting of the American Political Science Association, 2002, Washington. *Papers...* Washington: American Political Science Association, 2002. A possibilidade plausível de que os dispositivos de *accountability* tornem o poder mais competente não leva necessariamente à conclusão empírica de que os detentores de poder estarão realmente dispostos a ser responsabilizados.

<sup>66</sup> BOVENS, M. Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism. *West European Politics*, n. 33, 2010. p. 954. Essa “dimensão de aprendizado da *accountability*”, para Bovens, coexiste com as dimensões democrática e constitucional.

<sup>67</sup> Rubenstein destaca a dimensão epistêmica que brota do exercício do julgamento: “O vaivém instigado pela explicação do portador do poder pode ser uma fonte de aprendizado e compromisso mútuos e distingue a responsabilidade da imposição mecânica de regras rígidas” (“The back-and-forth instigated by the power wielder’s explanation can be a source of mutual learning and compromise and distinguishes accountability from mechanical enforcement of rigid rules”). RUBENSTEIN, J. Accountability in an unequal world. *The Journal of Politics*, v. 69, 2007. p. 619.

<sup>68</sup> Mashaw, por exemplo, afirma que há uma demanda inerente de competência técnica dentro da política democrática: “De fato, em algum sentido significativo, a política eleitoral não pode produzir um governo responsivo a menos que seja atrelada a uma administração tecnicamente competente. E a incompetência é politicamente perigosa” (“Indeed, in some significant sense, electoral politics cannot produce responsive government unless it is harnessed to technically competent administration. And incompetence is politically dangerous”). MASHAW, J. L. Judicial review of administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 5, 2005a. p. 168.

<sup>69</sup> Como explicado anteriormente, a promessa epistêmica é aqui entendida como a expectativa de que os acordos de prestação de contas sejam instrumentais, entre outras coisas, para produzir boas decisões.

<sup>70</sup> Ou seja, os procedimentos podem ser contaminados por abuso e falta de transparência, mas, ao mesmo tempo, podem produzir resultados positivos e razoáveis.

<sup>71</sup> Não há necessidade de embarcar nessa complicada controvérsia teórica aqui. Para uma explicação geral dos aspectos paralelos, formais e substantivos, da democracia e do constitucionalismo, ver DWORKIN, R. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*, n. 3, 1995. Pode-se ainda afirmar que, embora os ideais constitucionais e democráticos tenham uma ambição

uma resposta artificial para a pergunta sobre qual promessa de *accountability* tem influência sobre o resultado decisório.<sup>72</sup>

A promessa epistêmica é mais ambiciosa. Afirma que o desempenho de uma instituição depende, em certa medida, do tipo de arranjo de *accountability* que foi desenhado para aquela instituição.<sup>73</sup> A função epistêmica objetiva destacar como os mecanismos de *accountability* podem se desenvolver, dependendo do contexto e da questão decisória em jogo, a aptidão ou a proficiência de uma instituição para tomar decisões melhores (de acordo com algum critério de correção). Pretende chamar nossa atenção para o fato de que, muitas vezes, há uma interseção entre ser “responsável” e ser “competente”, uma correlação entre mecanismos de *accountability* e precisão decisória.<sup>74</sup>

Por fim, arranjos de *accountability* podem ter uma **função populista**.<sup>75</sup> Instituições tendem a obter um melhor cumprimento de suas decisões, com o auxílio de mecanismos de *accountability*, se obtiverem uma percepção positiva do público. Essa propriedade ilumina uma causalidade clara: se uma instituição é capaz de “manter a confiança do público”, ela tem uma maior propensão a ser aceita.<sup>76</sup> A *accountability* ajudaria a construir, manter e proteger a confiabilidade e, portanto, a eficácia social de uma instituição.<sup>77-78</sup>

---

substantiva de tipo negativo (isto é, para evitar abusos e impermeabilidade), o aspecto substantivo da expectativa epistêmica seria “positivo” (encontrar a melhor resposta). Isso se aproximaria do que pretendo transmitir por meio da ideia de “função epistêmica”.

<sup>72</sup> Para Stewart, na mesma linha, a *accountability* tem um aspecto processual e substantivo: o primeiro está relacionado à equidade — “para ajudar a garantir que os afetados sejam tratados de maneira igual e apropriada na decisão tomada”; o segundo está relacionado à justiça — “pode não ser suficiente para satisfazer a consideração processual [...], se a própria decisão tratar os afetados com injustiça manifestada”. Para ele, isso não faz com que o procedimento entre em colapso, porque os requisitos substantivos ainda fornecem aos tomadores de decisão um considerável “espaço para encontrar o equilíbrio”. STEWART, R. B. *Accountability, participation, and the problem of disregard in global regulatory governance*. In: INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW AND JUSTICE INTERNATIONAL LEGAL THEORY COLLOQUIUM, 2008, Nova York. *Papers...* Nova York: New York University, 2008. p. 5-6.

<sup>73</sup> Ou, nas palavras de Mashaw, regimes são “reguladores de performances institucionais” (“regulators of institutional performance”). MASHAW, J. L. *Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance*. In: DOWDLE, M. *Public accountability: designs, dilemmas and experiences*. Cambridge: Cambridge University, 2006. p. 154.

<sup>74</sup> A promessa epistêmica não deve ser confundida com a distinção entre autoridades “tecnocráticas” (ou “especialistas”) e autoridades “leigas”, traçadas na seção anterior. A função epistêmica, de modo geral, pode ser realizada por uma autoridade tecnocrática ou leiga, por especialistas ou não. Sua plausibilidade dependerá, contudo, de qual é a questão decisória em consideração, e qual o respectivo arranjo institucional projetado para lidar com isso.

<sup>75</sup> O termo “populista” tem significados ambivalentes, alguns ostensivamente pejorativos e outros mais neutros e analíticos. Para um exemplo do primeiro, ver COUSO, J. Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional. *Anuario de Derechos Humanos*, 2010, que descreve a “tentação populista” de regimes presidencialistas na América Latina como perigo de regressão autoritária e culto personalista de um único líder. Para um exemplo do segundo, ver DAHL, R. *A preface to democratic theory*. Chicago: University of Chicago, 2006, que contrasta a democracia “madisoniana” com o que ele chama de democracia “populista”, um regime no qual “maiorias têm soberania ilimitada”. O significado aqui estipulado está mais próximo do último, embora eu não insira as especificidades da regra da maioria.

<sup>76</sup> KEOHANE, R. *Global governance and democratic accountability*. In: HELD, D.; KOENIG-ARCHIBUGI, M. *Taming globalization: frontiers of governance*. Hoboken: Wiley, 2003. p. 15.

<sup>77</sup> Isso ajudaria a “satisfazer requerentes decepcionados”, para usar as palavras de Mashaw. MASHAW, J. L. *Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance*. In: DOWDLE, M. *Public accountability: designs, dilemmas and experiences*. Cambridge: Cambridge University, 2006. p. 141. Ver também Dubnick, M. Seeking salvation for accountability. In: Annual Meeting of the American Political Science Association, 2002, Washington. *Papers...* Washington: American Political Science Association, 2002. p. 5. Embora a confiabilidade não possa garantir que a confiança real seja conquistada, ela fornece boas razões para que a confiança seja merecida pelas instituições. Como O’Neill argumenta: “Boas razões para rejeitar a confiança cega não são boas razões para rejeitar a confiança inteligente”. Ela argumenta ainda: “Bons sistemas de prestação de contas [...] podem melhorar a confiabilidade e podem oferecer evidências úteis para colocar e recusar a confiança de maneira inteligente. Mas eles não substituem e não podem substituir a confiança”. No original, “Good reasons for rejecting blind trust are not good reasons for rejecting intelligent trust.” [...] “Good systems of accountability [...] can improve trustworthiness, and may offer helpful evidence for placing and refusing trust intelligently. But they do not and cannot supersede trust.” O’NEILL, O. *Rethinking informed consent in bioethics*. Cambridge: Cambridge University, 2007. p. 163-164.

<sup>78</sup> Não se deve confundir esse aspecto populista da prestação de contas, no entanto, com a confiança preexistente que deve existir para que a relação de *accountability* se mantenha. Para Philp, PHILP, M. Delimiting democratic accountability. *Political Studies*, n. 57, 2009, a confiança é um recurso subjacente da *accountability*, não o produto dela. Essa tensão, no entanto, não deve ser encarada como uma questão binária de “galinha e ovo”. Pelo contrário, ambos os aspectos (a saber, confiança como pré-condição ou confiança como produto) podem ser vistos como reforços mútuos, como causa e consequência.

As *dimensões* e as *funções* dos regimes *accountability* estão, portanto, intimamente ligadas. As variáveis descritivas (*dimensões*) podem ser combinadas, em cada contexto, a fim de desempenhar as quatro *funções* legítimas de *accountability*. Entre as infinitas permutações possíveis das *dimensões*, pode-se enumerar algumas que são mais frequentemente encontradas nas instituições existentes e depois discernir sua relação com as funções.

Quanto à função democrática, dificilmente se pode reconhecer hoje que um regime político é democrático se ele, no mínimo, não coletar e converter votos individuais em uma cota de cadeiras dentro de um órgão representativo por meio de um procedimento confiável (geralmente uma fórmula aritmética que materializa uma concepção plausível de igualdade, como “uma pessoa, um voto”). As eleições (o ato de delegação por meio do qual se baseia uma relação agente-principal entre eleitores e representantes) são o melhor exemplo da função democrática. A votação é o mecanismo processual básico para eleger ou ignorar, para recompensar ou sancionar os representantes de acordo com seu desempenho, conforme avaliação dos eleitores.

Há outros mecanismos que ecoam a função democrática. Dispositivos relacionados à participação e à transparência, apesar de gerar esferas de engajamento e influência que ficam aquém do poder de tomar decisões, estabelecem restrições horizontais que podem ser atribuídas ao povo. Todos esses mecanismos tendem a estar primariamente, mas não exclusivamente, associados à função democrática, uma vez que os arranjos institucionais são versáteis para buscar uma grande variedade de fins. As eleições, por exemplo, são essencialmente concebidas como uma ferramenta de empoderamento do povo. No entanto, não se deve subestimar sua capacidade de limitar o poder governamental, permitir legislação e políticas adequadas e induzir a conformidade dos eleitores com as decisões dos representantes (ou seja, de perseguir as outras três funções de *accountability*).

A função constitucional, por sua vez, tem dois tipos de procedimentos: (i) defensivo e negativo, como o procedimento de freios e contrapesos e os parâmetros substantivos que permeiam o discurso dos direitos, que estabelecem limites ao poder demarcando o que o poder não pode fazer; (ii) construtivo e discursivo, como instituições encarregadas de decidir com base em razões públicas e princípios (tribunais e outras agências reguladoras).

Quanto à função epistêmica, vários mecanismos processuais são considerados apropriados para cumprir a tarefa específica de uma instituição. Quando essa tarefa está de alguma forma relacionada à expertise, mecanismos que criam comitês de especialistas e órgãos de revisão podem ser adequados.

Finalmente, a função populista de *accountability* não possui exatamente uma configuração institucional clara. Como seu objetivo é obter a lealdade e o respeito dos destinatários do poder, qualquer mecanismo que possa promover a legitimidade social atenderia à sua demanda central.

Em resumo, as eleições e um conjunto de outros canais de emissão de voz sinalizam uma função democrática; mecanismos de supervisão mútua, parâmetros substantivos de direitos e ônus da justificação pública desempenham um papel constitucional; dispositivos de coleta de informações e produção de conhecimento melhorariam a capacidade epistêmica de uma instituição e, por fim, quaisquer mecanismos que conseguissem melhorar a percepção pública de uma instituição destacariam uma função populista.

Essas quatro funções podem se entrecruzar em vários ângulos quando alguém as usa para observar arranjos concretos de *accountability*.<sup>79</sup> Mas elas nem sempre unem forças. Quando seus vetores se chocam ou competem, algumas acomodações podem ser indispensáveis.<sup>80</sup> Casos de divergência entre as quatro funções

<sup>79</sup> Como Mashaw afirma: “Nenhuma instituição realmente serve apenas a um propósito ou objetivo e, portanto, nenhuma instituição deve responder a apenas uma forma de regime de *accountability*.” (“No institution really serves only one purpose or goal, and, therefore, no institution should be expected to be responsive to only one form of accountability regime.”). MASHAW, J. L. *Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance*. In: DOWDLE, M. *Public accountability: designs, dilemmas and experiences*. Cambridge: Cambridge University, 2006. p. 153.

<sup>80</sup> MASHAW, J. L. *Judicial review of administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 5, 2005a. p. 130 e 137.

tendem a levantar dilemas normativos complicados. Se um ponto de equilíbrio não for trabalhado, todo o arranjo poderá se tornar disfuncional.<sup>81</sup> *Accountability* torna-se uma propriedade louvável, na medida em que esse equilíbrio é atingido.

Além da incompatibilidade de propósitos diferentes, um tipo quantitativo de disfunção também pode ocorrer quando a quantidade de mecanismos de *accountability* em uma dada instituição passa a ser contraproducente.<sup>82</sup> Diferentes tipos de déficits ou excessos emergirão do erro de cálculo dessas funções. Os processos de deflação ou inflação de mecanismos de *accountability*, portanto, devem ser avaliados com cuidado. A inflação pode ser uma evolução bem-vinda se o status quo caracterizar um déficit e vice-versa. Encontrar a quantidade ideal de mecanismos de *accountability* é um desafio perpétuo da análise jurídica e do desenho institucional, que não precisa extrapolar o ponto de inflexão em que *accountability* se torna mais prejudicial do que benéfica.<sup>83, 84</sup>

## 5 Considerações finais: a forma em busca de uma substância

O que exatamente louvamos quando mencionamos *accountability*? Essa questão não é retórica. Espero que tenha ficado claro por que vale a pena fazer a pergunta. Este artigo procurou apresentar as muitas demandas geradas pelo termo *accountability* e colocá-las sob uma luz inteligível e ordenada.

*Accountability* é uma propriedade formal que pode estar presente em algumas relações de poder. Seu alcance semântico varia de restrições mais brandas a formas mais musculares de controle. Privada de uma orientação substantiva, no entanto, não há muita clareza por que devemos adotá-la. Sem uma boa resposta sobre “por que” alguns devem ser responsabilizados por outros de uma maneira específica, *accountability* permanece apenas um elo entre dois agentes, sem nada intrinsecamente ou instrumentalmente valioso. Pode servir igualmente à emancipação e à dominação, ao autogoverno e à opressão, à eficiência e à ineficiência, à integridade institucional e à venalidade. Sultões e ditadores, como lembra Schmitter, ou até gangues criminosas e esquemas de corrupção, têm seus próprios regimes de *accountability*, por mais repugnantes que estes regimes, com suas recompensas e sanções, sejam.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Existe uma literatura significativa sobre as inconsistências, distorções ou excessos nos arranjos de *accountability*. Ver BOVENS, M. Analysing and assessing accountability: a conceptual framework. *European Law Journal*, n. 13, 2007; BOVENS, M. Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism. *West European Politics*, n. 33, 2010, e KOPPELL, J. G. S. Pathologies of accountability: ICANN and the challenge of ‘Multiple Accountabilities Disorder’. *Public Administration*, n. 65, 2005.; KOPPELL, J. G. S. *World rule: accountability, legitimacy, and the design of global governance*. Chicago: University of Chicago, 2010. As disfuncionalidades se referem a um arranjo entre as funções incorretamente calibradas pelos dispositivos escolhidos.

<sup>82</sup> Como afirma Bovens: “mais *accountability* não necessariamente produz um governo melhor. O excesso de *accountability* desencoraja o comportamento inovador e empreendedor dos gestores públicos” (“more accountability does not necessarily produce better government. Accountability overkill discourages innovative and entrepreneurial behaviour in public managers”). BOVENS, M. Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism. *West European Politics*, n. 33, 2010. p. 953. Ver também, sobre o fenômeno da “multiple accountability disorder”, KOPPELL, J. G. S. Pathologies of accountability: ICANN and the challenge of ‘Multiple Accountabilities Disorder’. *Public Administration*, n. 65, 2005.

<sup>83</sup> Entre as falhas decisórias que podem surgir, os autores prestam especial atenção à “visão de túnel” (“tunnel vision”), à “ritualização” (“ritualization”), às “rotinas defensivas” (“defensive routines”), aos “estereótipos mútuos” (“mutual stereotyping”) e ao “comportamento hostil” (“hostile behaviour”). BOVENS, M. Analysing and assessing accountability: a conceptual framework. *European Law Journal*, n. 13, 2007. p. 228; BOVENS, M. Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism. *West European Politics*, n. 33, 2010. p. 954.

<sup>84</sup> Uma patologia tradicional é a ênfase excessiva na conformidade com regras estritas, o que reduz o espaço discricionário. Essa é uma disfunção epistêmica típica: o tomador de decisão prioriza evitar punições às custas de fazer julgamentos criativos e, em vez de pensar em qual é a boa decisão, preocupa-se, principalmente, em minimizar o risco de ser penalizado.

<sup>85</sup> SCHMITTER, P. The ambiguous virtues of accountability. *Journal of Democracy*, n. 15, 2004. p. 48. Da mesma forma, para Keohane, “nem todas as formas de *accountability* são intrinsecamente democráticas. *Accountability* é um aspecto essencial da democracia, mas existe, de algum modo, em todos os regimes políticos” (“not all forms of accountability are intrinsically democratic. It is an essential aspect of democracy, but it exists, in some forms, in all political regimes”). KEOHANE, R. The concept of accountability in world politics and the use of force. *Michigan Journal of International Law*, n. 24, 2002. p. 1131. Rubenstein dá um exemplo semelhante:

A tentativa de tornar *accountability* um ideal político independente o transforma em uma categoria bastante enigmática, tão vazia e manipulável quanto qualquer palavra de ordem que permeia debates políticos de baixa qualidade.<sup>86</sup> Se quisermos ir além de uma frase de efeito, precisamos dissecar e identificar quais valores se escondem por trás de cada uma das reivindicações por mais *accountability*. O apelo a esses valores não é autônomo. Em vez de substituir ideais políticos, *accountability* pode ser encarada como uma tecnologia que os ajuda a perseguir seus vários fins.

Um discurso purista de *accountability* careceria, portanto, de uma orientação normativa. Somente um ideal político claramente desenvolvido pode fornecer tal norte. O poder responsável, se não for qualificado normativamente, não é equivalente ao poder legítimo. Se *accountability* pretende se tornar uma referência em legitimidade, seu conceito precisa ser suplementado por orientações normativas. Essa percepção, com certeza, é, apenas, o começo, não o fim do problema. Por mais trivial que essa afirmação possa parecer, ela não foi defendida abertamente por muitos autores e autoras sobre o tema.<sup>87</sup>

Este artigo procurou elaborar um mapa suficientemente claro que permite ao leitor capturar e entender, ao examinar uma determinada instituição, a ausência ou a presença de elementos de *accountability* e quais valores eles podem servir. Em outras palavras, o artigo tenta trazer um andaime analítico sem o qual a conversa sobre *accountability* tende a se tornar misteriosa, ininteligível e vazia.

Uma curiosidade sobre o termo *accountability* é que ele é, ainda, pouco acionado pelo universo jurídico. Ao invés de *accountability*, juristas tradicionalmente utilizam o conceito de “responsabilidade” para evocar o dever que um determinado agente tem para agir (ou deixar de agir) em uma dada circunstância, de acordo com uma certa prescrição legal, e as consequências que advêm dessa ação (ou omissão). A utilização do conceito de *accountability* é mais comum na literatura de relações internacionais e da ciência política, onde é estudado como uma variável responsável por controlar o processo de tomada de decisões. Juristas, no entanto, na medida em que se consideram aptos a participar no processo de desenho institucional de uma certa organização, não podem se dar ao luxo de ignorar o potencial e a fortuna crítica e histórica do conceito.

O debate jurídico brasileiro não pode se conformar com o uso exclusivamente retórico ou meramente simbólico do conceito de *accountability*. Abordagens normativas e empíricas do direito, em particular as que se ocupam com arranjos e desenhos institucionais, pressupõem clareza na utilização da *accountability* como referencial de análise. A capacidade que a *accountability* possui de entregar o que promete depende diretamente de rigor teórico e de precisão conceitual em sua mobilização.

Em uma época em que se faz necessário uma maior institucionalização da governança global, dominar um conceito tão elementar, de maneira mais efetiva e menos retórica, é um desafio que a ação e o debate políticos ainda precisam alcançar.

---

<sup>86</sup> “é perfeitamente compreensível dizer que Hitler responsabilizaria seus subordinados por não seguirem o protocolo nazista” (“it is perfectly comprehensible to say that Hitler held his underlings accountable for failing to follow Nazi protocol”). RUBENSTEIN, J. *Accountability in an unequal world*. *The Journal of Politics*, v. 69, 2007. n. 618.

<sup>86</sup> É isso que Mashaw quer dizer quando chama a *accountability* de “conceito mutante” (“protean concept”) ou de “espaço reservado para as múltiplas ansiedades contemporâneas” (“placeholder for multiple contemporary anxieties”). MASHAW, J. L. *Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance*. In: DOWDLE, M. *Public accountability: designs, dilemmas and experiences*. Cambridge: Cambridge University, 2006. p. 115.

<sup>87</sup> Philp insiste fortemente na afirmação dessa distinção: “se (e de que formas) existe um relacionamento de *accountability* é uma afirmação descritiva; se queremos mais ou menos, tipos diferentes ou dimensões adicionais, essa é outra discussão, que será movida por compromissos normativos”. No original: “whether (and in what forms) an accountability relationship exists is a descriptive claim; whether we want more or less of it, or different types or additional dimensions of it, will be driven by normative commitments, and we should not run the two together”. PHILP, M. *Delimiting democratic accountability*. *Political Studies*, n. 57, 2009. p. 32.

## Referências

- BARBER, S. *Welfare and Constitution*. Princeton: Princeton University, 2003.
- BOVENS, M. Two concepts of accountability: accountability as a virtue and as a mechanism. *West European Politics*, n. 33, 2010.
- BOVENS, M. *et al.* Does public accountability work? An assessment tool. *Public Administration*, n. 86, 2008.
- BOVENS, M. Analysing and assessing accountability: a conceptual framework. *European Law Journal*, n. 13, 2007.
- COUSO, J. Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional. *Anuario de Derechos Humanos*, 2010.
- DAHL, R. *A preface to democratic theory*. Chicago: University of Chicago, 2006.
- DINES, G.; MURPHY, W. SlutWalk is not sexual liberation. *The Guardian*, Londres, 08 maio 2011.
- DUBNICK, M. A moral being is an accountable being: Adam Smith and the ethical foundations of accountable governance. In: ANNUAL MEETING OF THE MIDWEST POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, 68, 2010, Chicago. *Papers...* Chicago: University of Chicago, 2010.
- Dubnick, M. Seeking salvation for accountability. In: Annual Meeting of the American Political Science Association, 2002, Washington. *Papers...* Washington: American Political Science Association, 2002.
- DWORKIN, R. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*, n. 3, 1995.
- FEREJOHN, J. Accountability in a global context. *Institute for International Law and Justice Working Paper*, n. 2007/5. Nova York: New York University, 2007. v. 1.
- FULLER, L. *The morality of law*. New Heaven: Yale University, 1968.
- HIRSCHMAN, A. Exit, voice, and loyalty: further reflections and a survey of recent contributions. *Health and Society*, n. 58, 1980.
- KEOHANE, R.; GRANT, R. Accountability and abuses of power in world politics. *American Political Science Review*, n. 99, 2005.
- KEOHANE, R. Global governance and democratic accountability. In: HELD, D.; KOENIG-ARCHIBUGI, M. *Taming globalization: frontiers of governance*. Haboken: Wiley, 2003.
- KEOHANE, R. The concept of accountability in world politics and the use of force. *Michigan Journal of International Law*, n. 24, 2002.
- KOPPELL, J. G. S. *World rule: accountability, legitimacy, and the design of global governance*. Chicago: University of Chicago, 2010.
- KOPPELL, J. G. S. Pathologies of accountability: ICANN and the challenge of 'Multiple Accountabilities Disorder'. *Public Administration*, n. 65, 2005.
- MACCORMICK, N. The ethics of legalism. *Ratio Juris*, n. 2, 1989.
- MASHAW, J. L. Political accountability in 'real-existing' democracies: meaning and mechanisms. *European University Institute Papers*, 2007.
- MASHAW, J. L. Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance. In: DOWDLE, M. *Public accountability: designs, dilemmas and experiences*. Cambridge: Cambridge University, 2006.



- MASHAW, J. L. Judicial review of administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 5, 2005a.
- MASHAW, J. L. Structuring a dense complexity: accountability and the project of administrative law. *Issues in Legal Scholarship*, n. 5, 2005b.
- MILL, J. S. The subjection of women (1869). In: *Collected Works of John Stuart Mill*. Toronto: University of Toronto, 1984. v. 21.
- O'DONNELL, G. Delegative democracy. *Journal of Democracy*, n. 5, 1994.
- O'NEILL, O. *Rethinking informed consent in bioethics*. Cambridge: Cambridge University, 2007.
- O'NEILL, O. *Autonomy and trust in bioethics*. Cambridge: Cambridge University, 2004.
- PHILP, M. Delimiting democratic accountability. *Political Studies*, n. 57, 2009.
- RUBENSTEIN, J. Accountability in an unequal world. *The Journal of Politics*, v. 69, 2007.
- SCHEDLER, A. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, A.; DIAMOND, L.; PLATTNER, M. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner, 2009.
- SCHMITTER, A. Real-existing democracies: meaning and mechanisms. *European University Institute Papers*, 2007.
- SCHMITTER, P. The ambiguous virtues of accountability. *Journal of Democracy*, n. 15, 2004.
- SHAPIRO, I. Optimal deliberation?. *The Journal of Political Philosophy*, n. 10, 2002.
- SHAPIRO, M. Deliberative, independent technocracy v. democratic politics: will the globe echo the EU?. *Law and Contemporary Problems*, n. 68, 2005.
- STEWART, R. B. Accountability, participation, and the problem of disregard in global regulatory governance. In: INSTITUTE FOR INTERNATIONAL LAW AND JUSTICE INTERNATIONAL LEGAL THEORY COLLOQUIUM, 2008, Nova York. *Papers...* Nova York: New York University, 2008.
- STEWART, R. B. The reformation of american administrative law. *Harvard Law Review*, n. 88, 1974.
- STONE, B. Facebook, Wall Street: friends with benefits. *Businessweek*, Nova York, 1 fev. 2012.
- THOMPSON, D. *Restoring responsibility: ethics in government, business, and healthcare*. Cambridge: Cambridge University, 2004.
- WALDRON, J. Constitution: a sceptical view. *New York University Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, n. 10-87, 2010.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Estratégias regulatórias de  
combate à corrupção**  
Regulatory strategies for  
tackling corruption

Eduardo Jordão

Luiz Carlos Penner Rodrigues da  
Costa

# Estratégias regulatórias de combate à corrupção\*

## Regulatory strategies for tackling corruption

Eduardo Jordão\*\*

Luiz Carlos Penner Rodrigues da Costa\*\*\*

### Resumo

O artigo tem por objetivos (i) classificar as estratégias anticorrupção na taxonomia já proposta pela literatura para as estratégias regulatórias e (ii) apontar as aplicações e as vantagens genéricas e específicas de cada uma das estratégias identificadas. Para tanto, é feita uma pesquisa descritiva, que busca analisar e mapear as estratégias de combate à corrupção adotadas nos contextos brasileiro e internacional, agrupando-as em quatro categorias: comando e controle, transparência, incentivos e instituições. Entre as conclusões tiradas do estudo realizado, verifica-se que, se, por um lado, o investimento concentrado em uma só estratégia não solucionará problemas ligados ao combate à corrupção; por outro, a combinação de estratégias também pode gerar custos e riscos como os derivados da descoordenação regulatória. Ademais, percebe-se que há uma tendência de sofisticação e de custos crescentes para lidar com os problemas ligados à corrupção, o que, embora possa aumentar a efetividade das medidas, também traz dificuldades à medida que as estratégias se distanciam da simplicidade. O trabalho se justifica porque o mapeamento e a classificação realizados permitem entender as naturezas das estratégias existentes e suas vantagens e desvantagens quando aplicadas a diferentes contextos, o que viabilizará uma futura análise abrangente sobre a qualidade das iniciativas anticorrupção propostas no Brasil. Além disso, embora existam diversos trabalhos publicados com revisões de literatura e de leis anticorrupção, não havia, na literatura nacional, análise abrangente que sistematizasse essas estratégias de forma a compatibilizá-las com a literatura que trata da Teoria da Regulação.

**Palavras-chave:** Corrupção. Regulação. Estratégias regulatórias.

### Abstract

The objectives of the paper are (i) to classify the anti-corruption strategies using the taxonomy already presented by the literature on regulatory strategies and (ii) to point out applications and generic and specific advantages of each of such strategies. For this purpose, we carry out a descriptive research that aims to analyze and map the strategies for tackling corruption adopted in Brazil and abroad, grouping them in four categories: command and control, transparency, incentives and institutions. Among the conclusions drawn from the study, we observe that, if on the one hand concentrated efforts in

\* Recebido em 10/07/2020  
Aprovado em 16/02/2021

\*\* Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck. E-mail: eduardo.jordao@fgv.br

\*\*\* Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Pesquisa realizada com apoio da CAPES - Código de Financiamento 001 e com o apoio financeiro da Fundação Getúlio Vargas. E-mail: luizcprdacosta@gmail.com

only one strategy will not solve anti-corruption problems, on the other hand the combination of strategies may also create unwanted costs and risks, such as lack of regulatory coordination. Moreover, we identified a trend of increasing sophistication and costs in tackling corruption, which could increase the effectiveness of the measures, but at the cost of creating difficulties as they move away from simplicity. The importance of the research lies in the fact that the mapping and classification that were held allow us to understand the nature of the implemented strategies and their advantages and disadvantages when applied in different contexts, which will enable a future comprehensive and exhaustive analysis on the quality of the anti-corruption initiatives proposed in Brazil. Furthermore, although there are several papers that review the literature and the law on anti-corruption strategies, there were no comprehensive and systematic studies that tried to reconcile them with the literature on regulatory theory.

**Keywords:** Corruption. Regulation. Regulatory strategies.

## 1 Introdução

Dois episódios recentes modificaram a forma como a população brasileira enxerga a corrupção: o Mensalão e, principalmente, a Operação Lava Jato. Em 2018, o índice de percepção de corrupção apontou para uma pontuação de 35 para o Brasil, o menor valor em sete anos, o que colocou o país em 105º lugar, dentre os 180 países analisados, juntamente à Argélia, Armênia, Costa do Marfim, Egito, El Salvador, Peru, Timor Leste e Zâmbia.<sup>1</sup> A corrupção se reflete não apenas na opinião da população, mas também em perdas econômicas para o país. Naturalmente, os efeitos econômicos da corrupção são de difícil mensuração,<sup>2</sup> de modo que as estimativas variam muito, mas sempre em torno de valores muito expressivos. Em uma delas, a corrupção em governos locais é responsável por perdas de, aproximadamente, 550 milhões de dólares por ano.<sup>3</sup> Em outra, a perda seria de 200 bilhões de reais por ano.<sup>4</sup>

Nesse contexto, o combate à corrupção é um tema que, por si só, justifica o desenvolvimento de uma agenda acadêmica no Brasil. Para contribuir com essa agenda, buscamos mapear as principais estratégias anticorrupção adotadas ao redor do mundo, agrupando-as dentre quatro categorias de estratégias desenvolvidas no âmbito da Teoria da Regulação: comando e controle, informação (transparência), incentivos e instituições (*design*). A partir dessa categorização, apresentaremos as principais vantagens e desvantagens de cada estratégia, juntamente a exemplos não exaustivos de sua aplicação no Brasil e no mundo. Trata-se, portanto, de um trabalho descritivo que tem dois objetivos: (i) classificar as estratégias anticorrupção dentro da taxonomia já proposta para as estratégias regulatórias e (ii) apontar vantagens – genéricas, apresentadas na literatura de estratégias regulatórias e que podem ser aplicadas a corrupção; e específicas, advindas da literatura específica sobre combate à corrupção – e aplicações de cada uma das estratégias no contexto brasileiro e internacional.

Consoante Julia Black, este é um artigo que tem de ser escrito antes de que possamos escrever o artigo que queremos. Isto é, para que seja possível fazer, futuramente, uma análise compreensiva e exaustiva sobre a qualidade das iniciativas anticorrupção propostas no Brasil – e eventualmente apontar os rumos que devem ser tomados –, é necessário, primeiramente, entender quais são as ferramentas de combate à corrupção disponíveis, seus prós e contras. Na literatura brasileira, foi possível verificar apenas um artigo – escrito por

<sup>1</sup> Dados disponíveis em: <https://www.transparency.org/cpi2018>. Acesso em 21 jun. 2019.

<sup>2</sup> POWER, Timothy Joseph; TAYLOR, Matthew MacLeod. *Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011. p. 1.

<sup>3</sup> FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments. *The American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

<sup>4</sup> *Corrupção desvia R\$ 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato*, disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corrupcao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>. Acesso em: 21 jun. 2019.

Mariana Prado e Lindsey Carson em 2014<sup>5</sup> – em que houve tentativas de mapeamento das estratégias anti-corrupção com foco no Brasil e utilizando a literatura internacional de combate à corrupção.

O desenvolvimento deste trabalho se dará da seguinte forma. Na seção 2, apresentaremos a estratégia de comando e controle como uma das modalidades mais usuais de combate à corrupção, tanto por meio da proibição direta de condutas quando pela proibição de circunstâncias favoráveis à corrupção. Na seção 3, apresentaremos os mecanismos de transparências ou de informação, que partem da premissa de que há um problema do tipo *principal-agente* no caso da corrupção, uma vez que atores corruptos (*agente*) buscarão seus próprios objetivos pessoais ao invés de perseguir o bem coletivo da população (*principal*). Para aumentar a probabilidade de que a atuação do agente se alinhe às expectativas do principal, busca-se aumentar a probabilidade de que agentes corruptos sejam identificados pela população ou simplesmente busca-se aumentar a quantidade de informações disponíveis para que a população possa fazer a fiscalização e eventualmente descubra atos corruptos. Na seção 4, analisaremos mecanismos de incentivos, destacando-se o aumento de salários de funcionários públicos e utilização de acordos de leniência e colaboração premiada. Já na seção 5, avaliaremos como o *design* de agências anticorrupção – tanto a criação de agências voltadas especificamente para esta finalidade quando a criação de sobreposições institucionais – pode ser efetivo no combate à corrupção. Na seção 6, realizaremos uma síntese dos principais pontos desenvolvidos ao longo do trabalho.

## 2 Comando e controle

A primeira e mais evidente forma de usar o direito para prevenir a corrupção consiste em estabelecer proibições. Em experimento realizado por Daniel Kaufmann em 1997, perguntou-se a 150 gerentes e funcionários públicos de países com altos índices de corrupção quais seriam, em suas opiniões, as estratégias anticorrupção mais efetivas.<sup>6</sup> A maioria acreditava que a rotação de funcionários e o aumento de penas apresentariam os melhores resultados.

Na literatura de regulação, o aumento de pena faz parte de estratégia regulatória mais ampla conhecida como comando e controle: criam-se regras que impõem ou prescrevem determinadas condutas e controla-se sua observância. Com base nesta mesma estratégia, no entanto, há, pelo menos, duas possibilidades que devem ser apartadas. Numa primeira hipótese, a proibição incidirá, diretamente, a conduta que se quer proscrever, ou seja, a conduta afastada é precisamente aquela que configuraria o ato de corrupção. Numa segunda hipótese, o legislador se antecipa e proíbe não a corrupção em si, mas a *configuração de uma situação em que a corrupção é provável*; o que o legislador faz, nesse caso, é atuar para evitar que se estabeleçam circunstâncias favoráveis ao cometimento de ilícitos.

### 2.1 Proibição direta de condutas

Naturalmente, são muitas as proibições ou determinações de condutas que podem ser atribuídas a uma intenção do legislador de prevenir a corrupção. No caso de proibições diretas, o legislador busca a utilização de estratégias de comando e controle para, uma vez que uma pessoa tente realizar atos corruptos, (i) não tenha os meios disponíveis à disposição – meios que são estritamente vinculados à realização de atos de corrupção, o que difere da categoria de proibições indiretas apresentada na seção 2.2 ou, (ii) ainda que tenha os meios, seja devidamente punido caso intente se envolver em atos proibidos.

Um exemplo de tentativa de proibição direta de condutas corruptas é dada pela Lei 8.112/90 (“Estatuto

<sup>5</sup> CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Carson, Lindsey D. and Prado, Mariana Mota, Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil. *IRIBA Working Paper*, n. 08, 2014.

<sup>6</sup> KAUFMANN, Daniel. Corruption: the facts. *Foreign policy*, p. 114–131, 1997.

dos Servidores Públicos”). Para tanto, estabelece uma série de proibições no que seria a causa da corrupção, dado que os casos de corrupção que envolvem dinheiro público usualmente requerem o concurso ou a negligência de algum funcionário público. Proíbe, por exemplo, a prática de nepotismo, a utilização de cargo público para proveito pessoal ou de terceiros (inclusive a proibição textualmente expressa de receber propina) e a utilização de recursos públicos em prol de atividades particulares. Essas previsões de deveres e proibições funcionais são relevantes na medida em que funcionam como gatilhos para a sua responsabilização administrativa, e também como aspectos relevantes de sua responsabilização civil e penal.<sup>7</sup> Ainda, essas responsabilizações poderão ser cumuladas e independem uma das outras.

A Lei 8.666/93, sobre licitações e contratos administrativos, caminha no mesmo sentido, partindo do pressuposto de que as contratações públicas são ocasiões muito propícias para a prática de corrupção e que, portanto, devem ser minuciosamente reguladas. Com base na perspectiva pública, pode o Estado manejar o seu poder de compra e o seu potencial econômico para favorecer determinados agentes econômicos. Contratações públicas, que deveriam servir à satisfação de necessidades públicas, podem, assim, esconder transferências indevidas de recursos em benefício de partes privadas. Com base na perspectiva privada, os procedimentos licitatórios podem ser frustrados por meio de colusão entre potenciais licitantes para permitir uma venda de bens ou serviços com sobrepreço. Regular as contratações públicas é, em grande medida, estabelecer as condições adequadas para dificultar ou impedir a realização destas situações. A maior parte das normas contidas na lei visam a garantir a competitividade do certame licitatório.

Para alcançar esse objetivo, a lei veda a participação na licitação do autor do projeto básico ou executivo, as práticas que limitam as exigências de qualificação técnica ou econômico financeira, ou que restrinjam a participação de consórcios entre os licitantes. E, finalmente, também é relevante o fato de a lei de licitações ter criminalizado várias das condutas que poderiam frustrar o seu ideal de competitividade, tais como “[d]ispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei”, “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”; “[p]atrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário”; e “devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”. Adicione-se que, de acordo com o art. 83, o cometimento dos crimes ali previstos sujeita os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Vistos esses exemplos mais gerais de proibições diretas de condutas, é necessário avaliar suas vantagens e desvantagens. Uma das vantagens mais evidentes associadas a essa estratégia é a possibilidade de utilizar a lei para impor regras ou *standards* de maneira imediata, proibindo as atividades que não estejam de acordo com a determinação legal, como no caso da proibição da utilização do cargo para favorecimento pessoal. Em termos políticos, a criação de uma norma é uma mensagem clara de que o regulador está tomando uma posição forte para resolver o problema. Ou seja, a norma está sendo utilizada com um objetivo simbólico e prático.<sup>8</sup>

Um exemplo do poder simbólico da mensagem sobre o combate à corrupção por meio da utilização de estratégias de comando e controle é o Projeto de Lei 4.850/2016 (“Dez Medidas Contra a Corrupção”). A justificativa do projeto de lei se inicia com o apelo ao sentimento da população ao afirmar que a “sociedade brasileira assiste estupefata” ao aumento de “denúncias sobre corrupção e enriquecimento ilícito de agentes públicos”, o que fez com que brotasse “um grito neste março de 2016” a partir “da movimentação das ruas”. Ou seja, trata-se de projeto de lei diretamente voltado a atender aos anseios populares frente ao agravamento da percepção de corrupção surgidos a partir da Operação Lava Jato.

<sup>7</sup> GOMES, Reginaldo Gonçalves. Responsabilidade Administrativa do Servidor Público na Administração Pública Federal. *Prisma Jurídico*, v. 13, n. 1, p. 193–212, 2014.

<sup>8</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 106–111.

Para tanto, dentre as dez medidas apresentadas, nove podem ser classificadas como comando e controle, ou como medidas que tentem solucionar problemas de *enforcement* associados ao estabelecimento de regras: (i) criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, (ii) aumento das penas e crime hediondo para corrupção de altos valores, (iii) aumento da eficiência e da justiça dos recursos no processo penal, (iv) celeridade nas ações de improbidade administrativa, (v) reforma no sistema de prescrição penal, (vi) ajustes nas nulidades penais, (vii) responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2, (viii) prisão preventiva para evitar a dissipação do dinheiro desviado e (ix) recuperação do lucro derivado do crime.<sup>9</sup> Em resumo, essas medidas tratam do aumento de penas ou da modificação das regras penais e de processo penal para, em tese, diminuir os incentivos daqueles atores que pretendam participar de condutas corruptas. Apenas a medida de “prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação” pode ser caracterizada como não sendo relacionada a estratégias de comando e controle, privilegiando estratégias de informação e de incentivos.

Contudo, a utilização de estratégias de comando e controle também apresenta problemas, como a reduzida flexibilidade e os seus custos elevados tanto para criação das regras, como para controlá-las.<sup>10</sup> Esses custos podem se manifestar de diversas formas.

A mais evidente é a quantidade de informação necessária para a criação de regras. A opção pela criação de regras específicas para regular determinada atividade envolve a análise sobre os custos em que se deve incorrer, uma vez que a criação de regras implica o aumento de custos no momento de sua elaboração para, em tese, buscar-se diminuir estes custos no momento de sua aplicação.<sup>11</sup> Ocorre que, eventualmente, os custos de busca e processamento de informações podem ser proibitivos, principalmente em um cenário de incerteza ou até mesmo de ignorância. Nesses casos, investir em regras pode não ser o melhor caminho. É justamente nesses casos em que a utilização de regras dá lugar à utilização de princípios. O Estatuto dos Servidores Públicos parece se encaminhar nesse sentido – ao menos em complementação às regras já discutidas acima –, ao estabelecer obrigações de “zelar pela economia material e a conservação do patrimônio público” e “manter conduta compatível com a moralidade administrativa”. A Lei 8.666/93 caminha no mesmo sentido, na medida em que, juntamente às regras específicas de contratações, estabelece princípios genéricos, como a vantajosidade da contratação, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa.

O uso da estratégia de comando e controle gera também um risco de legalismo, uma tendência de gerar normas inflexíveis, intervindo em liberdades administrativas dos regulados. Esse fato é agravado pela criação excessiva de regras com o objetivo de reduzir a discricionariedade do administrador.<sup>12</sup> Por exemplo, em uma licitação, as hipóteses de dispensa de licitação são previstas, taxativamente, no art. 24 da Lei 8666/93. Reduzir a discricionariedade nesse caso significou criar uma lei com trinta e quatro incisos. O segundo possível agravante ao *legalismo* é a tendência do legislador de regular rapidamente com base em casos que tenham ocorrido, antes que a população em geral os esqueça.<sup>13</sup>

Outro custo regulatório é de *enforcement*, sendo muito dispendioso principalmente porque dá espaço para a conformidade criativa (*creative compliance*) e também há um grande risco de judicialização.<sup>14</sup> O próprio Es-

<sup>9</sup> Para uma descrição mais detalhada, conferir: *As 10 Medidas Contra a Corrupção: Propostas do Ministério Público Federal para o combate à corrupção e à impunidade*. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>10</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 106–111.

<sup>11</sup> Em taxonomia apresentada por Susteim e Margalit (1999), a criação de regras é uma estratégia de segunda ordem do tipo *high-low*, no sentido de que envolve justamente o aumento de custos *ex ante* (no momento de sua elaboração) na expectativa de reduzi-los no momento de sua aplicação (*ex post*). SUNSTEIN, Cass R; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions, *Ethics*, v. 110, n. 1, p. 5–31, 1999. p. 5–6 e 21–26.

<sup>12</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 108.

<sup>13</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 108.

<sup>14</sup> No Quênia, por exemplo, a criação de leis foi bastante utilizada como estratégia política, mas sem efeitos práticos, principal-

tatuto dos Servidores Públicos, apesar de proibir o nepotismo, abriu espaço para a conformidade criativa, na medida que agentes públicos passaram a se utilizar do nepotismo cruzado – em que o agente público A indica um familiar do agente público B enquanto o B indica um familiar de A.<sup>15</sup>

Ainda sobre *enforcement*, a existência da legislação por si só não é suficiente para o combate à corrupção, é necessário que haja monitoramento. Em alguns locais, o nível de detecção e punição de atos corruptos não será alcançado porque não há monitoramento suficiente ou porque há uma corrupção sistêmica – inclusive permeando os atores responsáveis pela aplicação da lei. Nesses casos, mesmo que haja uma tentativa de, apesar do baixo monitoramento, garantir a punição severa dos indivíduos detectados em atos corruptos, pode ser que poucas cortes queiram sancioná-los draconianamente.<sup>16</sup>

Tentando lidar com o problema do *enforcement*, a Lei Complementar 101/00 (“Lei de Responsabilidade Fiscal”), apesar de não ter o combate à corrupção entre suas principais finalidades, estabelece regras rígidas para a transferência (direta ou indireta) de recursos públicos para particulares. Também contribui para a ampliação da transparência no manejo das contas e dos orçamentos públicos.

A efetividade de estratégias anticorrupção baseadas no aumento do monitoramento ou no aumento das sanções depende, ainda, do nível de corruptibilidade daquela sociedade. Se o nível de corrupção for alto, a utilização de sanções mais rígidas provavelmente não será efetiva, já que os atores corruptos continuam a acreditar que a chance de serem descobertos e efetivamente punidos é baixa, podendo, inclusive, subornar o agente responsável pela investigação ou sanção. Igualmente, aumentar a possibilidade de que a pessoa possa ser descoberta pode ser ineficaz nos casos em que os indivíduos continuam podendo subornar os oficiais encarregados do monitoramento, para não os monitorar adequadamente.<sup>17</sup>

Outra forma de ineficácia do aumento de sanções ocorre se a população considera aquela sanção injusta.<sup>18</sup> Tanzi e Shome realizaram estudo em 1993 no qual mostram que, se houver um aumento da pena para sonegação de impostos, será mais provável que a sociedade não esteja disposta a aplicar sanções sobre as pessoas que forem descobertas, principalmente porque, nas palavras dos autores, “várias sociedades se sentiriam desconfortáveis em escolher e punir indivíduos particulares, quase que em um processo de loteria, ao mesmo tempo em que vários outros indivíduos podem ter cometido as mesmas transgressões”.

Além disso, muitas vezes a utilização de leis para reduzir níveis de corrupção gera outros problemas, como ocorreu em Bangladesh. O governo resolveu acabar com o problema de corrupção usando a força para obrigar as pessoas a não praticarem atos corruptos, o que fez com que logo perdesse qualquer apoio da população que inicialmente tinha. Simplesmente não houve suporte popular para sustentar estratégia de longo prazo por meio do endurecimento de regras.<sup>19</sup>

---

mente pela existência de leis pouco precisas que poderiam ser interpretadas de acordo com a vontade do governo. Nesse caso, portanto, “without ‘buy in’ from prominent stakeholders top-down attempts to cleanse public life are destined not just to fail but to fail badly”. HOUGH, Dan. *Corruption, anti-corruption and governance*. UK: Palgrave Macmillan, 2013. p. 65–68.

<sup>15</sup> Essa prática foi objeto de súmula vinculante do STF, (Súmula Vinculante nº 13) estabelecendo que “a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

<sup>16</sup> OGUS, Anthony. Corruption and regulatory structures. *Law & Policy*, v. 26, n. 3-4, p. 329–346, 2004. p. 336.

<sup>17</sup> RYVKIN, Dmitry; SERRA, Danila. How corruptible are you? Bribery under uncertainty. *Journal of Economic Behavior & Organization*, v. 81, n. 2, p. 466–477, 2012. p. 472; OLKEN, Benjamin A. Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia. *Journal of political Economy*, v. 115, n. 2, p. 200–249, 2007. p. 201.

<sup>18</sup> AKERLOF, George A; YELLEN, Janet L. The fair wage-effort hypothesis and unemployment. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 105, n. 2, p. 255–283, 1990; VAN RIJCKEGHEM, Caroline; WEDER, Beatrice. Bureaucratic corruption and the rate of temptation: do wages in the civil service affect corruption, and by how much?. *Journal of development economics*, v. 65, n. 2, p. 307–331, 2001. p. 7.

<sup>19</sup> HOUGH, Dan. *Corruption, anti-corruption and governance*. UK: Palgrave Macmillan, 2013. p. 58.



## 2.2 Proibição de circunstâncias favoráveis à corrupção

Outra forma de manejar a estratégia regulatória de comando e controle para combater a corrupção consiste não em proibir diretamente alguma conduta que se quer ver afastada, mas em evitar que se configurem as circunstâncias que facilitarão a sua realização. Trata-se de estratégia comum, que possui vantagens e desvantagens em relação à proscrição direta de condutas. De um lado, ela possui resultado *incerto*, na medida em que os efeitos concretos de prevenção são, apenas, *esperados* em função do ambiente específico desfavorável que se cria. De outro lado, sua efetividade no combate à corrupção pode ser acentuada, na medida em que incide mesmo antes de que se criem as condições facilitadoras das infrações.

Vários são os exemplos encontrados nos mais diversos diplomas legislativos. Mas, talvez, o mais interessante deles esteja contido na Lei 12.812/12, sobre conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego. O objetivo geral da lei é evitar que funcionários públicos de alto escalão se valham de informações privilegiadas e sensíveis a que tenham acesso, durante o exercício do cargo ou do próprio poder de influência obtido nessas circunstâncias, para obter vantagens econômicas ou financeiras para si ou para terceiros. Trata-se de iniciativa voltada à prevenção de corrupção. À lei se submetem ocupantes de cargos de Ministro de Estado, Presidente, Vice-Presidente e diretores de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além de funcionários DAS de nível 6 ou 5. Mas, em boa parte de suas disposições, a lei não proscree ou pune diretamente a *transferência de informações privilegiadas* ou a sua utilização. Ao invés disso, a lei proscree até mesmo que esses agentes venham a ocupar cargos em que essas informações lhes seriam solicitadas.

Mecanismo similar foi utilizado de forma bem-sucedida em Hong Kong. Um dos fatores essenciais para que a estratégia anticorrupção tenha sido efetiva foi a implementação de códigos de conduta que obrigavam os funcionários de determinados setores a declarar quaisquer interesses pecuniários ou econômicos que estivessem em conflito com suas obrigações legais.<sup>20</sup> Estas são informações que podem, eventualmente, ser utilizadas para evitar que esses funcionários sejam incumbidos de funções em que surjam potenciais conflitos de interesses e, conseqüentemente, cenários propícios para a corrupção.

Uma segunda forma bastante comum de promover essa estratégia regulatória preventiva consiste em prever o afastamento cautelar de agentes investigados por corrupção para evitar que repita a infração ou atrapalhe a sua apuração. Assim, o art. 147 do Estatuto dos Servidores prevê a possibilidade de afastamento preventivo de servidor investigado, pelo prazo de até 60 dias, prorrogável por igual período.

Em casos um pouco diferentes, essa estratégia preventiva decorre de *uma específica interpretação* de dispositivos legais, consagrado na jurisprudência dos órgãos de controle □ e não já da lei *em si*. Assim, por exemplo, a lei de licitações estabelece a possibilidade de realização da chamada “visita técnica” de potenciais licitantes, para fins de reconhecimento das condições locais impactantes sobre o cumprimento das obrigações objeto da licitação (art. 30, III). Mas a lei não regulamenta essa visita, nem estabelece como ela se dará. O Tribunal de Contas da União tem entendido, no entanto, que a administração não pode restringi-la a horários fixos “no intuito de inibir que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes”.<sup>21</sup> O que o TCU faz aqui é atuar para evitar que se constitua um estado de coisas facilitador da colusão entre licitantes.

Por fim, uma hipótese explorada pela literatura norte-americana é da possibilidade de que, eventualmen-

<sup>20</sup> HUI, Wingchi. Combating Corruption: The Hong Kong Experience (October 31, 2013). *Tsinghua China Law Review*, v. 6, p. 250, 2013.

<sup>21</sup> TCU, Acórdão n.º 3119/2010, publ. 22/06/2010: “1.6.2. alertar a [...], para que, nos futuros procedimentos licitatórios que envolvam recursos públicos federais, haja observância das seguintes orientações: [...] 1.6.2.2. Estabeleça prazo adequado para a realização de visitas técnicas, não restringindo-a à dia e horário fixos, tanto no intuito de inibir que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes, quanto a fim de que os possíveis interessados ainda contem, após a realização da visita, com tempo hábil para a finalização de suas propostas”.

te, o financiamento de campanhas por atores privados seja capaz de gerar sentimentos de retribuição entre o agente público eleito e o doador. Nas palavras de Lessig, por exemplo, “todos nós reconhecemos tendência que vem do fundo de nossos ossos – ou, mais precisamente, em nosso DNA – de agir reciprocamente. Às vezes não o fazemos. O subconsciente é guiado por interações de reciprocidade tanto quando o consciente. Todos nós agimos de modo recíproco mesmo sem pensar. Nós nos curvamos àqueles que devemos obrigações, mesmo que acreditemos honestamente que não nos curvamos”. No Brasil, o financiamento de campanhas foi regulado, inicialmente, pela Lei 9.504/97, que estabelecia o limite de gastos de campanha para os cargos em disputa e aos partidos políticos a obrigação de comunicar à Justiça Eleitoral os valores máximos que fariam por cada candidatura. O desrespeito a esses limites podia ocasionar multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso. Com a edição da Lei 12.034/09, e, posteriormente, da Lei 13.165/15, as regras sobre doação se tornaram mais restritas, até que, no julgamento da ADI 4650, o STF proibiu o financiamento empresarial de campanhas eleitorais.

### 3 Informação

As estratégias regulatórias baseadas em informação ou transparência buscam a divulgação de informações relevantes sobre instituições, de modo que seja possível avaliá-las<sup>22</sup> ou alterar o comportamento de seus atores. O conceito abrange tanto a divulgação ativa de informações pelas entidades públicas (transparência ativa) – incluindo dados sobre seu funcionamento e agentes – quanto a resposta a pedidos de acesso à informação realizados por indivíduos ou entidades (transparência passiva).

Como já se adiantou acima, a estratégia de comando e controle depende de informações para efetivamente punir os agentes transgressores.<sup>23</sup> Além disso, os mecanismos de transparência são também capazes de prevenir, indiretamente, a ocorrência de atos de corrupção. A expectativa é que, estando mais exposta a atuação administrativa, os riscos de corrupção se reduzam. Em termos da terminologia adotada pela Teoria do *Principal-agente*, estratégias baseadas em transparência estão à disposição para que o *principal* possa controlar o *agente*, evitando que o *agente* atue em seus próprios interesses ao invés de nos interesses do *principal*.<sup>24</sup>

A prevenção será alcançada por meio de dois mecanismos diferentes. Por um lado, há um aumento da probabilidade de que o governo irá fiscalizar determinados contratos realizados pela administração pública, como ocorre com o Programa de Sorteios Públicos realizado pela Controladoria Geral da União (CGU) – conforme exploraremos na seção 3.1. Por outro, investe-se na ampliação da transparência das entidades administrativas, principalmente por meio da Lei de Acesso à Informação – analisada na seção 3.2.<sup>25</sup> A diferença entre esses dois tipos de transparência é que, no primeiro, o governo ativamente investe na divulgação de informações ao passo que, no segundo, apenas criam-se obrigações e ambiente favorável para que terceiros possam se valer dessas informações para fiscalizar as entidades.

Diferentemente da estratégia de comando e controle, os dois mecanismos de transparência não necessariamente pressupõem a capacidade de punição do próprio Estado. Porém, dependem, por exemplo, da capacidade de eleitores – uma vez informados sobre atos ilícitos cometidos – disciplinarem políticos corruptos.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption. *International Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 301–322, 2010. p. 301.

<sup>23</sup> OLKEN, Benjamin A. Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia. *Journal of political Economy*, v. 115, n. 2, p. 200–249, 2007. p. 201.

<sup>24</sup> LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption. *International Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 301–322, 2010. p. 303.

<sup>25</sup> V. ABRAMO, Claudio Weber. Acesso a informação e eficiência do Estado, *Revista gov. sp*, n. 2, 2004.

<sup>26</sup> WINTERS, Matthew S; WEITZ-SHAPIRO, Rebecca. Lacking information or condoning corruption: When do voters support corrupt politicians?. *Comparative Politics*, v. 45, n. 4, p. 418–436, 2013; FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments. *The American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

O foco é na divulgação de informações (tanto pela própria CGU quanto pela Lei de Acesso à Informação), não no estabelecimento de normas ou punições. É justamente por esse motivo que a realização de auditorias não é classificada, neste artigo, como parte da estratégia de comando e controle, isto é, como mecanismo de descoberta de ilícitos para a aplicação de sanções. O mecanismo das auditorias, tal qual realizado pelo Programa de Sorteios Públicos, tem como objetivo não apenas oferecer subsídios ao poder sancionador estatal como também disciplinar funcionários públicos por meio da revelação de informações sobre seus atos, gerando consequências reputacionais, políticas e penais. Dito de outra forma, o papel das auditorias ultrapassa possíveis constatações de ilícitos para aplicação de sanções, inclui, também, mecanismo de prevenção realizado por outros agentes públicos e privados, por meio do aumento de *accountability* da administração pública.

### 3.1 Auditorias

A Controladoria Geral da União (GCU) surgiu em 2003 com o objetivo de detectar e punir ilicitudes sistematicamente. Logo depois de sua criação, a CGU lançou o *Programa de Sorteios Públicos*, com o objetivo de aumentar a fiscalização sobre os gastos municipais de verbas repassadas pela União. Inicialmente, a CGU fez auditorias em 26 municípios escolhidos aleatoriamente e, logo em seguida, esse número aumentou para 60 municípios a cada loteria. Em fevereiro de 2015, tinha realizado 2241 auditorias em 1949 municípios, tendo auditado mais de 22 bilhões de dólares em repasses federais aos municípios.<sup>27</sup> Uma série de estudos avaliaram, com base em diversas perspectivas, os programas de auditoria realizados pela CGU.

Em estudo realizado em 2016, Avis, Ferraz e Finan demonstraram que municípios que já passaram por auditorias no passado tiveram uma redução de 8% nos índices de corrupção.<sup>28</sup> Além disso, esses municípios já auditados no passado têm uma probabilidade 20% maior de sofrerem sanções legais. Portanto, haveria, segundo os autores, efeitos legais disciplinadores (*legal disciplining effects*) decorrentes das auditorias. Isto é, prefeitos procurarão não se envolver em ilicitudes para evitar as sanções legais e custos reputacionais.

É interessante notar que, nesse modelo adotado, há um aprendizado pelos políticos. Ou seja, espera-se que a mídia local alerte prefeitos sobre a ocorrência de auditorias em municípios adjacentes, reduzindo sua probabilidade de cometer ilicitudes (*spillover effect*). Os resultados encontrados revelaram que um município adjacente auditado reduz a corrupção em 7,5% quando há uma rádio AM local e em 10,4% quando há uma televisão local.

No mesmo sentido, em estudo realizado em 2013, Zamboni e Litschig analisaram tanto processos de licitação quanto prestação de serviços do Bolsa Família e do Saúde da Família.<sup>29</sup> Descobriram que um aumento temporário de 20% do risco de ser auditado gerou uma redução de 17% de irregularidades nos processos de licitação totais. Já sobre a prestação de serviços, não encontraram variações, de modo que uma das explicações plausíveis é de que, ao contrário das licitações – nas quais há uma exigência de prestação de contas em todas as etapas –, a prestação de serviços é mais difícil de ser avaliada, o que permite maiores oportunidades para corrupção.

Além dos riscos legais associados à descoberta de atos corruptos, as auditorias também são mecanismos que geram custos eleitorais a políticos. A explicação para esse mecanismo deve ser feita em duas etapas: (i) avaliar como eleitores se comportam quando descobrem atos de corrupção de políticos (i.e., se punirão políticos corruptos nas urnas) e, em caso positivo, (ii) verificar se agentes públicos reagem, antecipadamente,

<sup>27</sup> AVIS, Eric; FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Do Government Audits Reduce Corruption?, *Journal of Political Economy*, v. 126, n. 5, p. 1912-1964, 2018; POWER, Timothy Joseph; TAYLOR, Matthew MacLeod. *Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011.

<sup>28</sup> AVIS, Eric; FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico, Do Government Audits Reduce Corruption?, *Journal of Political Economy*, v. 126, n. 5, p. 1912-1964, 2018.

<sup>29</sup> ZAMBONI, Yves; LITSCHIG, Stephan. Audit risk and rent extraction: Evidence from a randomized evaluation in Brazil. *Universitat Pompeu Fabra*, 2013.

à possibilidade de punição nas urnas caso sejam flagrados em atos de corrupção, diminuindo, assim, suas práticas corruptas.

Na primeira etapa, é necessário saber como eleitores respondem à revelação de ilicitudes. Ferraz e Finan identificaram, em 2008, que, nos municípios em que as auditorias reportaram duas ou mais irregularidades, os prefeitos tiveram uma chance de reeleição reduzida em 17% se comparado aos prefeitos que não sofreram auditorias.<sup>30</sup> Por outro lado, aqueles que foram auditados e em relação aos quais não foram descobertas irregularidades tiveram um aumento de apoio nas urnas. Ambos os resultados são ampliados no caso de presença de rádio local. A conclusão deste estudo é de que os eleitores não somente se preocupam com corrupção, mas punem ou recompensam políticos de acordo com seu desempenho ético.<sup>31</sup>

A segunda etapa corresponde à reação dos agentes públicos diante desse cenário. Comparando o desempenho de prefeitos no primeiro e segundo mandatos, Ferraz e Finan, em estudo de 2011, buscaram entender os incentivos gerados pela possibilidade de reeleição.<sup>32</sup> O resultado refere-se ao fato de que prefeitos em segundo mandato – e que, portanto, não têm oportunidade de reeleição – participam 27% mais em atos de corrupção do que aqueles reelegíveis (em primeiro mandato). Esse resultado parece demonstrar que políticos tendem a diminuir suas práticas corruptas visando evitar a punição nas urnas.

Olhando as duas etapas em conjunto, as pesquisas sugerem que tanto os eleitores estão preocupados com atos de corrupção (primeira etapa)<sup>33</sup> quanto políticos reagem em decorrência da possibilidade de serem punidos ou recompensados nas urnas (segunda etapa).<sup>34</sup>

No cenário internacional, os resultados também parecem positivos quanto à utilização de programas de auditoria. Di Tella analisou o papel do aumento de salários e das auditorias como estratégias de combate à corrupção realizadas pelo governo de Buenos Aires.<sup>35</sup> Verificou que, nos primeiros meses após a implementação do programa, os preços pagos por produtos homogêneos para abastecer hospitais diminuíram quase 15% a partir do momento em que o governo começou a disseminar informações sobre preços. Nos meses seguintes, os valores subiram, mas, ainda assim, continuaram abaixo dos valores pagos antes da disseminação de informações.

Na Indonésia, os resultados parecem semelhantes. Em 2007, Olken testou, entre outras coisas, se a probabilidade de monitoramento pelo governo afeta a eficiência dos gastos para a realização de projetos de infraestrutura em vilas na Indonésia.<sup>36</sup> Descobriu que, com o aumento da probabilidade de auditoria sobre os gastos de 4% para 100%, houve uma redução de 8% dos gastos perdidos por ineficiência ou corrupção. Uma das justificativas encontradas para a redução não ter sido maior é que, mesmo com a probabilidade de 100% de ter seus gastos auditados, a probabilidade de ser punido é muito inferior a 100%. Não necessaria-

<sup>30</sup> FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Exposing corrupt politicians: the effects of Brazil's publicly released audits on electoral outcomes. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 123, n. 2, p. 703–745, 2008.

<sup>31</sup> Este não é um resultado pacífico na literatura. Para a apresentação de argumentos de que, mesmo que tenha a revelação de informações sobre corrupção de políticos, a população continuaria a votar neles novamente, ver CARSON, Lindsey D; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 62, p. 56–65, 2016. p. 61. Conferir também: DE FIGUEIREDO, Miguel FP; HIDALGO, F Daniel; KASAHARA, Yuri. When do voters punish corrupt politicians? Experimental evidence from Brazil, *Unpublished manuscript*. UC Berkeley, 2011; PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus André. Reelecting corrupt incumbents in exchange for public goods: Rouba mas faz in Brazil. *Latin American Research Review*, p. 88–115, 2015.

<sup>32</sup> FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments. *The American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

<sup>33</sup> FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments. *The American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

<sup>34</sup> FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments. *The American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

<sup>35</sup> DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. The role of wages and auditing during a crackdown on corruption in the city of Buenos Aires. *The Journal of Law and Economics*, v. 46, n. 1, p. 269–292, 2003.

<sup>36</sup> OLKEN, Benjamin A. Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia. *Journal of political Economy*, v. 115, n. 2, p. 200–249, 2007, p. 201.

mente serão descobertas todas as possíveis fraudes realizadas e, muitas vezes, as descobertas levam a provas, apenas, circunstanciais para a denúncia.

Por outro lado, pode ser que todos os resultados encontrados sejam, apenas, de curto prazo, de modo que os níveis de corrupção voltariam aos mesmos patamares no longo prazo. Para testar isso, foram analisadas auditorias não aleatórias em Porto Rico.<sup>37</sup> Descobriu-se que há uma redução de 67% da corrupção em curto prazo – quando os relatórios foram divulgados antes das eleições, permitindo que os eleitores punissem ou recompensassem os políticos –, mas os resultados se dissiparam no decorrer do tempo. Com isso, quando as auditorias são não aleatórias, os resultados são apenas de curto prazo.

De todos os experimentos analisados, duas conclusões parciais parecem possíveis. A primeira é que, caso os indivíduos tenham a possibilidade de punir ou recompensar políticos pela descoberta ou não de atos de corrupção, mecanismos de transparência como as auditorias são meios efetivos de controlar agentes corruptos. As auditorias, apesar de serem mecanismos de transparência *per se*, têm seus resultados muitas vezes amplificados por outros mecanismos de informação, como a presença de mídia local. Essas mídias servem para aumentar a *accountability* de políticos ou para informar políticos sobre a efetividade dos programas anticorrupção que ocorrem ao seu redor, gerando um *spillover effect*. A segunda conclusão é que o sucesso das auditorias depende de serem aleatórias e com probabilidades elevadas de identificar atos ilícitos, como ocorreu no Brasil durante o *Programa de Sorteios Públicos*, sob o risco de gerarem efeitos, apenas, de curto prazo como aqueles vivenciados em Porto Rico.

### 3.2 Acesso à Informação

Para além da realização de auditorias promovidas pelo governo, é possível aumentar o nível de transparência por meio da disponibilização de dados para a população. Espera-se que as pessoas tenham acesso tanto a informações sobre o próprio funcionamento das entidades como sobre a atuação dos agentes públicos envolvidos e, com isso, promovam maior fiscalização popular.

O exemplo mais significativo é o da Lei 12.527/11<sup>38</sup>, relativa à garantia ao acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.<sup>39</sup> A lei investe tanto na transparência passiva – dado que, em seu art. 3º, estabelece a obrigatoriedade de divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações e a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção – quanto na transparência ativa, que se dá por meio do pedido de acesso à informação, que pode ser apresentado por qualquer interessado, por qualquer meio legítimo, devendo, apenas, conter a identificação do requerente e a identificação da informação requerida. Para garantir a eficácia da transparência passiva, prevê sanções disciplinares aos responsáveis pela recusa injustificada de concessão de informações, bem como os recursos disponíveis à parte que tenha o seu pedido negado. Há, ainda, previsões para abertura de sindicâncias no caso de extravio de informações solicitadas, circunstância que é comum no caso de documentos que possam comprovar a existência de esquemas de corrupção.

Esta é uma lei que foca na diminuição do custo de obtenção de informações, dado que faz com que o ônus de coleta de informações seja atribuído com mais peso às entidades públicas. E, mais do que isso, a lei busca garantir que a precisão e a utilidade da informação sejam facilmente monitoradas e seu *enforcement*

<sup>37</sup> BOBONIS, Gustavo J; FUERTES, Luis Cámara R; SCHWABE, Rainer. Monitoring Corruptible Politicians. *The American Economic Review*, v. 106, n. 8, p. 2371–2405, 2016.

<sup>38</sup> Antes do advento da lei de acesso à informação, este direito estava previsto em algumas legislações esparsas sobre responsabilidade fiscal, proteção do meio ambiente etc. Para um histórico da discussão, tramitação e aprovação desta lei, v. PAES, Eneida Bastos. A construção da Lei de Acesso à Informação Pública no Brasil: desafios na implementação de seus princípios. *Revista do Serviço Público*, v. 62, n. 4, p. 407–423, 2014.

<sup>39</sup> A lei afeta praticamente todas as instituições públicas e mesmo instituições privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

tenha custos aceitáveis.<sup>40</sup>

Para além da edição de uma lei geral de acesso à informação, há leis esparsas que buscam aumentar o nível de transparência de atividades governamentais ou atividades que podem impactar a sociedade. Uma dessas leis é a Lei 8.666/93, que permite em diversos dos seus dispositivos o acesso do público aos documentos da licitação, o que inclui a garantia de que a licitação é um procedimento público, estando acessíveis a todos os atos de seus procedimentos. E, mais do que isso, garante aos cidadãos o acesso a quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.

Já a Lei de Responsabilidade Fiscal contribui para ampliar a transparência no manejo das contas e dos orçamentos públicos.<sup>41</sup> Determina, por exemplo, a transparência de planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias, das prestações de conta e do respectivo parecer prévio, entre outros documentos. Prevê-se, ainda, a participação popular e a realização de audiências públicas durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, bem como das leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

De modo geral, essas leis buscam aumentar os custos que agentes públicos teriam ao se envolver em atos de corrupção, podendo inibir sua ocorrência, dado que há mais informações disponíveis ao público que, possivelmente, poderão ser analisadas e gerarão a descoberta de ilícitos. Por exemplo, caso haja fraude em uma licitação, os atores terão um custo relativamente alto para tentar escondê-la em meio aos documentos que serão de acesso público. Para avaliar essa ideia de aumento de custos, uma série de estudos investiga possíveis correlações entre a presença de transparência e diminuição de corrupção. Resta saber se, de fato, há benefícios em investir nesses mecanismos de transparência, avaliando seus prós e contras.

Em estudo comparativo sobre a percepção de corrupção entre países em relação ao nível de divulgação de informações de parlamentares, percebeu-se que menos da metade dos países que têm a obrigatoriedade de disponibilização de dados o fazem para o público geral.<sup>42</sup> Normalmente essa informação é divulgada apenas para entidades específicas, como órgãos de monitoramento. Como é a disponibilização de dados para o público em geral que está associada à percepção de diminuição de corrupção, a maior parte dos países tem índices altos de desconfiança da população. Resultado similar é encontrado por outro estudo, ao comparar a disponibilização pública com aquela voltada para determinados órgãos de controle.<sup>43</sup> Por outro lado, análise realizada em 2012 por Samia Costa revelou que a presença de leis de acesso à informação não diminui a percepção de corrupção, inclusive gera o efeito contrário – de aumento da percepção – nos primeiros quatro anos de implementação.<sup>44</sup> Os resultados desses três estudos são normalmente criticados pela literatura por analisarem, apenas, a percepção sobre a corrupção, o que não necessariamente reflete os índices reais de corrupção em um país.<sup>45</sup>

Outros estudos, utilizando metodologias mais confiáveis, encontram correlações entre o aumento de transparência e diminuição de corrupção. Em experimento sobre o acesso a cartões de alimentação que dão acesso a serviços de assistência social à população mais pobre de moradores da favela de Nova Délhi,

<sup>40</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. New York: Oxford University Press, 2012.

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. “A lei de responsabilidade fiscal – notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 9, dez. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 08 jan. 2017.

<sup>42</sup> DJANKOV, Simeon *et al.* Disclosure by politicians. *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 2, n. 2, p. 179–209, 2010.

<sup>43</sup> GOKCEKUS, Omer; MUKHERJEE, Ranjana. Officials’ Asset Declaration Laws: Do They Prevent Corruption?, *Global Corruption Report*, 2006.

<sup>44</sup> COSTA, Samia. Do freedom of information laws decrease corruption?. *The Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 29, n. 6, p. 1317–1343, 2012.

<sup>45</sup> Sobre possíveis críticas a estes estudos, ver TAYLOR, Matthew M. Veto and voice in the courts: policy implications of institutional design in the Brazilian judiciary. *Comparative Politics*, p. 337–355, 2006; JOHNSØN, Jesper; TAXELL, Nils; ZAUM, Dominik. Mapping evidence gaps in anti-corruption: Assessing the state of the operationally relevant evidence on donors’ actions and approaches to reducing corruption, *U4 Issue*, v. 2012, n. 7, 2012; e nota de rodapé nº 4 de REINIKKA, Ritva; SVENSSON, Jakob. *The power of information: Evidence from a newspaper campaign to reduce capture*. US: World Bank Publications, 2004.

demonstrou-se que a adoção de Leis de Acesso à Informação são quase tão efetivas quanto subornos para ajudar os mais pobres a terem acesso a serviços públicos básicos.<sup>46</sup> Ou seja, informação pode ser utilizada como substituto à riqueza nos casos em que cidadãos pobres desejam obter serviços de um governo corrupto ou ineficiente.

Em outro experimento sobre a Índia, os pesquisadores deram informações aos eleitores sobre políticos e o resultado foi que o acesso à informação é utilizado pela população como um mecanismo para conseguir a eleição de candidatos mais responsáveis.<sup>47</sup> Outro resultado foi a diminuição da compra de votos em dinheiro pois, como a população tinha informações para votar em candidatos que efetivamente melhorariam suas condições de vida – já que tinham acesso a dados como de sua performance passada –, o valor do voto aumentou e, conseqüentemente, a quantidade de compra diminuiu.

Já em Uganda, o governo passou a disponibilizar informações sobre a distribuição de verbas centrais destinadas a escolas, de modo que os diretores das escolas destinatárias dos programas de financiamento tinham maior capacidade de monitoramento. A partir da divulgação e acesso público dessas informações, a quantidade de fundos desviados diminuiu drasticamente, revelando que o acesso público à informação é uma estratégia poderosa para diminuir captura local.<sup>48</sup>

Apesar dos resultados positivos encontrados nestes estudos, a confiança em mecanismos de transparência normalmente é sujeita a uma série de críticas. O primeiro problema – custo de verificação – é recorrente no Brasil, onde parte dos pedidos de acesso à informação são negados sem que haja justificativas legítimas.<sup>49</sup> Em recente avaliação da responsividade de órgãos públicos brasileiros, os dados agregados obtidos mostraram uma taxa de resposta de 55% e 24% de taxa de precisão, ou seja, muitos pedidos de acesso à informação são sequer respondidos e, quando respondidos, não o são de maneira satisfatória.<sup>50</sup> Além de cidadãos muitas das vezes sequer conseguirem enviar pedidos de informação – “porque muitos órgãos públicos não oferecem ferramentas adequadas para que os cidadãos enviem questionamentos”<sup>51</sup> –, os órgãos públicos não respondem ou enviam informações que não são adequadas para avaliar o correto funcionamento da administração pública. Normalmente, esse resultado é devido à ausência de sanção aos entes públicos que não cumprirem a Lei de Acesso à Informação, como “ainda mais se tratando de órgãos autônomos dentro do Poder Legislativo, que é o caso dos Tribunais de Contas”.<sup>52</sup>

O segundo problema é a necessidade de regular especificamente o que é uma informação de qualida-

<sup>46</sup> PEISAKHIN, Leonid; PINTO, Paul. Is transparency an effective anti-corruption strategy? Evidence from a field experiment in India, *Regulation & Governance*, v. 4, n. 3, p. 261–280, 2010.

<sup>47</sup> BANERJEE, Abhijit *et al.* Do informed voters make better choices? Experimental evidence from urban India. *Unpublished manuscript*, 2011.

<sup>48</sup> REINIKKA, Ritva; SVENSSON, Jakob. *The power of information: Evidence from a newspaper campaign to reduce capture*. US: World Bank Publications, 2004.

<sup>49</sup> Esse problema é tratado na literatura regulatória como um custo de verificação das informações: “[...] where information regulation is employed there is always a danger that the information will be inaccurate and unjustifiable claims made. Policing of the quality of information will, accordingly, be necessary. This increases the costs of information-based regulatory regimes”. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 120.

<sup>50</sup> OLIVEIRA, Marina Gandra Camargo de Barros; RODRIGUES, Karina Furtado. Transparência em contas públicas no âmbito local no Brasil. In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. p. 116–121.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Marina Gandra Camargo de Barros; RODRIGUES, Karina Furtado. Transparência em contas públicas no âmbito local no Brasil. In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. p. 116.

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Marina Gandra Camargo de Barros; RODRIGUES, Karina Furtado. Transparência em contas públicas no âmbito local no Brasil. In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). *Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017. p. 121.

de – que se assemelha muito aos problemas já discutidos sobre o estabelecimento de *standards* por meio de estratégias de comando e controle. Em alguns casos, não haverá um *standard* regulando a informação, de modo que a transparência poderá ser realizada de uma forma que não ajude a população a monitorar as atividades administrativas. Assim como ocorre em direito do consumidor, Baldwin exemplifica que “‘pode causar câncer’ é uma frase que revela pouco sobre a magnitude de quaisquer riscos de câncer que podem ser causados pela utilização de um determinado produto” – raciocínio este que pode ser aplicado também para casos de corrupção.

O terceiro está associado ao tratamento das informações.<sup>53</sup> Mesmo que todas as informações estejam disponíveis, provavelmente a maior parte não atingirá uma ampla audiência simplesmente porque é de interesse apenas de uma parte da população. Para além disso, o tratamento das informações é custoso e não necessariamente é possível concluir que houve algum ato de corrupção mesmo diante da análise de todos os dados, o que é agravado por vieses e heurísticas a que os seres humanos estão submetidos – por exemplo, diante de evidências favoráveis e contrárias a uma posição, seres humanos tendem a dar mais valor àquelas informações que sustentam suas opiniões pré-concebidas, por meio de viés conhecido como viés de confirmação.<sup>54</sup>

O quarto obstáculo é a capacidade de a população acessar e processar as informações. Mesmo que os custos de coleta de informações sejam baixos, a capacidade de analisar o conteúdo é essencial para que sejam tomadas medidas. A habilidade de compreensão dessas informações somente será realizada, portanto, dependendo do nível de educação da população de determinado local. Nas palavras de Lindstedt e Naurin, “quanto maior o nível de educação, pode-se assumir, maior será a capacidade das pessoas tanto para acessar quanto para processar informações da mídia e de dados públicos e, conseqüentemente, maiores as chances para a publicidade [ser bem-sucedida]”.

Quinto, a mídia é o melhor mecanismo de mediação, simplificando as informações e entregando-as ao público. No entanto, pode ser que a própria mídia seja corrupta ou não se sinta confortável para divulgar as informações necessárias para o monitoramento pela população.<sup>55</sup> Uma das formas de evitar vieses causados pela mídia é a dispersão desse papel com a população, como vem ocorrendo com a automatização de detecção de ilegalidades em notas fiscais apresentadas por políticos.<sup>56</sup>

A existência desses cinco obstáculos faz com que sejam necessárias algumas qualificações para que transparência seja eficiente no combate à corrupção. A simples transparência não é suficiente para a redução da corrupção, é necessária a habilidade de processar a informação e a criação de incentivos corretos para agir de acordo com a informação processada.<sup>57</sup> Ou, de outra forma, o acesso à informação não garante que sejam entendidas pelo público destinatário para que exerçam o monitoramento da administração pública; deve haver a capacidade de compreensão da informação e meios de punição (*accountability*) de atores que desviem do comportamento adequado.

Garantir a liberdade de imprensa é um primeiro passo para a efetividade da transparência. Há uma série de estudos que a associam existência de uma mídia livre a uma diminuição nos níveis de corrupção a uma diminuição da corrupção. Há estudo que afirma que, se a Nigéria aumentasse seus níveis de liberdade de imprensa para os níveis da Noruega, a consequência seria a redução dos níveis de corrupção nigerianos aos níveis dos países do Leste Europeu.<sup>58</sup> Contudo, esta é uma afirmação controversa, cujo contra-argumento

<sup>53</sup> LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption. *International Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 301–322, 2010, p. 304.

<sup>54</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Macmillan, 2011. cap. 25.

<sup>55</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Macmillan, 2011. cap. 25.

<sup>56</sup> Cf. iniciativa conhecida como Rosie da Serenata, disponível em: [https://motherboard.vice.com/pt\\_br/article/robos-contra-a-corrupcao](https://motherboard.vice.com/pt_br/article/robos-contra-a-corrupcao) <https://twitter.com/RosieDaSerenata>. Acesso em 27 de setembro de 2018.

<sup>57</sup> KOLSTAD, Ivar; WIIG, Arne. Is transparency the key to reducing corruption in resource-rich countries? *World development*, v. 37, n. 3, p. 521–532, 2009.

<sup>58</sup> BRUNETTI, Aymo; WEDER, Beatrice. A free press is bad news for corruption. *Journal of Public Economics*, v. 87, n. 7, p. 1801–



refere-se ao fato de que se devem incluir, também, níveis educacionais e eleições livres e justas.<sup>59</sup>

Outra forma, indireta, de aumentar o contato popular com as informações decorrentes da transparência é por meio de tecnologias da informação e comunicação (ITCs) – normalmente mídias sociais e do chamado *e-government*. Agências federais norte-americanas, por exemplo, têm utilizado mídias sociais, *blogs*, sites e outras mídias para disseminar informação e se comunicar com o público. Já as Filipinas e o Chile desenvolveram sistemas de licitação eletrônica (*e-procurement*), permitindo ao público realizar o monitoramento ativo das licitações e processos de contratação governamentais.<sup>60</sup> Há evidências de que essa estratégia efetivamente diminui níveis de corrupção.<sup>61</sup>

Apesar de o investimento em transparência parecer bastante promissor, alguns estudos a correlacionam a efeitos negativos, incluindo o próprio aumento da corrupção em determinados contextos. Um primeiro estudo, realizado por Mehmet Bac em 2001, argumenta que o aumento da transparência não necessariamente resulta em menores níveis de corrupção.<sup>62</sup> Maior transparência significa que condutas ilícitas serão mais facilmente identificadas, mas também aumentará a quantidade de informações sobre os funcionários com os quais corruptores devem se conectar para efetuar acordos ilícitos. Em algumas situações pontuais, os efeitos negativos de identificação de oficiais corruptos podem ser maiores do que o efeito de desencorajamento de agentes públicos. Entretanto, nos casos em que houver aumentos consideráveis de transparência, o efeito de detecção superará o efeito de facilitação de conexões (pela identificação de tomadores de decisão “chave”).

Já outro estudo, realizado por Andrea Prat em 2003, analisa a proposição de que, em certas circunstâncias, revelar informações sobre o agente faz com que seus interesses se tornem menos alinhados aos do principal.<sup>63</sup> Em seu modelo, a transparência sobre as ações tomadas por agentes públicos pode gerar efeitos negativos, ao passo que aquela sobre as consequências das ações pode ser benéfica. Isso ocorre porque o agente público pode ter informações privadas que podem fazer com que o público veja aquela ação como negativa. Com isso, não se utilizará dessas informações que poderiam ser boas para o interesse público com medo de sofrer possíveis retaliações do público que não sabe da existência dessas informações privadas.

Por fim, há estudo que argumenta que a cobertura da mídia pode, em contextos específicos, diminuir a qualidade de políticos, já que *bons políticos* não aceitariam se submeter ao escrutínio público dos candidatos promovido pela imprensa.<sup>64</sup> Esse efeito pode ser prejudicial quando não compensado pelos benefícios associados à maior transparência (*screening effect*).

## 4 Incentivos

As estratégias regulatórias baseadas em incentivos buscam conformar a atuação dos agentes – públicos e regulados – por meio de benefícios ou constrangimentos atrelados a cada padrão de conduta. No modelo de *principal-agente*, busca-se modificar a análise custo-benefício do *agente* para que suas condutas e interesses se alinhem aos do *principal* (sociedade).

---

1824, 2003.

<sup>59</sup> Essa é a afirmação de Lindstedt e Naurin, ao falarem que se acrescentasse à equação níveis educacionais e eleições livres e justas, o resultado seria diferente (LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption. *International Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 301–322, 2010).

<sup>60</sup> CARLO BERTOT, John; JAEGER, Paul T; GRIMES, Justin M. Promoting transparency and accountability through ICTs, social media, and collaborative e-government. *Transforming Government: People, Process and Policy*, v. 6, n. 1, p. 78–91, 2012.

<sup>61</sup> ANDERSEN, Thomas Barnebeck. E-Government as an anti-corruption strategy. *Information Economics and Policy*, v. 21, n. 3, p. 201–210, 2009.

<sup>62</sup> BAC, Mehmet. Corruption, connections and transparency: Does a better screen imply a better scene? *Public Choice*, v. 107, n. 1–2, p. 87–96, 2001.

<sup>63</sup> PRAT, Andrea. *The wrong kind of transparency*. 2003.

<sup>64</sup> SUTTER, Daniel. Media scrutiny and the quality of public officials. *Public Choice*, v. 129, n. 1–2, p. 25–40, 2006.

A dificuldade em implementar esse tipo de estratégia está na análise de cada comportamento específico adotado pelos agentes em todos os contextos. Isso faz com que alguns estudos não encontrem correlação entre o incentivo proposto e a diminuição da corrupção e outros, alternando alguns fatores específicos, encontrem fortes correlações. Por exemplo, ao estudar impactos da leniência, Spagnolo (2004) critica estudos anteriores por adotarem modelos que se distanciam da realidade.<sup>65</sup> Este é o caso de Apesteguiá, Dufwenberg e Selten (2007), ao utilizarem um modelo no qual os atores não podem aprender enquanto jogam repetidamente, ou seja, as situações são apresentadas como um *jogo de uma só rodada*.<sup>66</sup>

Alguns dos possíveis incentivos parecem ser bem estudados pela literatura estrangeira. Com pequenas modificações, poderiam ser implementados na administração pública brasileira. Analisaremos mais profundamente duas estratégias: aumento de salários e acordos de leniência/delação premiada.

#### 4.1 Aumento de salários

É intuitivo pensar no aumento do salário de funcionários públicos como um mecanismo de diminuição dos níveis de corrupção na administração pública, já que modificaria a análise custo-benefício de participar de atos de corrupção. Becker e Stigler foram os primeiros a mostrar que altos salários, associados ao monitoramento, poderiam ser utilizados para combater atos ilícitos em um cenário em que o Estado não é capaz de fiscalizar de modo perfeito a atuação dos agentes públicos.<sup>67</sup> Nesse caso, o aumento salarial deve ser “em quantidade que seja inversamente proporcional à probabilidade de detecção e diretamente proporcional ao tamanho dos subornos e de outros benefícios obtidos por práticas ilícitas”. O mecanismo de incentivos por trás dessa proposta é de que a diferença nos salários impõe “um custo de demissão igual ao valor presente da diferença entre o fluxo de ganhos futuros no caso de cumprimento das leis e em outros empregos. Esse custo pode mais do que compensar o ganho com a infração”.

Contudo, alguns estudos posteriores tentaram encontrar relações entre aumento de salários e variação nos níveis de corrupção, sem encontrar correlações significativas.<sup>68</sup> Esses estudos são criticados por utilizarem dados agregados e dados obtidos por meio de questionários, por não considerarem que uma série de fatores podem levar ao resultado encontrado – por exemplo, Becker e Stigler adicionam requisitos mínimos de auditorias ou monitoramento para que haja diminuição de corrupção<sup>69</sup> – e por não considerarem a direção da relação de causalidade.<sup>70</sup>

Com isso, outros estudos tentaram medir a eficácia da estratégia de aumento de salários sem incorrer nos mesmos erros que os anteriores. A intuição a ser testada se baseia em, ao menos, três mecanismos de incentivos morais ou econômicos.<sup>71</sup>

O primeiro mecanismo é de que funcionários valorizam seus salários proporcionalmente ao seu rendimento. Quanto maior o ganho decorrente da remuneração lícita, maior será a perda em caso de demissão

<sup>65</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: Optimal leniency programs *CEPR Discussion paper n. 4840*, p. 8–9, 2004.

<sup>66</sup> APESTEGUIA, Jose; DUFWENBERG, Martin; SELTEN, Reinhard. Blowing the whistle. *Economic Theory*, v. 31, n. 1, p. 143–166, 2007.

<sup>67</sup> BECKER, Gary S; STIGLER, George J. Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 1–18, 1974.

<sup>68</sup> RAUCH, James E; EVANS, Peter B. Bureaucratic structure and bureaucratic performance in less developed countries. *Journal of public economics*, v. 75, n. 1, p. 49–71, 2000; TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of public economics*, v. 76, n. 3, p. 399–457, 2000.

<sup>69</sup> BECKER, Gary S; STIGLER, George J. Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 1–18, 1974.

<sup>70</sup> DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. The role of wages and auditing during a crackdown on corruption in the city of Buenos Aires. *The Journal of Law and Economics*, v. 46, n. 1, p. 269–292, 2003. p. 270–271; SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005. p. 32–33.

<sup>71</sup> ABBINK, Klaus. Fair salaries and the moral costs of corruption. *Bonn Econ Discussion Papers*, 2000.

ou exoneração.<sup>72</sup> Sob o ponto de vista de psicologia comportamental, esse argumento pode ser interpretado também como um viés de aversão à perda.<sup>73</sup> Dito de outra forma, talvez os agentes não estejam dispostos a arriscar perder seus salários (i.e., serem demitidos) por uma expectativa de obter algumas vantagens econômicas no curto prazo.

Segundo, baixos salários podem fazer com que a qualidade dos gestores públicos diminua. Apenas aqueles menos qualificados ou desonestos aceitariam essa remuneração, tendo em vista não serem suficientemente qualificados para a iniciativa privada ou esperarem receber valores além da remuneração lícita.<sup>74</sup> Ul Haque e Sahay demonstram que o aumento de salários pode ser útil para atrair pessoas qualificadas para atuar no setor público, de modo a ajudar a transformar as instituições públicas rudimentares de países em desenvolvimento em instituições que se assemelhem àquelas de mercado. Para isso, os autores modelam o problema em torno da premissa de que a evasão fiscal de agentes particulares ocorrerá se os sistemas de monitoramento forem fracos e se as penalidades foram baixas – isto é, quando os arranjos institucionais forem fracos. Assim, os autores demonstram que aumentar os salários dos auditores fiscais diminui a evasão fiscal desde que este aumento de salário seja acompanhado por outras medidas de monitoramento e adequação das penalidades.<sup>75</sup>

O terceiro trata sobre os custos morais da corrupção. Em situações nas quais os agentes públicos recebem salários baixos, é moralmente menos repreensível que aceitem subornos.<sup>76</sup> Essa hipótese foi testada por Abbink em um experimento no qual indivíduos representando empresas tinham a opção de subornar agentes públicos e de escolher o valor do suborno, em troca de algum favorecimento monetário.<sup>77</sup> Na rodada seguinte, o funcionário público poderia escolher se aceitava ou não o suborno (e o valor oferecido). Alternando, apenas, o salário relativo entre a empresa e o agente público, o autor não encontra nenhuma variação significativa que comprove que “altos salários de funcionários públicos levem a menos corrupção por considerações de justiça”.<sup>78</sup> Por outro lado, Barr, Lindelow e Serneels compreenderam que a corrupção na forma de apropriação de recursos públicos é menos provável de ocorrer nos casos em que os gestores públicos tiverem maiores salários – mas, assim como descoberto por Van Rijckeghem e Weder,<sup>79</sup> o efeito é pequeno, uma vez que é necessário um aumento muito grande do salário para gerar alterações no nível de expropriação de recursos.<sup>80</sup>

Apesar de os resultados apresentados pela literatura não provarem integralmente existência dos três incentivos morais ou econômicos supracitados para aceitar subornos, a tese central de que o aumento de salários pode reduzir corrupção – desde que presentes algumas especificações – foi suficientemente demonstrada. A partir desta constatação, é possível pensar em possíveis estratégias para diminuir o nível de corrupção na relação entre agentes públicos e particulares. Escolher a melhor estratégia significa estabelecer um equilíbrio em que se busque dispender o menor valor possível que gere a diminuição pretendida nos ní-

<sup>72</sup> BESLEY, Timothy; MCLAREN, John. Taxes and bribery: the role of wage incentives. *The economic journal*, v. 103, n. 416, p. 119–141, 1993; VAN RIJCKEGHEM, Caroline; WEDER, Beatrice. Bureaucratic corruption and the rate of temptation: do wages in the civil service affect corruption, and by how much? *Journal of development economics*, v. 65, n. 2, p. 307–331, 2001.

<sup>73</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and uncertainty*, v. 5, n. 4, p. 297–323, 1992.

<sup>74</sup> BESLEY, Timothy; MCLAREN, John. Taxes and bribery: the role of wage incentives. *The economic journal*, v. 103, n. 416, p. 119–141, 1993; KLITGAARD, Robert. Incentive myopia. *World Development*, v. 17, n. 4, p. 447–459, 1989; HAQUE, Nadeem Ul; SAHAY, Ratna. Do government wage cuts close budget deficits? Costs of corruption. *Staff Papers*, v. 43, n. 4, p. 754–778, 1996.

<sup>75</sup> HAQUE, Nadeem Ul; SAHAY, Ratna. Do government wage cuts close budget deficits? Costs of corruption. *Staff Papers*, v. 43, n. 4, p. 754–778, 1996.

<sup>76</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. The economics of corruption. *Journal of public economics*, v. 4, n. 2, p. 187–203, 1975.

<sup>77</sup> ABBINK, Klaus. Fair salaries and the moral costs of corruption. *Bonn Econ Discussion Papers*, 2000.

<sup>78</sup> Tradução livre. No original: “high salaries of public officials lead to less corruption through fairness considerations” (ABBINK, Klaus. Fair salaries and the moral costs of corruption. *Bonn Econ Discussion Papers*, 2000, p. 4).

<sup>79</sup> VAN RIJCKEGHEM, Caroline; WEDER, Beatrice. Bureaucratic corruption and the rate of temptation: do wages in the civil service affect corruption, and by how much? *Journal of development economics*, v. 65, n. 2, p. 307–331, 2001.

<sup>80</sup> BARR, Abigail; LINDELOW, Magnus; SERNEELS, Pieter M. To serve the community or oneself: the public servant’s dilemma. *World Bank Policy Research working paper* n. WPS 3187, 2004.

veis de corrupção. O pressuposto é de que nem sempre a destinação maior de recursos para um setor gerará, necessariamente, uma melhora na prestação do serviço.

A literatura parece convergir para o fato de que, dados alguns requisitos institucionais, o aumento de salários é uma estratégia regulatória capaz de gerar incentivos para a diminuição da corrupção. Svensson<sup>81</sup> não recomenda sua utilização para países pobres em desenvolvimento porque provavelmente faltaria um terceiro responsável por garantir o seu cumprimento (*third-party enforcement*) assumido por Becker e Stigler<sup>82</sup> ou faltaria o monitoramento pressuposto por Besley e McLaren.<sup>83</sup>

Essa estratégia, mesmo que seja considerada adequada para o caso brasileiro, tem de considerar o custo-benefício incorrido. Apesar das críticas sofridas, Van Rijckeghem e Weder demonstram que a estratégia de aumento de salários gera efeitos pequenos. Com um aumento de 200% nos salários, os autores preveem uma diminuição de apenas 30% dos valores expropriados.<sup>84</sup>

## 4.2 WhistleBlowing e Acordos de leniência

Outra estratégia regulatória baseada em incentivos é o desenho de acordos de leniência de modo a maximizar o surgimento de *whistleblowers*.<sup>85</sup> Na perspectiva de *principal-agente*, o objetivo do regulador consiste em criar um ambiente no qual os incentivos das partes – agente público e empresa, empresas cartelizadas etc. – sejam opostos.<sup>86</sup> Busca-se que se aproximem ao máximo de uma situação de jogo conhecida como Dilema dos Prisioneiros. Essa estratégia regulatória é adequada para as situações nas quais há organizações com múltiplos agentes realizando práticas ilícitas, tais como corrupção, *auditor-manager collusion* (colusão entre auditor e administrador) e crimes corporativos em geral.<sup>87</sup> É também uma estratégia regulatória considerada *second-best*, uma vez que, se as autoridades concorrenciais tivessem recursos suficientes para impedir a prática de condutas anticompetitivas, não haveria a necessidade de introduzir programas de leniência.<sup>88</sup>

A leniência é uma estratégia adotada no âmbito da autoridade concorrenciais – no Brasil, pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) – como mecanismo de reduzir ou isentar de pena um agente participante de condutas anticompetitivas (e.g., formação de cartel) que resolva cooperar com a autoridade e denunciar os outros participantes. Assim, a leniência se diferencia de colaborações premiadas pelo fato de ser uma estratégia *ex ante*, geral e pública. O agente corrupto é incentivado a denunciar os integrantes do acordo antes mesmo de ter sido detectado, sendo encorajado a se auto incriminar. Aplica-se a quaisquer pessoas que estejam enquadradas dentre as possibilidades legais. E, por fim, trata-se uma política codificada, automática e com campanhas de publicidade.<sup>89</sup>

A literatura sobre acordos de leniência no combate à cartelização enfatiza a necessidade da generalidade e da

<sup>81</sup> SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005. p. 33.

<sup>82</sup> BECKER, Gary S; STIGLER, George J. Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 1–18, 1974.

<sup>83</sup> BESLEY, Timothy; MCLAREN, John. Taxes and bribery: the role of wage incentives. *The economic journal*, v. 103, n. 416, p. 119–141, 1993; DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. The role of wages and auditing during a crackdown on corruption in the city of Buenos Aires. *The Journal of Law and Economics*, v. 46, n. 1, p. 269–292, 2003.

<sup>84</sup> VAN RIJCKEGHEM, Caroline; WEDER, Beatrice. Bureaucratic corruption and the rate of temptation: do wages in the civil service affect corruption, and by how much? *Journal of development economics*, v. 65, n. 2, p. 307–331, 2001.

<sup>85</sup> Uma definição precisa para whistle blowing é um “act of disclosing information in the public interest” SCHIKORA, Jan Theodor. *Bringing good and bad whistle-blowers to the lab*. University of Munich: Munich discussion paper, 2011.

<sup>86</sup> BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. *Journal of Public Economics*, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006. p. 1282.

<sup>87</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (org.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 2006. p. 262.

<sup>88</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (org.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 2006. p. 272.

<sup>89</sup> Sobre a importância de a leniência promover *ex ante deterrence*, ver SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (org.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 2006. p. 264–265.

publicidade para que o instituto seja efetivo, já que promovem uma institucionalização e previsibilidade. Agentes somente se submeterão ao programa de leniência caso tenham certeza de quais serão as consequências.<sup>90</sup>

A leniência também se diferencia do modelo tradicional de *symmetric whistleblowing*. Tanto a empresa quanto o agente público podem denunciar (*blow the whistle*) em qualquer estágio do jogo, ou seja, após a tentativa de demandar suborno ou após a decisão do burocrata de reciprocitar ou não. As consequências são iguais ou parecidas para ambos independentemente de quem tenha denunciado.

O *symmetric whistleblowing* pode gerar uma série de efeitos negativos para a sociedade. Acordos ilícitos (como cartéis, por exemplo) não podem ser levados às cortes para garantir seu cumprimento. Como a relação de suborno envolve um agente privado oferecendo dinheiro para o agente público em troca de determinadas vantagens, a relação pode ser dividida em duas fases. Na primeira, o agente público aceita ou não o suborno e, na segunda, decide se irá ou não realizar sua parte no acordo ilícito. Ocorre que a possibilidade de denunciar (*blow the whistle*) pode fazer com que o empresário possa forçar o administrador a realizar a segunda fase, sob a ameaça de que, caso não cumpra, o acordo será revelado.<sup>91</sup> Ou seja, existência de programas de leniência é capaz de, paradoxalmente, gerar a estabilização de acordos ilícitos, uma vez que a possibilidade de uma das partes denunciarem para obter redução nas sanções pode ser utilizada como uma ameaça crível para garantir o cumprimento de acordos que, de outro modo, não seriam cumpridos por se tratarem de acordos do tipo *one-shot*. Com isso, cria-se a oportunidade de as partes engajadas em acordos corruptos punirem padrões desviantes da prática corrupta, gerando a estabilização dos acordos ilícitos.<sup>92</sup>

Para enfrentar essa externalidade negativa de estabilização de acordos, há no mínimo três opções estudadas pela literatura internacional: (i) o programa de leniência não pode reduzir as sanções para as partes abaixo da sanção total esperada; (ii) oferecer recompensas para ao menos um dos agentes envolvidos acima do ganho esperado com a transação ilegal; (iii) a chamada leniência assimétrica.

A primeira alternativa – não poder reduzir as sanções para as partes abaixo da sanção total esperada – faz com que nem o agente privado nem o agente público possam fazer ameaças críveis de denunciar a transação ilegal caso a outra parte não cumpra o acordo. Nesta hipótese, realizar o acordo não reduziria suas penalidades para valores abaixo do que obteriam em caso de não haver o acordo, o que torna a celebração de acordos uma ameaça não crível. Contudo, essa tentativa de evitar a externalidade negativa acaba com a própria possibilidade de se firmar acordos de leniência, uma vez que o agente não teria incentivos para denunciar atos ilícitos cometidos por outros se ele não obtivesse redução de penalidade. A consequência dessa condição é a redução da atratividade da leniência para agentes envolvidos em relações ilícitas de longo prazo.<sup>93</sup>

A segunda faz com que não apenas haja uma diminuição na externalidade negativa apresentada como também aumente a atratividade do acordo de leniência.<sup>94</sup> Spagnolo argumenta que o modelo ideal é aquele

<sup>90</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (org.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 2006. p. 262. Uma das possibilidades é o oferecimento de *bônus*, sendo normalmente o modelo idealmente mais eficaz no combate à corrupção. Esse modelo é analisado por AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William. *The impact of leniency programs on cartels*. University of Toulouse, 2003; APESTEGUIA, Jose; DUFWENBERG, Martin; SELTEN, Reinhard. *Blowing the whistle*. *Economic Theory*, v. 31, n. 1, p. 143–166, 2007; SPAGNOLO, Giancarlo. Optimal leniency programs. *FEEM Working Paper* n. 42, 2000.

<sup>91</sup> BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. *Journal of Public Economics*, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006. p. 1283. Apesar de esta ser uma possibilidade plausível levantada por uma série de autores, Jan Schikora critica esses resultados por desconsiderarem as duas externalidades negativas da corrupção: (i) direta, com a apropriação de recursos e (ii) indireta, com algumas entidades privadas deixando de entrar em determinados mercados nos quais há a possibilidade de serem solicitados subornos por agentes públicos (SCHIKORA, Jan Theodor. *Bringing good and bad whistle-blowers to the lab*. University of Munich: Munich discussion paper, 2011).

<sup>92</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (org.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 2006. p. 275.

<sup>93</sup> BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. *Journal of Public Economics*, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006. p. 1292.

<sup>94</sup> BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. *Journal of Public Economics*, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006. p. 1292.

segundo o qual o regulador oferece ao denunciante a soma de todas as penalidades aplicadas àqueles que foram condenados em decorrência de sua denúncia.<sup>95</sup> Com isso, o Estado não precisaria investir na busca de informações porque os participantes de atos ilícitos teriam incentivos desalinhados, de modo que inviavelmente alguém denunciaria.

No entanto, esse modelo não é ética e socialmente aceito pela sociedade por envolver remuneração de agentes que cometem atos ilícitos. Apesar disso, há experiências bem-sucedidas de seu funcionamento. Para casos concorrenciais, o programa de Leniência Plus (*Amnesty Plus*) nos Estados Unidos é considerado um exemplo de sucesso pelo Departamento de Justiça norte americano, juntamente ao *US False Claim Act*, que permite a indivíduos denunciarem empresas que tenham cometido fraudes contra o governo federal. No caso da Coreia, por exemplo, há um programa de remuneração para denunciantes, mas a remuneração dada é ainda muito baixa de modo a compensar as consequências reputacionais de delatar.<sup>96</sup>

Caso o oferecimento de remuneração não seja aceito socialmente, o segundo melhor modelo leva em consideração restrições sobre as penas ou recompensas. Em ambos os casos, a regulação ótima envolve juntar recompensas com investigação ativa.<sup>97</sup> Ou seja, sua eficácia depende das capacidades de investigação presentes em cada contexto, atuando como mecanismo complementar.

A terceira possível opção é a leniência assimétrica (*asymmetric leniency*), que diferencia as recompensas dadas a cada um dos atores de modo que não possa ser usado como um seguro garantidor de retribuição do agente público.<sup>98</sup> No modelo específico descrito por Schikora, as sanções devem ser altas por oferecer subornos e por realizar a contraprestação (*i.e.*, modificar os resultados de uma licitação) e relativamente baixas pelos atos de aceitar o suborno e aceitar o tratamento favorável.<sup>99</sup>

Com a introdução da assimetria de penas, o efeito de estabilização da corrupção é, ao menos parcialmente, mitigado porque oferece ao oficial a oportunidade de descumprir o acordo (segunda fase) e, ao mesmo tempo, se beneficiar do suborno e se proteger contra possíveis retaliações do cliente.<sup>100</sup> Dito de outra forma, com o modelo de leniência assimétrica, é possível que o funcionário público não realize a contraprestação no acordo sem incorrer no risco de ser penalizado pelo cliente por meio da denúncia.

Apesar da proposta de solução para a externalidade negativa de estabilização de acordos ilícitos, outro problema enfrentado quando estamos lidando com incentivos é o fato de os resultados dependerem das especificidades de determinados setores e de determinados agentes. Por exemplo, Hamaguch, Kawagoe e Shibata argumentam que uma série de fatores influenciam a eficácia dos programas de leniência para cartéis, dentre eles a quantidade de participantes do conluio e o grau de recompensas aos denunciantes.<sup>101</sup>

## 5 Instituições

<sup>95</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: Optimal leniency programs *CEPR Discussion paper n. 4840*, 2004.

<sup>96</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (org). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 2006. p. 290–292.

<sup>97</sup> SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: Optimal leniency programs *CEPR Discussion paper*, n. 4840, p. 20, 2004.

<sup>98</sup> SCHIKORA, Jan Theodor. *Bringing good and bad whistle-blowers to the lab*; LAMBSDORFF, Johann; NELL, Mathias, Fighting corruption with asymmetric penalties and leniency, *CEGE Discussion Papers*, 2007; BUCCIROSSI, BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. *Journal of Public Economics*, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006; LAMBSDORFF, Johann. The Organization of Anticorruption: Getting Incentives Right. In: CORRUPTION, global security, and world order. Baltimore: Brookings Institution Press, 2009, p. 389–415.

<sup>99</sup> SCHIKORA, Jan Theodor. *Bringing good and bad whistle-blowers to the lab*. University of Munich: Munich discussion paper, 2011. p. 4.

<sup>100</sup> SCHIKORA, Jan Theodor. *Bringing good and bad whistle-blowers to the lab*. University of Munich: Munich discussion paper, 2011. p. 30.

<sup>101</sup> HAMAGUCHI, Yasuyo; KAWAGOE, Toshiji; SHIBATA, Aiko. Group size effects on cartel formation and the enforcement power of leniency programs. *International Journal of Industrial Organization*, v. 27, n. 2, p. 145–165, 2009.

Outra estratégia regulatória disponível é aquela voltada ao desenho de instituições, seja para a criação de novas entidades, modificações de competências, ou estabelecimento de relações entre agências já existentes. Ao contrário do que ocorre com as estratégias regulatórias baseadas em incentivos, o regulador deve estabelecer o funcionamento de instituições que sejam eficazes independentemente dos agentes que ocuparão seus cargos.

Imaginemos um regulador que esteja preocupado com subornos no poder judiciário. Pensando em termos de instituições, poderia confiar que o sistema de recursos para órgãos colegiados é capaz de diminuir possíveis subornos em primeira instância. Ou seja, mesmo que um juiz de primeiro grau seja corrompido, haverá a possibilidade de novo julgamento por um colegiado, cuja possibilidade de suborno é possivelmente menor. Nesse caso, não se está pensando em *quem* toma as decisões, mas sim em um *ambiente* no qual as decisões são tomadas, modificando aspectos para que haja diminuição de corrupção.

Naturalmente, as instituições sozinhas não são capazes de eliminar a corrupção. No entanto, aliadas a outras estratégias, podem gerar efeitos bastante importantes no combate à corrupção.

### 5.1 Anti-corruption Agencies (ACAs)

A estratégia baseada em instituições mais evidente para o combate à corrupção é a criação de uma agência voltada especificamente para este fim. Apesar de parecer uma resposta quase intuitiva, pequenas variações em seu desenho podem afetar, drasticamente, sua efetividade.

O Judiciário é normalmente um dos atores principais no julgamento de casos de corrupção, de modo que sua independência – *interna* e *externa* – parece ser condição necessária para evitar ingerências indevidas sobre o processo. No entanto, Ríos-Figueroa argumenta que um nível intermediário de independência judicial seria ótimo para o controle de corrupção, já que evitaria controladores não controlados (*unchecked checkers*) e minimizaria os incentivos para funcionários públicos usarem dinheiro público para ganhos particulares.<sup>102</sup> O nível de corrupção dentro do Judiciário é diretamente proporcional à independência interna, isto é, “mais independência interna está positivamente relacionada à corrupção, porque muitos tribunais inferiores descentralizados, mal monitorados e irrestritos podem aumentar os incentivos para os juízes inferiores aceitarem subornos”.

Assim como a independência do Judiciário pode não ter os efeitos intuitivamente esperados, o desenho de uma instituição de combate à corrupção também enfrenta uma série de questionamentos. Quais são os requisitos mínimos para que consigam funcionar? A qual dos poderes deve estar ligada? Quais são os atores que devem integrar este órgão e quais suas funções? Como deve ocorrer o processo de nomeação do agente designado para o monitoramento? Algumas experiências podem ajudar a pensar em um modelo adequado para a realidade brasileira.

O caso de Hong Kong é considerado de sucesso, tendo reduzido, drasticamente, os níveis de corrupção. O mais importante fator foi a criação de uma *statutory agency* chamada “Comissão Independente Contra a Corrupção” (*Independent Commission Against Corruption – ICAC*). Seu desenho envolveu quatro características essenciais.<sup>103</sup> Logo em sua criação, foi garantida independência à agência, sendo obrigada a reportar-se apenas ao chefe do executivo, evitando interferência indevidas. Em segundo lugar, estabeleceu uma estratégia de longo prazo composta por três pontos: (i) um sistema legal abrangente e efetivo, (ii) aplicação da lei, combinado com prevenção e educação e (iii) criação de mecanismo de freios e contrapesos para evitar abusos de poder. Terceiro, alocação de fundos e pessoas qualificadas, tendo uma das maiores destinações de recursos para o combate à corrupção (\$15 per capita). Quarto, a criação de programas para proativamente comunicar à população uma cultura de

<sup>102</sup> RÍOS-FÍGUEROA, Julio. Justice system institutions and corruption control: evidence from Latin America. *Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195–214, 2012. p. 200.

<sup>103</sup> HUI, Wingchi. Combating Corruption: The Hong Kong Experience (October 31, 2013). *Tsinghua China Law Review*, v. 6, p. 250–256, 2013.

probidade e de integridade, garantindo a cooperação e confiança da população no combate à corrupção.

A experiência de Hong Kong, por se basear em estratégias de longo prazo e de mudança estrutural, gerou um enorme custo tanto monetário quanto político para que fosse bem-sucedida.<sup>104</sup> Uma série de países tentaram implementar esse modelo de agências, mas sem sucesso. Normalmente, os obstáculos em países em desenvolvimento são, segundo Johnson, Taxel e Zaum:<sup>105</sup> falta de independência contra possíveis capturas políticas,<sup>106</sup> falta de vontade política, ausência de suporte financeiro<sup>107</sup> e mandatos fracos (*weak mandates*).<sup>108</sup>

A Comissão Independente da Agência Contra a Corrupção (*Independent Anti-Corruption Agency Commission*) em Bangladesh, teoricamente, era uma agência com amplos poderes, incluindo o direito de investigar qualquer agente público que sofresse alegações de praticar atos de corrupção. Na prática, por outro lado, teve seu trabalho seriamente comprometido, já que a legislação não permitia o acesso a registros bancários e financeiros nem seu acesso a transações internacionais, impedindo a investigação de empresas multinacionais. Isso além de seu orçamento e administração serem controlados pelo governo nacional, o que foi agravado ao longo do tempo com a necessidade de autorização do Executivo para que a agência tomasse medidas contra funcionários públicos.<sup>109</sup> Os mesmos problemas foram encontrados pelas agências criadas no Quênia<sup>110</sup> e Coreia do Sul.<sup>111</sup> Já a agência polonesa criada em 2006, apesar de ter amplos poderes de investigação, prevenção e disseminação de informações, foi acusada de ser uma ferramenta política do governo para gerar descrédito sobre oponentes<sup>112</sup>. Dessa forma, o entusiasmo seguinte à criação das ACAs nesses países não gerou efetivas mudanças na realidade, já que os problemas no desenho institucional – decorrentes da falta de vontade política – retiraram a efetividade das agências.

Uma das possíveis formas de combater esses problemas é por meio do aprimoramento dos órgãos de fiscalização. Alt e Lassen testam a hipótese, defendida por Montesquieu, de que o Judiciário serve como mecanismo de fiscalização do Legislativo e Executivo quando os dois atuam unificadamente (i.e., quando são eleitos pelos mesmos meios ou têm interesses alinhados).<sup>113</sup> Os autores verificaram que, nesses casos de unicidade, a presença de uma Suprema Corte estadual composta por juízes eleitos – em contraste com juízes nomeados – está associada a menores níveis de corrupção. Os mesmos resultados são encontrados por Azfar e Nelson, ao conduzirem um experimento em laboratório.<sup>114</sup> Os procuradores gerais eleitos diretamente são mais vigilantes no controle de corrupção do que aqueles nomeados.

Ainda, aprimorando aspectos do quadro de funcionários públicos, Rauch e Evans argumentam que o elemento mais importante para a melhora das estruturas burocráticas é a utilização de recrutamento meritocrático.<sup>115</sup> A diminuição do nepotismo tende a reduzir a probabilidade com a qual o controle interno

<sup>104</sup> DOIG, Alan; RILEY, Stephen. Corruption and anti-corruption strategies: Issues and case studies from developing countries. *Corruption and integrity improvement initiatives in developing countries*, v. 45, p. 62, 1998. p. 58.

<sup>105</sup> JOHNSON, Jesper; TAXELL, Nils; ZAUM, Dominik. Mapping evidence gaps in anti-corruption: Assessing the state of the operationally relevant evidence on donors' actions and approaches to reducing corruption. *U4 Issue*, v. 2012, n. 7, 2012. p. 11.

<sup>106</sup> HUSSMANN, Karen; HECHLER, Hannes; PEÑAILILLO, Miguel. Institutional arrangements for corruption prevention: Considerations for the implementation of the United Nations Convention against Corruption Article 6, *U4 Issue*, v. 2009, n. 4, 2009.

<sup>107</sup> TANGRI, Roger; MWENDA, Andrew M. Politics, donors and the ineffectiveness of anti-corruption institutions in Uganda. *The Journal of Modern African Studies*, v. 44, n. 1, p. 101–124, 2006; DOIG, Alan; WATT, David; WILLIAMS, Robert. Why do developing country anti-corruption commissions fail to deal with corruption? Understanding the three dilemmas of organisational development, performance expectation, and donor and government cycles, *Public Administration and Development*, v. 27, n. 3, p. 251–259, 2007.

<sup>108</sup> HUSSMANN, Karen; HECHLER, Hannes; PEÑAILILLO, Miguel. Institutional arrangements for corruption prevention: Considerations for the implementation of the United Nations Convention against Corruption Article 6. *U4 Issue*, v. 2009, n. 4, 2009.

<sup>109</sup> HOUGH, Dan. *Corruption, anti-corruption and governance*. UK: Palgrave Macmillan, 2013. cap. 3.

<sup>110</sup> HOUGH, Dan. *Corruption, anti-corruption and governance*. UK: Palgrave Macmillan, 2013. cap. 3.

<sup>111</sup> HOUGH, Dan. *Corruption, anti-corruption and governance*. UK: Palgrave Macmillan, 2013. cap. 4.

<sup>112</sup> HOUGH, Dan. *Corruption, anti-corruption and governance*. UK: Palgrave Macmillan, 2013. p. 89.

<sup>113</sup> ALT, James E; LASSEN, David D. Political and judicial checks on corruption: Evidence from American state governments. *Economics & Politics*, v. 20, n. 1, p. 33–61, 2008.

<sup>114</sup> AZFAR, Omar; NELSON, William Robert. Transparency, wages, and the separation of powers: An experimental analysis of corruption. *Public Choice*, v. 130, n. 3, p. 471–493, 2007.

<sup>115</sup> RAUCH, James E; EVANS, Peter B. Bureaucratic structure and bureaucratic performance in less developed countries. *Journal of public economics*, v. 75, n. 1, p. 49–71, 2000.



seria eliminado pela presença de colusão entre os agentes públicos. Assim, tanto os mecanismos de eleição quanto os meritocráticos parecem ser capazes de melhorar a performance das instituições.

Na Alemanha, por outro lado, a solução não caminhou no sentido de criar uma agência anticorrupção especializada. Desenvolveram uma cultura segundo a qual a prevenção é responsabilidade de vários órgãos de supervisão ao passo que a repressão é realizada por agência responsável pela aplicação da lei.<sup>116</sup>

## 5.2 Sobreposição ou Multiplicidade Institucional

Além de criar instituições ou aparelhá-las para o combate à corrupção, como visto acima, é possível pensar no tipo de relacionamento que uma instituição terá com as outras. Criar uma multiplicidade institucional faz com que mais de uma instituição seja encarregada de determinadas funções.

Como visto no tópico acima, um dos grandes obstáculos da criação de agência anticorrupção é a falta de vontade política, que acabou gerando o fracasso em diversas tentativas ao redor do mundo. A multiplicidade institucional não sofre este problema porque adiciona uma nova instituição sem modificar o modo de operação das já existentes, sendo menos suscetível a pressões políticas.<sup>117</sup> Essa multiplicidade pode ser abordada de duas maneiras diferentes: redução das oportunidades de corrupção (mecanismo *ex ante*) e mecanismos *ex post*.<sup>118</sup>

A criação de competição entre agências é uma forma de evitar que indivíduos sejam obrigados a oferecer subornos a agentes públicos. Se uma empresa é qualificada para receber um benefício do governo apenas por meio de um determinado funcionário público ou agência, poderá ser obrigada a pagar suborno para conseguir o que já tem direito. Em um cenário de competição entre agências, o poder de barganha dos indivíduos é aumentado, de modo que pode simplesmente buscar outra agência caso a primeira solicite pagamentos indevidos<sup>119</sup> e, conseqüentemente, diminuindo os níveis de corrupção.<sup>120</sup>

No entanto, não há na literatura um argumento empírico convincente que relacione o estabelecimento de mecanismos de competição *ex ante* com reduções nos níveis de corrupção.<sup>121</sup> Há uma série de consequências negativas que podem advir do estabelecimento de competição. Shleifer e Vishny demonstram, por exemplo, que, mesmo havendo uma diminuição dos subornos, a quantidade de dinheiro desviado do governo pode aumentar.<sup>122</sup> Já Rose-Ackerman e Truex<sup>123</sup> mostram uma incompatibilidade entre a utilização de rotação de funcionários e o estabelecimento de competição a partir do estudo de Sequeira e Djankov.<sup>124</sup> Com a presença das duas estratégias anticorrupção concomitantemente, os oficiais dispõem de um curto período de tempo para obter retornos ilícitos, por mais que isso gere um desvio da demanda para outra agência – no caso do estudo, outro porto – em longo prazo.

Além disso, suponhamos que os agentes públicos de uma determinada agência não estejam prestando os serviços de maneira adequada. Os agentes privados irão buscar uma solução em outra agência, em vez de reclamar com os superiores daquele funcionário público.<sup>125</sup> Suponhamos o cenário apresentado por

<sup>116</sup> HOUGH, Dan. *Corruption, anti-corruption and governance*. UK: Palgrave Macmillan, 2013. p. 100–105.

<sup>117</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *RIBA Working Paper* n. 09, p. 8–9, 2014.

<sup>118</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *RIBA Working Paper* n. 09, p. 8, 2014.

<sup>119</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. *Corruption and policy reform*. 2012. p. 20.

<sup>120</sup> ROSE-ACKERMAN; PALIFKA. *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*; ROSE-ACKERMAN, Susan. The law and economics of bribery and extortion. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, p. 217–238, 2010.

<sup>121</sup> SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005. p. 34.

<sup>122</sup> SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Corruption. *The quarterly journal of economics*, v. 108, n. 3, p. 599–617, 1993.

<sup>123</sup> ROSE-ACKERMAN; TRUEX. *Corruption and policy reform*. p. 20.

<sup>124</sup> SEQUEIRA, Sandra; DJANKOV, Simeon. *An empirical study of corruption in ports*. 2010.

<sup>125</sup> BARDHAN, Pranab. Corruption and development: a review of issues. *Journal of economic literature*, v. 35, n. 3, p. 1320–1346, 1997. p. 1337.

Svensson,<sup>126</sup> no qual pais de alunos da Uganda, diante do desvio de verbas de uma escola têm duas opções: exercer saída ou voz. Com a presença de competição, em vez de realizar reclamações formais ou informais, simplesmente irá mudar o filho de escola. Consequentemente, os oficiais corruptos locais poderão extrair um número ainda maior de dinheiro desviado da escola.<sup>127</sup>

Já a utilização de mecanismos *ex post* parece ser uma proposta promissora para a solução de alguns dos problemas enfrentados pelo Brasil nas etapas de monitoramento, investigação e punição de atos de corrupção. Lindsey Carson e Mariana Prado demonstram, em estudo realizado em 2016,<sup>128</sup> que o problema da corrupção brasileira está nas instituições brasileiras que permitem a existência de grandes níveis de corrupção. E, em outro artigo publicado no mesmo ano,<sup>129</sup> as autoras mostram que a existência de sobreposição entre as funções das agências é capaz de gerar três possíveis interações. Primeiro, se uma instituição falhar em cumprir seus objetivos, outra está igualmente equipada para cumpri-lo, em um mecanismo de compensação. A segunda vantagem é que há uma colaboração, havendo aumento da quantidade de pessoas e de recursos envolvidos para realizar a mesma tarefa. Por fim, é possível vislumbrar um efeito de complementariedade, que pode ser benéfico dada a especialidade de diversas agências que se completam.<sup>130</sup>

Para ilustrar o funcionamento da sobreposição institucional, as autoras analisam, dentre outras, as duas instituições responsáveis pelo monitoramento das instituições brasileiras, a Controladoria Geral da União (CGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU). O TCU tinha uma série de problemas que diminuía sua efetividade no combate à corrupção, mas a existência da multiplicidade institucional foi capaz de superar estes problemas em alguma medida. O esquema de desvio de dinheiro para a compra de ambulâncias não foi descoberto pelos procedimentos ossificados do Tribunal de Contas, sendo apenas descoberto pelas auditorias sobre licitações realizadas pela CGU, dando origem à Operação Sanguessuga.<sup>131</sup>

Esse caso pode ser interpretado de duas formas diferentes, de acordo com as autoras. Caso se entenda que o procedimento adotado pela CGU é mais eficiente no combate à corrupção, ou seja, que há uma falha no procedimento de auditoria do TCU, há uma compensação entre as duas agências. Por outro lado, o resultado pode ser, apenas, em decorrência da complementariedade por utilizarem procedimentos de diferentes auditorias. Independentemente da interpretação, o fato é que “em uma tentativa de analisar a efetividade do programa federal no nível local, a CGU descobriu uma série de irregularidades no uso de fundos federais”.<sup>132</sup>

No entanto, o nível de sobreposição de instituições no estágio de punição é consideravelmente mais baixo se comparado ao monitoramento e investigação. O Judiciário brasileiro tem monopólio sobre o poder de punição por ser a última instância na qual todas as sanções de outras agências podem ser revistas. Essa ausência de multiplicidade pode reduzir as chances de punição, já que possíveis falhas do Judiciário não serão consertadas por outras agências.<sup>133</sup> Uma das propostas para resolver esse problema é a criação de uma “justiça anticorrupção”, de modo a gerar uma sobreposição também no nível de punição.<sup>134</sup>

<sup>126</sup> SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005.

<sup>127</sup> SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005. p. 34.

<sup>128</sup> CARSON, Lindsey D; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 62, p. 56–65, 2016.

<sup>129</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *RIBA Working Paper* n. 09, 2014.

<sup>130</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *RIBA Working Paper*, n. 09, p. 9, 2014.

<sup>131</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *RIBA Working Paper*, n. 09, p. 11, 2014.

<sup>132</sup> Tradução livre. No original: “in an attempt to analyze the effectiveness of a federal program at the local level, the CGU has uncovered a series of irregularities in the use of federal funds”. PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *RIBA Working Paper*, n. 09, p. 11, 2014.

<sup>133</sup> PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *RIBA Working Paper*, n. 09, p. 17–18, 2014; CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil. *IRIBA Working Paper*, n. 08, 2014.

<sup>134</sup> *Punição a corruptos tem apenas valor simbólico, diz pesquisadora* - 16/12/2013 - Poder, Folha de S.Paulo, disponível em: <http://www1.folha.com.br>

A sobreposição de instituições é estudada pela literatura sobre estratégias regulatórias há muitos anos, de modo que alguns custos e benefícios de tal estratégia já foram identificados. Uma série de potenciais benefícios podem ser alcançados com a sobreposição institucional. Para facilitar a análise dos benefícios, pode-se separar a atuação de agências em dois estágios: (i) busca e análise de informações e (ii) decisão e execução.

No que se refere à busca e análise de informações, quatro são os potenciais benefícios apresentados pela literatura. Primeiro, cada agência tenderá a buscar informação e desenvolver argumentos que justifiquem sua decisão – dado que poderá, eventualmente, ser confrontada por decisão oposta de outra agência analisando o mesmo tema –, o que tenderá a aumentar a qualidade e a quantidade das evidências apresentadas. Segundo, caso haja uma discordância de outra agência, ela buscará avaliar as informações produzidas pela outra instituição, o que, em longo prazo, cria um mecanismo de revisões recíprocas do processo decisório de ambas as agências. Terceiro, é possível que agências diferentes olhando para os mesmos problemas possam gerar novas informações, argumentos e soluções que de outro modo não seriam gerados, uma vez que cada instituição se difere por sua história, tradição, método de trabalho, personalidade dos integrantes, liderança etc. que dificilmente são duplicáveis. Por fim, com a multiplicidade de pontos de vista, cada agência será obrigada a levar em consideração os diversos objetivos e interesses de cada medida, o que melhorará a qualidade dos argumentos apresentados, dos questionamentos a eventuais contra-argumentos e da própria consideração de posições contrárias.<sup>135</sup>

Já em relação às fases de decisão e execução de uma agência, a multiplicidade institucional também pode gerar benefícios. Primeiro, caso uma das instituições não realize determinada tarefa, ainda assim é possível que outra realize. Isto é ainda mais provável em um contexto em que as próprias agências atuam em competição. Segundo, caso uma agência falhe em parte ou na totalidade na realização de suas atribuições, estas eventuais falhas podem ser corrigidas ou compensadas pela atuação da outra. Terceiro, como há mais de um ator voltado para a realização de uma mesma tarefa, passa-se a mensagem para a população de que o governo de fato se preocupa com aquela atividade. Por fim, com a multiplicidade, várias formas diferentes de abordar os problemas são adotadas, gerando uma miríade de respostas flexíveis para os problemas que venham a surgir.<sup>136</sup>

Contudo, a criação de múltiplas instituições pode gerar alguns custos desnecessários e efeitos negativos sobre a qualidade das decisões. Isto é, pode ser que diferentes agências com diferentes atribuições estejam realizando, de modo independente, a coleta de informações e a sua análise, de modo que haveria uma duplicação de custos e não seria possível alcançar economias de escala.<sup>137</sup> Além disso, dois outros problemas podem surgir. Em primeiro lugar, é possível que a competição entre as agências faça com que uma delas busque retomar a autonomia e evitar a autoridade compartilhada sobre determinado problema, passando a esconder ou distorcer informações que sejam contrárias à sua posição para evitar contra-argumentos da agência concorrente. Em segundo lugar, caso um dos atores tenha poder de veto, eventualmente tal poder pode ser utilizado para bloquear ações que atendam aos interesses sociais.<sup>138</sup>

## 6 Considerações finais

folha.uol.com.br/poder/2013/12/1386052-punicao-a-corruptos-tem- apenas-valor-simbolico-diz-pesquisadora.shtml. Acesso em: 1 set. 2017.

<sup>135</sup> SIRICO JR, Louis J. Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process. *Vand. L. Rev.*, v. 33, p. 101, 1980. p. 126-127.

<sup>136</sup> SIRICO JR, Louis J. Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process. *Vand. L. Rev.*, v. 33, p. 101, 1980. p. 127-128.

<sup>137</sup> SIRICO JR, Louis J. Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process. *Vand. L. Rev.*, v. 33, p. 101, 1980. p. 125-126.

<sup>138</sup> SIRICO JR, Louis J. Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process. *Vand. L. Rev.*, v. 33, p. 101, 1980. p. 128-131.

A análise de métodos de combate à corrupção realizada à luz das estratégias regulatórias nos permitiu classificar os métodos anticorrupção em quatro grupos: comando e controle, transparência, incentivos e instituições. A revisão de literatura e de leis sobre corrupção no mundo já foi realizada por diversos autores, mas percebemos que há uma lacuna de uma análise sistemática e abrangente sobre a literatura que possa trazer ideias que eventualmente sejam aplicadas – e que já vêm sendo aplicadas – no Brasil.

Todas as estratégias que analisamos apresentam prós e contras, de modo que a conclusão mais importante que se pode tirar de um estudo como o realizado é de que o investimento em uma só estratégia não solucionará problemas de anticorrupção. Por exemplo, estratégias baseadas em comando e controle são necessariamente dependentes de mecanismos de transparência – que ajudam em sua aplicação – que, por sua vez, podem ser muito custosos e até danosos a depender do tipo de informação divulgada. Ao que nos parece, hoje há uma tendência maior de investimento em comando e controle, como é possível ver no caso das Novas Medidas Contra a Corrupção, o que não é necessariamente uma estratégia adequada para a solução das causas da corrupção.

Também foi possível perceber, ao longo do presente artigo, que as estratégias apresentadas podem ser visualizadas como um crescente de sofisticação e de custos para lidar com os problemas. Normalmente, estratégias de comando e controle são relativamente mais simples de serem implementadas, ao passo que a criação de instituições ou até mesmo o estabelecimento de sua coordenação regulatória pode ser um mecanismo mais custoso, porém muitas vezes, mais efetivo.

## Referências

- ABBINK, Klaus. Fair salaries and the moral costs of corruption. *Bonn Econ Discussion Papers*, 2000.
- ABBINK, Klaus; SERRA, Danila. Chapter 4 Anticorruption Policies: Lessons from the Lab. In: SERRA, Danila; WANTCHEKON, Leonard (org.). *New advances in experimental research on corruption*. UK: Emerald Group Publishing Limited, 2012. p. 77–115.
- ABLO, Emmanuel; REINIKKA, Ritva. *Do budgets really matter?* Evidence from public spending on education and health in Uganda. 1998.
- ABRAMO, Claudio Weber. Acesso a informação e eficiência do Estado. *Revista gov. sp*, n. 2, 2004.
- AKERLOF, George A; YELLEN, Janet L. The fair wage-effort hypothesis and unemployment. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 105, n. 2, p. 255–283, 1990.
- ALT, James E; LASSEN, David D. Political and judicial checks on corruption: Evidence from American state governments. *Economics & Politics*, v. 20, n. 1, p. 33–61, 2008.
- ANDERSEN, Thomas Barnebeck. E-Government as an anti-corruption strategy. *Information Economics and Policy*, v. 21, n. 3, p. 201–210, 2009.
- APESTEGUIA, Jose; DUFWENBERG, Martin; SELTEN, Reinhard. Blowing the whistle. *Economic Theory*, v. 31, n. 1, p. 143–166, 2007.
- ARMANTIER, Olivier; BOLY, Amadou. *Can corruption be studied in the lab?* Comparing a field and a lab experiment. 2008.
- AUBERT, Cécile; REY, Patrick; KOVACIC, William. *The impact of leniency programs on cartels*. University of Toulouse, 2003.
- AVIS, Eric; FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Do Government Audits Reduce Corruption?. *Journal of Political Economy*, v. 126, n. 5, p. 1912–1964, 2018.

- AZFAR, Omar; NELSON, William Robert. Transparency, wages, and the separation of powers: An experimental analysis of corruption. *Public Choice*, v. 130, n. 3, p. 471–493, 2007.
- BAC, Mehmet. Corruption, connections and transparency: Does a better screen imply a better scene? *Public Choice*, v. 107, n. 1–2, p. 87–96, 2001.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. New York: Oxford University Press, 2012.
- BANERJEE, Abhijit *et al.* Do informed voters make better choices? Experimental evidence from urban India. *Unpublished manuscript*, 2011.
- BARDHAN, Pranab. Corruption and development: a review of issues. *Journal of economic literature*, v. 35, n. 3, p. 1320–1346, 1997.
- BARR, Abigail; LINDELOW, Magnus; SERNEELS, Pieter M. To serve the community or oneself: the public servant’s dilemma. *World Bank Policy Research working paper* n. WPS 3187, 2004.
- BECKER, Gary S; STIGLER, George J. Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 1–18, 1974.
- BESLEY, Timothy; MCLAREN, John. Taxes and bribery: the role of wage incentives. *The economic journal*, v. 103, n. 416, p. 119–141, 1993.
- BESLEY, Timothy; PRAT, Andrea. Handcuffs for the grabbing hand? Media capture and government accountability. *The American Economic Review*, v. 96, n. 3, p. 720–736, 2006.
- BLACK, Julia. Decentring regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a “post-regulatory” world. *Current legal problems*, v. 54, n. 1, p. 103–146, 2001.
- BOBONIS, Gustavo J; FUERTES, Luis Cámara R; SCHWABE, Rainer. Monitoring Corruptible Politicians. *The American Economic Review*, v. 106, n. 8, p. 2371–2405, 2016.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *As 10 Medidas Contra a Corrupção: Propostas do Ministério Público Federal para o combate à corrupção e à impunidade*. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- BRASIL. *Projeto de Lei 4.850/2016*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>.
- BROOKS, Graham *et al.* Defining Corruption. In: BROOKS, Graham; WALSH, David; LEWIS, Chris; *et al* (org.). *Preventing Corruption: Investigation, Enforcement and Governance*. London: Palgrave Macmillan UK, 2013. p. 11–26. Disponível em: [https://doi.org/10.1057/9781137023865\\_2](https://doi.org/10.1057/9781137023865_2).
- BRUNETTI, Aymo; WEDER, Beatrice. A free press is bad news for corruption. *Journal of Public Economics*, v. 87, n. 7, p. 1801–1824, 2003.
- BUCCIROSSI, Paolo; SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency policies and illegal transactions. *Journal of Public Economics*, v. 90, n. 6, p. 1281–1297, 2006.
- CALLAND, Richard. Access to Information: How Is It Useful and How Is It Used? NEUMAN, Laura. *Access to information: a key to democracy*. Atlanta: The Carter Center, 2002.
- CARLO BERTOT, John; JAEGER, Paul T; GRIMES, Justin M. Promoting transparency and accountability through ICTs, social media, and collaborative e-government. *Transforming Government: People, Process and Policy*, v. 6, n. 1, p. 78–91, 2012.
- CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Mapping Corruption & its Institutional Determinants in Brazil. *IRIBA Working Paper* n. 08, 2014.

CARSON, Lindsey D; PRADO, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 62, p. 56–65, 2016.

CHOWDHURY, Shyamal K. The effect of democracy and press freedom on corruption: an empirical test. *Economics letters*, v. 85, n. 1, p. 93–101, 2004.

COLE, Daniel H; GROSSMAN, Peter Z. When is command-and-control efficient? Institutions, technology, and the comparative efficiency of alternative regulatory regimes for environmental protection. In: *THE THEORY and Practice of Command and Control in Environmental Policy*. London: Routledge, 2018. p. 115–166.

CORRUPÇÃO desvia R\$ 200 bi, por ano, no Brasil, diz coordenador da Lava Jato. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corrupcao-desvia-r-200-bi-por-ano-no-brasil-diz-coordenador-da-lava-jato/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

COSTA, Samia. Do freedom of information laws decrease corruption? *The Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 29, n. 6, p. 1317–1343, 2012.

FIGUEIREDO, Miguel FP de; HIDALGO, F Daniel; KASAHARA, Yuri. *When do voters punish corrupt politicians?* Experimental evidence from Brazil. Unpublished manuscript, UC Berkeley, 2011.

DI TELLA, Rafael; SCHARGRODSKY, Ernesto. The role of wages and auditing during a crackdown on corruption in the city of Buenos Aires. *The Journal of Law and Economics*, v. 46, n. 1, p. 269–292, 2003.

DJANKOV, Simeon *et al.* Disclosure by politicians. *American Economic Journal: Applied Economics*, v. 2, n. 2, p. 179–209, 2010.

DOIG, Alan; RILEY, Stephen. Corruption and anti-corruption strategies: Issues and case studies from developing countries. *Corruption and integrity improvement initiatives in developing countries*, v. 45, p. 62, 1998.

DOIG, Alan; WATT, David; WILLIAMS, Robert. Why do developing country anti-corruption commissions fail to deal with corruption? Understanding the three dilemmas of organisational development, performance expectation, and donor and government cycles. *Public Administration and Development*, v. 27, n. 3, p. 251–259, 2007.

FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Electoral accountability and corruption: Evidence from the audits of local governments. *The American Economic Review*, v. 101, n. 4, p. 1274–1311, 2011.

FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Exposing corrupt politicians: the effects of Brazil's publicly released audits on electoral outcomes. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 123, n. 2, p. 703–745, 2008.

FRIDOLFSSON, Sven-Olof *et al.* *Fines, Leniency and Rewards in Antitrust: An Experiment*. 2009.

GENTZKOW, Matthew; GLAESER, Edward L; GOLDIN, Claudia. The rise of the fourth estate. How newspapers became informative and why it mattered. In: GLAESER, Edward L; GOLDIN, Claudia (org.). *Corruption and Reform: Lessons from America's Economic History*. Chicago: University of Chicago Press, 2006. p. 187–230.

GOKCEKUS, Omer; MUKHERJEE, Ranjana. Officials' Asset Declaration Laws: Do They Prevent Corruption? *Global Corruption Report*, 2006.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. Responsabilidade Administrativa do Servidor Público na Administração Pública Federal. *Prisma Jurídico*, v. 13, n. 1, p. 193–212, 2014.

HAMAGUCHI, Yasuyo; KAWAGOE, Toshiiji; SHIBATA, Aiko. Group size effects on cartel formation and the enforcement power of leniency programs. *International Journal of Industrial Organization*, v. 27, n. 2, p. 145–165, 2009.

- HAQUE, Nadeem Ul; SAHAY, Ratna. Do government wage cuts close budget deficits? Costs of corruption. *Staff Papers*, v. 43, n. 4, p. 754–778, 1996.
- HOUGH, Dan. *Corruption, anti-corruption and governance*. UK: Palgrave Macmillan, 2013.
- HUI, Wingchi. Combating Corruption: The Hong Kong Experience. *Tsinghua China Law Review*, v. 6, 2013.
- HUSSMANN, Karen; HECHLER, Hannes; PEÑAILILLO, Miguel. Institutional arrangements for corruption prevention: Considerations for the implementation of the United Nations Convention against Corruption Article 6. *U4 Issue*, v. 2009, n. 4, 2009.
- JOHNSØN, Jesper; TAXELL, Nils; ZAUM, Dominik. Mapping evidence gaps in anti-corruption: Assessing the state of the operationally relevant evidence on donors' actions and approaches to reducing corruption. *U4 Issue*, v. 2012, n. 7, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Macmillan, 2011.
- KAUFMANN, Daniel. Corruption: the facts. *Foreign policy*, p. 114–131, 1997.
- KLITGAARD, Robert. Incentive myopia. *World Development*, v. 17, n. 4, p. 447–459, 1989.
- KOLSTAD, Ivar; WIIG, Arne. Is transparency the key to reducing corruption in resource-rich countries? *World development*, v. 37, n. 3, p. 521–532, 2009.
- LAMBSDORFF, Johann. The Organization of Anticorruption: Getting Incentives Right. *In: CORRUPTION, global security, and world order*. Baltimore: Brookings Institution Press, 2009. p. 389–415.
- LAMBSDORFF, Johann; NELL, Mathias. Fighting corruption with asymmetric penalties and leniency. *CEGE Discussion Papers*, 2007.
- LESSIG, Lawrence. *Republic, lost: how money corrupts congress--and a plan to stop it*. New York: Hachette UK, 2011.
- LINDSTEDT, Catharina; NAURIN, Daniel. Transparency is not Enough: Making Transparency Effective in Reducing Corruption. *International Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 301–322, 2010.
- MELO, Marcus André. *Brazil: democracy and corruption*. Rio de Janeiro: Casa das Garças, 2014.
- MORGAN, Bronwen; YEUNG, Karen. Regulatory instruments and techniques. *In: AN INTRODUCTION to Law and Regulation: Text and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 79–150. (Law in Context). Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/an-introduction-to-law-and-regulation/regulatory-instruments-and-techniques/AB3E72F0913ED482DC2F9229E74E1C03>.
- MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. *International journal of industrial organization*, v. 21, n. 3, p. 347–379, 2003.
- OGUS, Anthony. Corruption and regulatory structures. *Law & Policy*, v. 26, n. 3-4, p. 329–346, 2004.
- OLIVEIRA, Marina Gandra Camargo de Barros; RODRIGUES, Karina Furtado. Transparência em contas públicas no âmbito local no Brasil. *In: MOHALLEM, Michael Freitas; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). Diagnóstico institucional: primeiros passos para um plano nacional anticorrupção*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2017.
- OLKEN, Benjamin A. Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia. *Journal of political Economy*, v. 115, n. 2, p. 200–249, 2007.
- PAES, Eneida Bastos. A construção da Lei de Acesso à Informação Pública no Brasil: desafios na implementação de seus princípios. *Revista do Serviço Público*, v. 62, n. 4, p. 407–423, 2014.
- PEISAKHIN, Leonid; PINTO, Paul. Is transparency an effective anti-corruption strategy? Evidence from

- a field experiment in India. *Regulation & Governance*, v. 4, n. 3, p. 261–280, 2010.
- PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus André. Reelecting corrupt incumbents in exchange for public goods: Rouba mas faz in Brazil. *Latin American Research Review*, p. 88–115, 2015.
- POWER, Timothy Joseph; TAYLOR, Matthew MacLeod. *Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011.
- PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *RIBA Working Paper* n. 09, 2014.
- PRAT, Andrea. *The wrong kind of transparency*. 2003.
- PUNIÇÃO a corruptos tem apenas valor simbólico, diz pesquisadora. 16/12/2013 - *Poder*. Folha de S.Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/12/1386052-punicao-a-corruptos-tem-ape-nas-valor-simbolico-diz-pesquisadora.shtml>>. Acesso em: 1 set. 2017.
- RAUCH, James E; EVANS, Peter B. Bureaucratic structure and bureaucratic performance in less developed countries. *Journal of public economics*, v. 75, n. 1, p. 49–71, 2000.
- REINIKKA, Ritva; SVENSSON, Jakob. *The power of information: Evidence from a newspaper campaign to reduce capture*. US: World Bank Publications, 2004.
- RIOS-FÍGUEROA, Julio. Justice system institutions and corruption control: evidence from Latin America. *Justice System Journal*, v. 33, n. 2, p. 195–214, 2012.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. The economics of corruption. *Journal of public economics*, v. 4, n. 2, p. 187–203, 1975.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. The law and economics of bribery and extortion. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 6, p. 217–238, 2010.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*. New York: Cambridge University Press, 2016.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. *Corruption and policy reform*. 2012.
- RYVKIN, Dmitry; SERRA, Danila. How corruptible are you? Bribery under uncertainty. *Journal of Economic Behavior & Organization*, v. 81, n. 2, p. 466–477, 2012.
- SCHIKORA, Jan Theodor. *Bringing good and bad whistle-blowers to the lab*. University of Munich: Munich discussion paper, 2011.
- SEQUEIRA, Sandra; DJANKOV, Simeon. *An empirical study of corruption in ports*. 2010.
- SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. Corruption. *The quarterly journal of economics*, v. 108, n. 3, p. 599–617, 1993.
- SIRICO JR, Louis J. Agencies in Conflict: Overlapping Agencies and the Legitimacy of the Administrative Process. *Vand. L. Rev.*, v. 33, p. 101, 1980.
- SPAGNOLO, Giancarlo. Divide et impera: Optimal leniency programs *CEPR Discussion Paper* n. 4840, 2004.
- SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, Paolo (org.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: MIT Press, 2006.
- SPAGNOLO, Giancarlo. Optimal leniency programs. *FEEM Working Paper* n. 42, 2000.
- SUNSTEIN, Cass R; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. *Ethics*, v. 110, n. 1, p. 5–31, 1999.
- SUTTER, Daniel. Media scrutiny and the quality of public officials. *Public Choice*, v. 129, n. 1–2, p. 25–40,



2006.

SVENSSON, Jakob. Eight questions about corruption. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 19, n. 3, p. 19–42, 2005.

TANGRI, Roger; MWENDA, Andrew M. Politics, donors and the ineffectiveness of anti-corruption institutions in Uganda. *The Journal of Modern African Studies*, v. 44, n. 1, p. 101–124, 2006.

TANZI, Vito; SHOME, Parthasarathi. A primer on tax evasion. *Staff Papers-International Monetary Fund*, p. 807–828, 1993.

TAYLOR, Matthew M. Veto and voice in the courts: policy implications of institutional design in the Brazilian judiciary. *Comparative Politics*, p. 337–355, 2006.

TEACHOUT, Zephyr. *Corruption in America*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of public economics*, v. 76, n. 3, p. 399–457, 2000.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Advances in prospect theory: Cumulative representation of uncertainty. *Journal of Risk and uncertainty*, v. 5, n. 4, p. 297–323, 1992.

VAN RIJCKEGHEM, Caroline; WEDER, Beatrice. Bureaucratic corruption and the rate of temptation: do wages in the civil service affect corruption, and by how much? *Journal of development economics*, v. 65, n. 2, p. 307–331, 2001.

WINTERS, Matthew S; TESTA, Paul; FREDRICKSON, Mark M. Chapter 8 Using Field Experiments to Understand Information as an Antidote to Corruption. In: SERRA, Danila; WANTCHEKON, Leonard (org.). *New Advances in Experimental Research on Corruption*. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2012. v. 15. p. 213–246. (Research in Experimental Economics).

WINTERS, Matthew S; WEITZ-SHAPIRO, Rebecca. Lacking information or condoning corruption: When do voters support corrupt politicians? *Comparative Politics*, v. 45, n. 4, p. 418–436, 2013.

YEUNG, Karen. Government by publicity management: Sunlight or spin. *Public Law*, v. 2, p. 360–383, 2005.

ZAMBONI, Yves; LITSCHIG, Stephan. Audit risk and rent extraction: Evidence from a randomized evaluation in Brazil. *Universitat Pompeu Fabra*, 2013.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**O controle e a avaliação  
pelo Tribunal de Contas  
da União das políticas  
públicas implementadas por  
desonerações tributárias no  
Brasil**

**The Brazilian Federal Court  
of Accounts' Control and  
evaluation of public policies  
implemented through tax  
release**

Vinicius Garcia

Carlos Araújo Leonetti

# O controle e a avaliação pelo Tribunal de Contas da União das políticas públicas implementadas por desonerações tributárias no Brasil

## The Brazilian Federal Court of Accounts' Control and evaluation of public policies implemented through tax release

Vinicius Garcia\*\*

Carlos Araújo Leonetti\*\*\*

### Resumo

O objetivo deste estudo é avaliar o uso de desonerações tributárias como veículo de políticas públicas no Brasil. A questão que se propõe responder é se esse tipo de política pública (indireta) se mostra adequado ao alcance dos objetivos estatais estabelecidos e ao paradigma vigente de controle, efetividade e transparência do exercício do poder estatal. A estratégia traçada para esse desafio consiste no levantamento e avaliação das auditorias e decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU nessa área. No primeiro capítulo, trata-se das desonerações tributárias em geral, do seu conceito e das dificuldades de mensuração. Na segunda parte, descrevem-se os limites legais e constitucionais para o uso desse instrumento de política fiscal. Ao final, debruça-se sobre a atuação do TCU a respeito do tema no período posterior à Constituição Federal de 1988. Ao final foi possível perceber diversos problemas: (a) generalização de desonerações tributárias desvinculadas de políticas públicas formalmente estabelecidas (com objetivos, indicadores e metas), o que impede a avaliação da efetividade da escolha pública; (b) desrespeito sistemático das normas legais e constitucionais que impõem limites ao uso desse instrumento de política fiscal. Essa constatação permite concluir que não se conhece a eficiência das políticas públicas veiculadas por meio de desonerações tributárias no Brasil e que estas não se submetem a qualquer controle formal por parte dos seus órgãos criadores, o que torna sempre questionável essa opção política em detrimento de políticas públicas diretas.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Desonerações tributárias. Controle. Avaliação. Tribunal de Contas da União.

### Abstract

The objective of this study is to evaluate the use of tax exemptions as a vehicle for public policies in Brazil. The question that is proposed to answer is whether this type of (indirect) public policy is adequate to achieve the es-

\* Recebido em 04/05/2020  
Aprovado em 03/06/2020

\*\* Professor de Direito Tributário, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Procurador da Fazenda Nacional.  
E-mail: [viniciusgarcia1982@gmail.com](mailto:viniciusgarcia1982@gmail.com)

\*\*\* Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.  
E-mail: [cleonetti37@gmail.com](mailto:cleonetti37@gmail.com)

tablished state objectives and the current paradigm of control, effectiveness and transparency in the exercise of state power. The strategy outlined for this challenge is to survey and evaluate the audits and decisions made by the Federal Court of Accounts in this area. The first chapter deals with tax exemptions in general, their concept and measurement difficulties. In the second part, the legal and constitutional limits for the use of this fiscal policy instrument are described. At the end, it looks at the Federal Court of Accounts' performance on the topic in the period after the Federal Constitution of 1988. At the end, it was possible to notice several problems: (a) generalization of tax exemptions unrelated to formally established public policies (with objectives, indicators and goals), which prevents the evaluation of the effectiveness of public choice; (b) systematic disregard for legal and constitutional rules that impose limits on the use of this fiscal policy instrument. This finding makes it necessary to conclude that public policies implemented through tax exemptions in Brazil are not efficient and do not undergo any formal control, which always makes this political option at the expense of direct public policies questionable.

**Keywords:** Public policy. Tax releases. Control. Evaluation. Federal Court of Accounts.

## 1 Introdução

As políticas públicas são o meio de ação do Estado para alcançar seus objetivos constitucionais, dentre eles as garantias sociais, como educação, saúde e previdência social. Essa atuação pode se dar de duas formas. A primeira corresponde à ação direta por parte do Estado, diretamente representado, como prestador ou ofertante do serviço público. Materializa-se no hospital público, no sistema público de educação. A segunda corresponde à concessão de incentivos à iniciativa privada para que preste a atividade pública em questão, em regime de mercado (embora sob determinadas regras). Materializa-se nos juros subsidiados para aquisição da casa própria, na dedução dos gastos com saúde do imposto de renda da pessoa física.

O contexto neoliberal, por natureza, empurra as políticas públicas para essa segunda forma de prestação estatal, especialmente quando veiculada por desonerações tributárias, na medida em que, por meio delas, se reforçam os dois grandes pilares do neoliberalismo: a transferência das responsabilidades estatais para o mercado e a diminuição da carga tributária. Trata-se de um fenômeno mundial, também identificado no Brasil.

Analisando-se, particularmente, o panorama nacional, o Brasil previu, para 2020, abrir mão de 21,78% de suas receitas tributárias para veicular diversas políticas públicas de maneira indireta, o que corresponde a 4,34% do PIB<sup>1</sup>. O percentual em função do PIB, ainda, estava no patamar de 1,33% em 1995<sup>2</sup>. Entre 2012 a 2017, os gastos tributários totais subiram em ritmo superior ao da inflação, que dita o ritmo de crescimento da receita pública total<sup>3</sup>.

Isso faz aumentar a necessidade de foco nos estudos sobre o processo de avaliação dessas políticas públicas indiretas. Fala-se, inclusive, em dever jurídico-constitucional nesse sentido<sup>4</sup>. A eficácia e a eficiência de uma política pública, no entanto, somente pode ser diagnosticada por meio de uma avaliação séria, por

<sup>1</sup> BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos gastos tributários - PLOA 2020*. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-ploa/ploa-2020/dgt-ploa-2020-base-conceitual-v1-1.pdf>. Acesso em: 09 out. 2018. p. 9.

<sup>2</sup> BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos gastos tributários - PLOA 1995*. p. 11. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-1995.pdf>. Acesso em: 09 out. 1996.

<sup>3</sup> LIMA, A. N. D. *Renúncias fiscais da União: estudo técnico*. 2017. p. 22. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/32419/renuncia\\_fiscal\\_lima.pdf?sequence=1](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/32419/renuncia_fiscal_lima.pdf?sequence=1). Acesso em: 14 maio 2020. p. 22.

<sup>4</sup> VALLE, V. R. L. D. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*. Tese (Pós-doutorado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2010; BARCELLOS, A. P. D. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 251-265, 2018. p. 261. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5294/3967>. Acesso em: 20 jan. 2020.

metodologias adequadas e transparentes, que permitam a comparação entre ações governamentais distintas, o que reclama um processo de criação e implementação adequado, com o estabelecimento objetivo das suas metas e dos seus custos<sup>5</sup>.

O processo de avaliação das políticas públicas indiretas, no entanto, tem particularidades marcantes, e o Poder Judiciário tem se mostrado inefetivo, quando não omissivo, em relação ao controle das políticas públicas dessa natureza, especialmente quanto a sua eficiência<sup>6</sup>.

Apesar das dificuldades inerentes a qualquer processo avaliativo, analisar os resultados de política pública direta não é tão complexo, desde que estabelecidas metodologias adequadas e transparentes. Pode-se mensurar, sem maiores dificuldades, o custo do aumento do número de leitos hospitalares ou o custo de construção e manutenção de um novo hospital. É possível, inclusive, fazer uma relação entre esses custos para se optar pela política pública economicamente mais adequada.

Como mensurar, no entanto, o quanto se deixa de arrecadar com a dedução dos gastos com plano de saúde do imposto de renda da pessoa física? Esse cálculo é inicialmente feito com base na análise do número de contribuintes com planos de saúde contratados, mas não se pode quantificar com facilidade o número de pessoas que passará a contratar plano de saúde por conta do benefício fiscal estabelecido. Sendo sempre dinâmico esse custo (o que faz com que possa ser bem diferente daquele inicialmente projetado), presume-se o baixo nível de controle deste tipo de política pública.

Quando esse controle de políticas públicas é feito pelo Poder Judiciário, o tema fica muito mais complexo, pois relaciona a ideia de independência entre os poderes com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, além da ideia de discricionariedade administrativa com o déficit democrático do Poder Judiciário<sup>7</sup>. De fato, o princípio de que o Poder Judiciário não deve invadir as esferas de atuação dos demais poderes da república leva, inicialmente, à conclusão de que este deveria se abster de analisar o mérito das políticas públicas. Nesse sentido, Canotilho<sup>8</sup> afirma que os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurídicas e negar a justiciabilidade das questões políticas<sup>9</sup>.

Bucci<sup>10</sup>, por outro lado, destaca que os processos judiciais vêm se modernizando no Brasil para poder corresponder aos anseios sociais dos jurisdicionados no campo das políticas públicas, e que isso faz parte de um movimento mundial consistente. Barros<sup>11</sup>, nesse sentido, afirma que esse movimento vem trazendo o Poder Judiciário para o centro do campo de controle das políticas públicas baseadas em princípios constitucionais programáticos. Segundo o autor, a nova tendência doutrinária e jurisprudencial ressalta o dever constitucional de planejamento estatal e aponta para a mitigação do que chama de “imunidade discricionária do administrador público”, inclusive em relação às suas omissões, que devem ser razoáveis e justificadas<sup>12</sup>.

Essa ideia vem se tornando cada vez mais presente nas discussões acadêmicas, seja destacando a necessária racionalidade do processo decisório judicial<sup>13</sup>, seja chamando atenção para a relação entre a garantia do

<sup>5</sup> REYMÃO, A. E. N.; CAÇAPIETRA, R. D. S. Políticas públicas e a concretização de direitos sociais: tomada de decisão, arquitetura de escolhas e efetividade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 542-566, 2018. p. 545. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5329>. Acesso em: 20 jan. 2020. p. 545.

<sup>6</sup> PAIVA, P. A. D. S.; LIMA, A. A. B. D. A isonomia tributária como limite à tributação e à concessão de isenções fiscais, e a inefetividade do controle jurisdicional dessas isenções. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 449-471, 2019. p. 468. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5379/pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>7</sup> BUCCI, M. P. D. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo-Direito Público-FA*, Belo Horizonte, v. 9, p. 7-16, 2009.

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

<sup>9</sup> O autor, importante frisar, limita esta conclusão àquilo que chama de política pública “razoável”.

<sup>10</sup> BUCCI, M. P. D. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 121.

<sup>11</sup> BARROS, S. R. D. Políticas públicas e o Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 29-38, jul./dez. 2012. p. 37. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1704>. Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>12</sup> Segundo o autor, não podem ser simplesmente baseadas em uma vazia menção à ideia de reserva do possível.

<sup>13</sup> SOUZA, S. L. D. N. S. D. Controle judicial das políticas públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., p. 223-237, 2015. p. 236. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uni>

mínimo existencial e a disponibilidade financeira do Estado<sup>14</sup>, ou seja abrindo espaço para garantia daquilo que se vem chamando de direito fundamental à boa gestão pública<sup>15-16</sup>.

Dois pontos, no entanto, merecem ser observados mais de perto.

O primeiro é destacado por Bogossian<sup>17</sup> e Baldo<sup>18</sup>, no sentido de induzir uma cultura orçamentária responsável no país. Na visão dos autores, orçamento público deve servir como instrumento de controle das políticas públicas, considerando-se-o como resultado de um processo decisório coletivo que viabiliza os direitos sociais. Em outras palavras: as escolhas alocadas no orçamento possuem um conteúdo democrático que deve, na medida do possível, ser respeitado pelo Poder Judiciário e demais órgãos de controle<sup>19</sup>.

O segundo já vem sendo destacado há bastante tempo por Bucci<sup>20</sup>, no sentido de que o instrumental jurídico disponível não é o mais adequado para captar o caráter eminentemente dinâmico e funcional das políticas públicas. A racionalização administrativa e a consequente legitimação democrática de qualquer prestação estatal concreta, segundo a autora, condiciona-se à apuração de indicadores estatísticos e econômicos necessários ao cálculo dos verdadeiros custos da atuação pública. Esses dados, todavia, seriam facilmente manipuláveis e dificilmente compreendidos pelo profissional jurídico<sup>21</sup>.

Nessa direção, Oliveira<sup>22</sup> salienta que o controle das políticas públicas é muito mais amplo do que o controle efetuado pelo Poder Judiciário. Passa pelo controle social dos cidadãos e do Poder Legislativo. Passa, também, por outros campos do conhecimento, além do mundo jurídico, devendo envolver análises econômicas, estatísticas, sociológicas e da assistência social — áreas estas, aliás, que essas duas esferas de controle (social e legislativa) têm muito mais condições de fazer.

E nesse contexto surgem os Tribunais de Contas (órgãos auxiliares do Poder Legislativo) como instância de excelência do controle das políticas públicas, tendo um papel também importante, como destacado por Castro<sup>23</sup> e Cunda<sup>24</sup>, na tutela da efetividade dos direitos sociais.

O presente estudo, em resumo, pretende utilizar do processo de avaliação das políticas públicas indiretas já realizado pelos Tribunais de Contas. Especificamente, o objetivo é analisar o uso das desonerações tributárias no Brasil como veículo de políticas públicas, na tentativa de avaliar se esse tipo de instrumento se mostra adequado ao alcance dos objetivos estatais estabelecidos e ao paradigma contemporâneo de controle,

---

ceub.br/RBPP/article/viewFile/3116/pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>14</sup> NUNES, A. L. T.; COUTINHO, N. C.; LAZARI, R. J. N. D. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., p. 208-222, 2015. p. 220. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3119/pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>15</sup> VALLE, V. R. L. do. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*. Tese (pós-doutorado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2010. p. 254.

<sup>16</sup> FREITAS, J. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 32.

<sup>17</sup> BOGOSSIAN, A. Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 3, p. 178-198, 2015. p. 195. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3283>. Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>18</sup> BALDO, R. A. Democratização do orçamento público pela da legalidade, legitimidade e economicidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 689-705, 2018. p. 703. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4616/3502>. Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>19</sup> Os autores ressaltam, no entanto, que essas alocações financeira-orçamentárias (escolhas administrativas) não podem significar o descumprimento direto de direitos expressamente estabelecidos pela norma constitucional.

<sup>20</sup> BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997. p. 89.

<sup>21</sup> BUCCI, M. P. D. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 107.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, E. L. D. O direito financeiro, tributário e políticas públicas: uma análise conjunta além do texto legal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 37-51, jan./jun. 2012. p. 49. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1585](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1585). Acesso em: 20 jan. 2020. p. 49.

<sup>23</sup> CASTRO, J. R. P. D. *“Ativismo de contas”*: controle das políticas públicas. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, Rio de Janeiro, 2015.

<sup>24</sup> CUNDA, D. Z. G. Controle de políticas públicas pelos tribunais de contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 111-147, jul./dez. 2011. p. 139. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1270/1273](http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1270/1273). Acesso em: 20 jan. 2020.

efetividade e transparência da atuação pública. O meio escolhido para alcançar esse objetivo é o levantamento da atuação do Tribunal de Contas da União nesta área no período compreendido entre 1988 e 2020.

Em consulta às bases disponíveis, não se identificou qualquer estudo que se propusesse a fazer um levantamento das posições firmadas pelo TCU sobre o controle das políticas públicas implementadas por meio de desonerações tributárias. O próprio tema de avaliação das políticas públicas indiretas, aliás, não vem sendo objeto estudo no Brasil, com exceção do trabalho realizado por Pires<sup>25</sup>, que utilizou de modelos econômicos para avaliar o impacto dessas políticas indiretas sobre a economia<sup>26</sup>. A proposta neste estudo, contudo, é diferente, pois visa avaliar o controle das políticas públicas indiretas e sua aptidão para alcançar os objetivos estatais estabelecidos.

Justifica-se o foco na corte federal de contas pela constatação de que a maior carga tributária brasileira é imposta pelo ente federal, o que por óbvio faz com que a União veicule as políticas de desoneração tributária mais impactantes.

Dessa forma, no primeiro capítulo, tem-se uma pesquisa bibliográfica sobre as desonerações tributárias em geral, passando pelo seu conceito e pelas dificuldades de mensuração que lhes são inerentes. Na segunda parte, descrevem-se os limites legais e constitucionais para o uso deste instrumento de política fiscal no Brasil. Ao final, faz-se um levantamento documental das manifestações do TCU em auditorias sobre desonerações tributárias federais no período posterior à CF/88 para, por meio de uma análise qualitativa dessas manifestações, confirmar a ideia inicial de que este tipo atuação estatal se submete a um baixo nível de controle no Brasil.

## 2 Desonerações tributárias

Torres<sup>27</sup> identifica desoneração tributária como renúncia de receita, correspondendo a um mecanismo fiscal empregado na vertente da receita pública (isenção, redução da base de cálculo ou da alíquota do tributo, etc.) que produz o mesmo resultado econômico de qualquer despesa direta (subvenção, subsídio, etc.). É um instrumento do dirigismo econômico, pelo qual o governo amplia a oferta de serviços públicos e desenvolve economicamente determinada região ou setor produtivo<sup>28</sup>.

Há, no entanto, divergências conceituais e metodológicas a respeito do tema que torna tormentosa a comparação entre os conceitos de desoneração tributária pelo mundo, aumentando o grau de subjetividade associado à temática, sendo necessário, de antemão, adotar um acordo semântico para se poder avançar no estudo. No mesmo sentido, mostra-se importante analisar o processo de mensuração das desonerações tributárias, para permitir avaliar a qualidade da política pública que se está a implementar em comparação com uma política pública direta alternativa.

### 2.1 Conceito

Inicialmente, tem-se a definição apresentada pela Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico – OCDE<sup>29</sup> como a redução do tributo a pagar (e/ou a postergação do seu pagamento) que se

<sup>25</sup> PIRES, M. C. D. C. Política fiscal e ciclos econômicos no Brasil. *Economia Aplicada*, v. 18, n. 1, p. 69-90, mar. 2014. Disponível em [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-80502014000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502014000100004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 jun. 2020.

<sup>26</sup> Com base na pesquisa realizada, o autor concluiu que, para cada real gasto em investimentos públicos diretos no Brasil, aumenta-se R\$ 1,40 no PIB, enquanto para cada real desonerado da carga tributária apenas levaria a um aumento de R\$ 0,28.

<sup>27</sup> TORRES, R. L. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 242.

<sup>28</sup> HARADA, K. Incentivos fiscais. Limitações constitucionais e legais. *Âmbito Jurídico*, v. 94, 2011. p. 1.

<sup>29</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Tax Expenditures in OECD Countries*. Paris: OECD, 2010. p. 12.

apresente como exceção à base tributária normal (*tax benchmark* ou sistema tributário de referência), independentemente do objetivo a ser alcançado. Trata-se, portanto, da não tributação (seja qual for a sua forma jurídica), de um fato que em princípio seria gravado por determinada incidência tributária.

O problema passa a ser, então, como identificar aquilo que se pode definir como base tributária normal, uma vez que, mesmos em caso de normalidade, a tributação pode se apresentar de maneira diferente para cada contribuinte. Para deixar claro desde o início, traz-se o exemplo das imunidades tributárias brasileiras, as quais estabelecem um tratamento tributário privilegiado a determinado grupo de bens ou pessoas, mas não representam um benefício tributário simplesmente porque inexistente o poder de tributar no caso concreto<sup>30</sup>. Ou seja, mesmo que o governo quisesse, não poderia tributar as pessoas ou objetos imunes, razão pela qual não podem tais imunidades serem consideradas uma exceção ao *tax benchmark*, ou uma desoneração tributária.

Nesse sentido, RFB<sup>31</sup> vem definindo o sistema tributário como obrigatoriamente baseado nos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da neutralidade da tributação. A desoneração tributária, portanto, seria assim considerada quando fosse criada para desviar a tributação dos citados princípios. A diferença, na prática, está na discricionariedade. Reconhece-se, no entanto, que essa ideia também pode estar eivada de subjetividade, sendo necessário advertir o leitor de que dela podem advir diversas discussões, que não constituem parte do escopo deste estudo<sup>32</sup>.

Inicialmente, a legislação brasileira não trouxe qualquer distinção entre renúncias de receita, sejam elas discricionárias ou não. O art. 165, §6º, da CF, trata do tema de maneira genérica, obrigando o projeto de lei orçamentária a estar “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”. O mesmo se pode dizer da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (LC 101/00)<sup>33</sup>.

Posteriormente, a Lei 10.707/03<sup>34</sup> (LDO de 2004) definiu o termo “incentivo de natureza tributária” como uma forma de gasto público indireto que vise alcançar algum objetivo econômico ou social e que se apresenta como exceção ao sistema tributário de referência. Ou seja, além de se tratar de uma exceção à base tributária normal, atribuiu-se ao conceito um elemento finalístico específico (objetivo econômico ou social) e se excluíram os gastos indiretos que possuem outra finalidade (como a simplificação do sistema tributário ou a facilitação da fiscalização).

<sup>30</sup> TORRES, R. L. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 295.

<sup>31</sup> BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos gastos tributários - PLOA 2019*. p. 9. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-ploa-2019.pdf> Acesso em: 09 out. 2018.

<sup>32</sup> Apenas para ilustrar, poder-se-ia questionar se o direito ao abatimento da base de cálculo do imposto de renda conferido à pessoa física que possua dependentes pode ser considerado uma desoneração tributária ou não. Não seria uma desoneração tributária se esse direito significasse um respeito à isonomia tributária, partindo-se do pressuposto de que o contribuinte que possui dependentes estaria em situação diferente daquele que não os possui. Seria, contudo, uma desoneração tributária se esse benefício tivesse como objetivo outro, que não o respeito à isonomia, mas, por exemplo, estimular a reprodução humana. O mesmo se pode discutir em relação ao direito ao abatimento das despesas particulares com saúde, ou a isenção conferida aos portadores de moléstias graves ou incapacitantes. Tratam-se de vantagens tributárias conferidas a pessoas que passam por determinado infortúnio pessoal ou de simples respeito ao princípio da igualdade (considerando-se que tais pessoas se encontram em situações financeiras distintas por causa da doença)?

<sup>33</sup> Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: [...]§ 1º. A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

<sup>34</sup> Art. 91. São considerados incentivos ou benefícios de natureza tributária, para os fins do art. 8o, VI, e do art. 90 desta Lei, os gastos governamentais indiretos decorrentes do sistema tributário vigente que visam atender objetivos econômicos e sociais, explicitados na norma que desonera o tributo, constituindo-se exceção ao sistema tributário de referência e que alcance, exclusivamente, determinado grupo de contribuintes, produzindo a redução da arrecadação potencial e, conseqüentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte.



Diante deste apanhado, pode-se apresentar o seguinte quadro-resumo:

Quadro 1 - conceito e classificação das desonerações tributárias

DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA		
DESONERAÇÃO ESTRUTURAL  (integrante do <i>tax benchmark</i> , como imunidades tributárias e respeito à capacidade contributiva)	DESONERAÇÃO DISCRICIONÁRIA  (exceções ao <i>tax benchmark</i> )	
	Desoneração tributária sem objetivo ou SEM LÓGICA DE DESPESA (simplificação do sistema tributário, presunções tributárias)	Desoneração tributária com objetivo, finalística ou SUBSTITUTIVA DE DESPESA PÚBLICA (gasto tributário; gasto indireto; despesa pública indireta; benefício tributário; <i>tax expenditure</i> , <i>tax reliefs</i> ; <i>tax subsidies</i> ; <i>tax aids</i> .)
		Com objetivo econômico      Com objetivo social

Fonte: Elaboração própria.

A definição em questão constou, apenas, das LDO de 2004 a 2012, mas a ideia daquilo que se costumou chamar de “gasto tributário” permaneceu. Esse conceito foi, pela primeira vez, utilizado em 1967 por Stanley Surrey, Secretário do Tesouro dos Estados Unidos<sup>35</sup>, de maneira a destacar a ideia de que tais medidas devem ser constantemente submetidas à análise de sua eficiência, efetividade e economicidade, como qualquer outro gasto público.

Considerando-se, no entanto, que a maior parte das desonerações tributárias acabam assumindo a forma de uma despesa pública indireta (com objetivo social ou econômico), aproximam-se os conceitos de desoneração tributária e gasto tributário, razão pela qual tais expressões são utilizadas como sinônimas nesse estudo, embora seja sempre importante considerar que gasto tributário é, apenas, uma espécie de desoneração.

## 2.2 Mensuração

Em relação a sua mensuração, também a OCDE<sup>36</sup> classifica as metodologias aplicáveis, que são três.

A primeira é a metodologia da perda de arrecadação (método da perda inicial de receita ou *initial revenue loss*), método mais utilizado pelos países da OCDE, que consiste no cálculo direto decorrente da instituição de uma regra desoneratória em comparação com o sistema tributário de referência, sem considerar variações no comportamento dos contribuintes como o aumento da prática dos fatos geradores em função dos descontos concedidos ou da formalização das atividades. Para o caso de supressão dos benefícios fiscais já concedidos, a medição é feita no sentido inverso, ou seja, buscando identificar o quanto subiria a arrecadação se a regra desonerativa fosse suprimida e o comportamento do contribuinte permanecesse inalterado.

<sup>35</sup> BEGHIN, N. Gastos tributários sociais de âmbito federal: uma proposta de dimensionamento. *Tributação em Revista*, Brasília, v. 47, p. 17-26, 2005.

<sup>36</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Tax Expenditures in OECD Countries*. Paris: OECD, 2010. p. 13-14.

Essa metodologia é a mais utilizada no Brasil, segundo informações da RFB<sup>37</sup>. Como exemplo disso, pode ser citado o caso da redução das alíquotas de PIS e de COFINS sobre a receita decorrente da venda de água mineral, veiculada pelo art. 76 da Lei 12.715/12. A partir da arrecadação já prevista para essa cadeia produtiva, foi estimada uma renúncia de receita de R\$ 81.690.837 para o ano de 2018<sup>38</sup>. Essa conta, todavia, não identifica com exatidão o quanto se vai deixar de arrecadar quando os contribuintes passarem a optar por consumir água mineral em detrimento de outras bebidas em virtude da diminuição do preço desse produto, cujo uso está sendo estimulado pelo governo.

A segunda metodologia é parecida com a primeira, mas considera o reflexo no comportamento dos contribuintes, que podem, como dito acima, evitar a prática do fato gerador ou passar a praticá-lo em um número maior de vezes, a depender do aumento ou da redução do tributo (método da perda final de receita ou *final revenue loss*). Considera-se, também, que os contribuintes podem recorrer a expedientes de sonegação ou inadimplência caso a carga tributária seja majorada, ou procederem à formalização de suas atividades caso a carga tributária seja minorada.

Essa metodologia é pouco utilizada, tanto no Brasil como no mundo, por pressupor um conhecimento amplo, e às vezes inviável, das elasticidades das bases imponíveis, informações que não são facilmente sistematizadas<sup>39</sup>.

A terceira metodologia é a do gasto tributário equivalente, na qual se pretende mensurar os recursos que seriam necessários para substituir o gasto tributário por uma despesa direta e alcançar os mesmos objetivos<sup>40</sup>.

Essa seria a melhor metodologia para avaliar o acerto da opção do Poder Público por veicular uma política pública por meio de desoneração tributária, em detrimento de uma ação estatal direta. Enquanto as duas primeiras metodologias permitem comparar políticas desoneratórias entre si, para saber qual é mais custosa, esta última avalia a relação entre a renúncia de receita e o gasto público direto que se pretende substituir.

Registra-se, contudo, que esse processo não pode ser utilizado no processo orçamentário, pois nele se busca simplesmente mensurar a receita renunciada, sendo mais adequado para o momento de escolha da política pública (momento anterior à elaboração do orçamento) ou para o momento de avaliação da eficiência da desoneração tributária estabelecida (momento posterior ao orçamento).

De qualquer forma, em todos os casos há dificuldades de cálculo, eis que as metodologias podem ser mal aplicadas e os dados utilizados podem ser inconsistentes. Mesmo dentro da principal metodologia indicada pela RFB (método da perda inicial de receita), não se tem acesso à forma exata como o cálculo é realizado, o que impede a conferência dos dados pela sociedade<sup>41</sup>. Assim, considerando-se a dificuldade de mensuração do seu impacto, as desonerações tributárias deixam de se submeter, na prática, à fiscalização dos resultados alcançados pelas normas que lhe dão forma, escapando ao necessário controle financeiro-orçamentário estabelecido na legislação<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos gastos tributários - PLOA 2019*. p. 30. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-ploa-2019.pdf> Acesso em: 09 out. 2018.

<sup>38</sup> BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos gastos tributários - PLOA 2018*. p. 80. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/texto-dgt-ploa-2018-arquivo-final-para-publicacao.pdf> Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>39</sup> PELLEGRINI, J. A. Gastos Tributários: conceitos, experiência internacional e o caso do Brasil. *Texto para discussão (Senado Federal)*, Brasília, v. 159, out. 2014. p. 27.

<sup>40</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Tax Expenditures in OECD Countries*. Paris: OECD, 2010.

<sup>41</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.205/2014 (Processo n. 018.259/2013-8)*. Brasília, 2014. p. 30.

<sup>42</sup> ALMEIDA, F. C. R. Uma abordagem estruturada da renúncia de receita pública federal. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 84, p. 19-62, 2000. p. 20.

### 3 Limitações legais das desonerações tributárias

A Constituição Federal de 1988 estabelece alguns limites ao uso das desonerações tributárias como vetor de políticas públicas, os quais podem ser formais ou materiais.

Dentre os limites formais, tem-se (a) o próprio princípio da legalidade; (b) a necessária previsão orçamentária; e (c) a comprovação, na própria lei criadora do programa, de que o impacto da renúncia de receita não compromete o equilíbrio do orçamento público.

Dentre os limites materiais, observa-se (a) a isonomia; (b) a competência; e (c) a economicidade/eficiência.

#### 3.1 Limites formais

Em relação à *primeira limitação formal*, tem-se que o art. 150, §6<sup>o</sup><sup>43</sup>, da CF/88 estabelece que qualquer desoneração tributária deve ser criada ou majorada não só por lei, mas por lei específica que regulamente exclusivamente tal assunto.

A necessidade de se veicular a medida por meio de lei específica dá-se como incentivo à boa técnica legislativa e serve como instrumento de proteção das contas públicas e do próprio contribuinte contra estabelecimento oportunista de privilégios odiosos<sup>44</sup> por meio dos chamados “jabutis”. Isso porque evita que os benefícios tributários sejam legislativamente tratados em um contexto em que não lhes seja garantido protagonismo<sup>45</sup>.

Na prática, todavia, não se tem notícia de declaração de inconstitucionalidade de qualquer programa de desoneração tributária não instituído por lei específica. Aliás, a própria desoneração tributária da cadeia produtiva da água mineral, antes citada, foi instituída no bojo de uma lei que tratava de outro assunto, tendo o art. 76 sido inserido na Lei 12.715/12<sup>46</sup> durante o processo legislativo.

Em relação à *segunda limitação formal*, tem-se que o art. 165, §6<sup>o</sup><sup>47</sup>, da CF/88 obriga o projeto da LOA a estar acompanhado do demonstrativo regionalizado dos efeitos das renúncias de receita, da mesma maneira que o art. 4<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup><sup>48</sup>, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) determina que tal estudo também conste do Anexo de Metas Fiscais da LDO.

Trata-se, em resumo, de uma análise anual das desonerações tributárias vigentes, mas com função me-

<sup>43</sup> Art. 150. [...] § 6<sup>o</sup> Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2<sup>o</sup>, XII, g.

<sup>44</sup> CORREIA NETO, C. D. B. *O avesso do tributo: incentivos fiscais e renúncias fiscais no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 221.

<sup>45</sup> FERRAZ JR., T. S. Remissão e anistia fiscais: sentido dos conceitos e forma constitucional de concessão. *Revista Dialética de Direito*, São Paulo, n. 92, p. 63-67, 2003.

<sup>46</sup> A proposta havia sido encaminhada ao Congresso Nacional, na forma da MP 563/2012, por meio da Mensagem 115 do Poder Executivo, com o objetivo de alterar a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas que específica, instituir o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos automotores, o Regime Especial de Tributação do Programa Nacional de Banda Larga para Implantação de Redes de Telecomunicações, o Regime Especial de Incentivo a Computadores para Uso Educacional, o Programa Nacional de Apoio à Atenção Oncológica, o Programa Nacional de Apoio à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência, o Programa Um Computador por aluno e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores.

<sup>47</sup> Art. 165. [...] § 6<sup>o</sup> 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.

<sup>48</sup> Art. 4<sup>o</sup>. [...] § 1<sup>o</sup> Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, [...] § 2<sup>o</sup> O Anexo conterá, ainda: [...] V – demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado.

ramente informativa, sem qualquer efeito vinculante sobre o processo legislativo<sup>49</sup> ou sobre a escolha da política pública. Para Gomes<sup>50</sup> e Henriques<sup>51</sup>, embora se trate dos gastos tributários por meio de apêndices das normas orçamentárias, e não no seu texto principal, certo é que a CF/88 deu visibilidade às renúncias de receitas das quais se trata.

Em relação à *terceira limitação formal*, tem-se o art. 14 da LRF determina a comprovação de que a receita renunciada não vai comprometer o equilíbrio orçamentário nem o alcance das metas fiscais estabelecidas. Enquanto o limite anterior (demonstrativo regionalizado dos efeitos das renúncias de receita) é um requisito do orçamento público, esse limite é um requisito da própria lei instituidora ou ampliadora da desoneração tributária.

Dessa forma, a lei que instituir ou ampliar qualquer desoneração tributária deve estar acompanhada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro dessa renúncia de receita no exercício em que iniciar sua vigência e nos dois seguintes. Além disso, deve comprovar que a receita renunciada prevista não foi considerada na lei orçamentária anual em que começará a vigor o benefício ou, caso tenha sido considerada no orçamento, deve prever medidas de compensação proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de outro tributo<sup>52</sup>. Tais medidas de compensação se justificam pelo fato de as propostas de gastos tributários adotarem, em geral, forma indefinida em termos financeiros, sendo defendidas apenas pelo seu mérito, e não por sua eficiência<sup>53</sup>.

Coincidentemente, isso também não aconteceu quando da criação da desoneração da água mineral. Durante o processo legislativo da MP 563/2012, que culminou na Lei 12.715/12, foi colocada em votação uma emenda com uma justificativa simplória<sup>54</sup> e sem qualquer comprovação do impacto orçamentário ou previsão de medidas de compensação<sup>55</sup>.

### 3.1.1 Princípio da anualidade: limite formal das despesas públicas ao qual a desoneração tributária não está submetida

Como já dito, as desonerações tributárias são utilizadas em todo o mundo como instrumento para se alcançar certos fins de responsabilidade do Estado, vindo a ser utilizadas em substituição a uma despesa pública, razão pela qual deveriam se submeter à lógica orçamentária desta.

É importante, portanto, abrir parênteses para ressaltar uma limitação formal a qual a despesa pública direta está submetida e que não alcança as desonerações tributárias, o que torna mais fácil implementar uma

<sup>49</sup> CORREIA NETO, C. D. B. *O avesso do tributo: incentivos fiscais e renúncias fiscais no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 194.

<sup>50</sup> GOMES, E. C. D. S. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. p. 47.

<sup>51</sup> HENRIQUES, É. F. *Os benefícios fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 60.

<sup>52</sup> Caso seja necessário implementar tais medidas de compensação, a desoneração tributária criada ou majorada apenas poderá entrar em vigor quando estas forem implementadas (art. 14, §2º, LRF).

<sup>53</sup> SANTA HELENA, E. Z. *Competência parlamentar para geração e controle de despesas obrigatórias de caráter continuado e de gastos tributários*. Brasília: Edições Câmara, 2009. p. 29.

<sup>54</sup> “A emenda que ora apresentamos, tem por finalidade garantir subvenção econômica para a água mineral nas embalagens de 1,5 a 2.0 litros. A prevenção de doenças pelo consumo de água pura traduz economia ao Estado relativamente à saúde pública, visto que, segundo dados da OMS, 65% das internações hospitalares são decorrentes de doenças de origem hídrica. Justifica-se a redução do PIS/PASEP e da COFINS para as águas minerais, somente nas embalagens de 1,5 a 2.0 litros (de consumo predominantemente familiar), para que a população possa ter amplo acesso a esse maravilhoso alimento, advindo da natureza, para melhor qualidade da vida do cidadão brasileiro.” BRASIL. *Projeto de Emenda na Comissão n. 181/2012 à Medida Provisória n. 563/2012*. Dá nova redação à MPV 563/2012. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1011003&filename=EMC+181/2012+MPV56312+%3D%3E+MPV+563/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1011003&filename=EMC+181/2012+MPV56312+%3D%3E+MPV+563/2012) Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>55</sup> BRASIL. *Parecer da Comissão Mista do Congresso Nacional n. 11/2012*. Aprova a MPV n. 563/2012. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1016757&filename=PAR+11+MPV56312+%3D%3E+MPV+563/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1016757&filename=PAR+11+MPV56312+%3D%3E+MPV+563/2012) Acesso em: 10 jan. 2019.

política pública por meio de renúncia de receita.

Trata-se do princípio constitucional da anualidade da despesa, também chamado de princípio da periodicidade, que consta do art. 2<sup>o</sup><sup>56</sup> da Lei 4.32/64 e que implica a vigência anual do crédito orçamentário, ou seja, que a autorização da despesa esteja sujeita a uma limitação temporal<sup>57-58</sup>. A cada ano, “os programas podem ser mantidos ou excluídos do orçamento, com base nos seus resultados, e novas demandas da sociedade podem ser consideradas na peça orçamentária”<sup>59</sup>. Fora desse período, a despesa pública somente poderá ser realizada se novamente for submetida ao crivo orçamentário.

Isso não acontece, como dito, com os gastos tributários, mesmo sendo notória a sua natureza de despesa, ainda que indireta, eis que sua implementação independe da abertura de créditos orçamentários específicos. Uma vez instituídos, esses programas dificilmente são reavaliados ou excluídos, não havendo diretriz para a extinção de renúncias de receita em função da avaliação dos seus resultados<sup>60</sup>, o que faz com que os benefícios tributários criados para substituir uma despesa, seja ela social ou de estímulo à economia, burlem a regra constitucional da vigência temporal das despesas diretas. É como se a despesa assumisse o formato de benesse eterna, ou de “gasto sem fim” (*open-ended funding*)<sup>61-62</sup>. Revela-se muito mais cômodo ao poder público, portanto, a veiculação de uma política pública por meio de incentivos fiscais, em lugar da realização de uma despesa direta<sup>63</sup>.

Nesse sentido, reconheceu o TCU no acórdão 1.270/2018<sup>64</sup>:

23. Para a despesa direta, embora haja deficiências significativas de planejamento, execução, controle e avaliação, a estruturação das etapas encontra-se bem mais desenvolvida. A CF/1988, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), a Lei 4.320/1964, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), a Lei Orçamentária Anual (LOA) e outras legislações específicas estabelecem ferramentas que exigem que cada despesa executada tenha sido discutida e autorizada anualmente pelo Congresso Nacional (mesmo as despesas obrigatórias precisam ser autorizadas na LOA ou em créditos adicionais), e esteja registrada em sistemas de informação que permitem o acompanhamento físico e financeiro das entregas realizadas (repita-se que tais mecanismos existem, embora careçam de aperfeiçoamento para serem efetivos).

24. Já quanto à despesa indireta, os normativos e as rotinas administrativas atuais têm sido insuficientes para uma gestão eficiente das renúncias. O art. 14 da LRF define condições para a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária do qual decorra renúncia de receita. Entretanto, o dispositivo não impediu que fossem instituídas renúncias sem estimativa de cálculo adequada; sem prazo de vigência, sem órgão gestor, sem avaliação *ex-ante*.

25. A título de exemplo, observa-se que do total de gastos tributários previstos no DGT 2018 (atualizado) que corresponde a cerca R\$ 284 bilhões, o equivalente a: (a) R\$ 240 bilhões possuem prazo de vigência indeterminado; (b) R\$ 125 bilhões não possuem órgão gestor; e (c) R\$ 123 bilhões não possuem órgão gestor e nem prazo de vigência definido. Assim, 98% dos gastos tributários sem órgão gestor não têm prazo de vigência determinado.

<sup>56</sup> Art. 2<sup>o</sup> A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.

<sup>57</sup> CORREIA NETO, C. D. B. *O avesso do tributo: incentivos fiscais e renúncias fiscais no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 199.

<sup>58</sup> HENRIQUES, É. F. *Os benefícios fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 23.

<sup>59</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.205/2014 (Processo n. 018.259/2013-8)*. Brasília, 2014. p. 25.

<sup>60</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.205/2014 (Processo n. 018.259/2013-8)*. Brasília, 2014. p. 46.

<sup>61</sup> HENRIQUES, É. F. *Os benefícios fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 23.

<sup>62</sup> PUREZA, M. E. M. *Disciplinamento das renúncias de receitas federais: inconsistências no controle dos gastos públicos*. Brasília: Câmara Legislativa, 2007. p. 13.

<sup>63</sup> SANTA HELENA, E. Z. *Competência parlamentar para geração e controle de despesas obrigatórias de caráter continuado e de gastos tributários*. Brasília: Edições Câmara, 2009. p. 202.

<sup>64</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.270/2018 (Processo n. 015.940/2017-9)*. Brasília, 2018.

Vale lembrar que, no Brasil, a dificuldade para criação de despesas diretas aumentou ainda mais que nos outros países em virtude da aprovação da EC 95/2016, que instituiu o “Novo Regime Fiscal” e estabeleceu limitações aos gastos públicos diretos até o ano 2036. Ora, sendo limitados os recursos para criação de despesa vinculada a determinada política pública, resta a alternativa de se efetuar a mesma política por meio do gasto tributário (despesa indireta).

### 3.2 Limites materiais

A *primeira limitação material* que se apresenta é o direito fundamental à isonomia. A tributação, em si, pode ter um objeto extrafiscal, para além do levantamento dos recursos necessários ao seu financiamento, objetivando a indução de índices sociais ou econômicos. Para isso, o estado precisa abandonar sua postura neutra em relação aos indivíduos, estabelecendo tratamentos diferenciados. Isso, obviamente, não é vedado, porque a CF/88 (art. 150, II) veda apenas “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Assim, embora se saiba que as desonerações tributárias, por definição, impliquem discriminações relativas a tratamento diferenciado oferecido a determinado setor<sup>65</sup>, tem-se que a ideia por trás desse princípio é proibir o estabelecimento de uma desigualdade injustificada, não razoável, um privilégio odioso<sup>66</sup>. Trata-se, na verdade, na efetivação (e não na mitigação) do princípio da igualdade, na medida em que se tenta equalizar situações distintas para alcançar a efetivação de direitos fundamentais.

A *segunda limitação material é a competência*, administrativa ou tributária.

A competência administrativa é decorrência lógica do sistema de separação das atribuições dos entes federados brasileiros, sendo certo que a CF/88 efetuou essa discriminação para melhor alcançar a eficiência administrativa<sup>67</sup>. Se a desoneração tributária é estabelecida para alcance de uma finalidade estatal, social ou econômica, é necessário que essa finalidade esteja dentro da competência do ente da federação que está renunciando receita.

A competência para desoneração tributária, da mesma forma, é decorrência lógica do sistema federativo de Estado, mas agora com referência ao poder de tributar de cada ente federativo. Nas palavras de Caliendo<sup>68</sup>, a repartição das competências tributárias é um dos elementos mais importantes para o controle democrático do exercício constitucional do poder de tributar, e a CF/88 determinou sob quais limites o Estado pode buscar suas receitas no patrimônio dos contribuintes. Como não poderia deixar de ser, a CF/88 vedou<sup>69</sup> a instituição de desonerações tributárias por entes federados destituídos do respectivo poder de tributar, o que caracterizaria uma isenção heterônoma<sup>70</sup>.

A *terceira limitação material* está relacionada à ideia de eficiência ou economicidade. Torres<sup>71</sup> entende a economicidade como o exame material da formulação e execução orçamentária, em contraponto com o exame formal, que estabeleceria ligação direta com o princípio da legalidade. Em geral, a ideia de economicidade é consubstanciada na eficiência da gestão financeira, na minimização dos gastos públicos e na maximização

<sup>65</sup> BUFFON, M.; BASSANI, M. Benefícios fiscais: uma abordagem à luz da cidadania fiscal e da legitimação constitucional da extrafiscalidade. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, p. 245-280, 2013.

<sup>66</sup> TORRES, R. L. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 293.

<sup>67</sup> CORREIA NETO, C. D. B. *O avesso do tributo: incentivos fiscais e renúncias fiscais no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 178.

<sup>68</sup> CALIENDO, P. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 259.

<sup>69</sup> Especificamente, tem-se que a CF/88 vedou a isenção heterônoma por parte da União, senão vejamos: “Art. 151. É vedado à União [...]. III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.” A extensão desta vedação aos demais entes federativos, como decorrência lógica do sistema, é uma compreensão doutrinária e jurisprudencial.

<sup>70</sup> CALIENDO, P. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 219.

<sup>71</sup> TORRES, R. L. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 150.

da arrecadação. Lembra-se, nesse ponto, que a eficiência é um princípio administrativo constitucionalmente estabelecido.

Em outras palavras: deve-se relacionar o custo para o Estado, em decorrência do decréscimo da arrecadação, com o benefício socioeconômico realmente produzido, e compará-lo a uma despesa direta equivalente. Inapto, portanto, seria o benefício tributário do qual resultasse exclusivamente perda da arrecadação, sem desenvolver no mundo real os benefícios sociais ou econômicos pretendidos em sua regra instituidora. Inapta, ademais, seria a desoneração tributária que alcançasse resultados inferiores a uma despesa direta equivalente.

Essa inaptidão pode ser avaliada *a posteriori*, ou seja, após a sua implementação e diante de uma medição efetiva do decréscimo da arrecadação e do benefício social ou econômico ocasionado à sociedade. Mas também pode ser avaliada *a priori*, ou seja, quando for possível verificar previamente que a medida não pode alcançar os fins pretendidos. Ambos os casos podem e devem ser objeto de controle administrativo e jurisdicional<sup>72</sup>.

Voltando-se ao caso da água mineral, tem-se que, em se tratando de uma política pública voltada à saúde preventiva, a verificação da sua eficiência passa pela correlação da receita renunciada com o ganho decorrente do alívio financeiro ocasionado pela medida ao Sistema Único de Saúde. Ou, ainda, por sua correlação com uma despesa pública direta, consubstanciada em investimentos para melhoria da qualidade da água encanada ou em subsídio para aquisição de aparelhos de filtragem para a população mais carente. Sem isso, tem-se uma política pública de eficiência não comprovada, o que significa um privilégio injustificado que afeta, inclusive, o equilíbrio do mercado.

#### **4 O controle pelo Tribunal de Contas da União das desonerações tributárias federais posteriores à CF/88**

O controle das políticas públicas, como se sabe, não é mais um tabu. Ao contrário, exorta-se a necessidade de se submeter a todo tipo de avaliação e controle do mérito e das formalidades das políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo. Esse controle, aliás, pode ser feito pelo próprio órgão criador do programa, por meio dos órgãos de controle interno, consoante art. 70 da CF/88. Pode, também, haver controle externo por parte do Judiciário, estando vencida, como dito na introdução deste estudo, aquela ideia inicial de excluir da apreciação do Poder Judiciário as escolhas e ações políticas do Poder Executivo.

Na linha do controle externo, os Tribunais de Contas mostram-se como uma alçada natural e apropriada para realizar essa fiscalização das políticas públicas (apesar da ressalva de Nóbrega<sup>73</sup>), seja em razão da multidisciplinariedade da sua atuação (análise econômica, estatística, sociológica e da assistência social)<sup>74</sup>, seja em razão do “seu caráter eminentemente interdisciplinar, no ponto onde confluem, a um só tempo, Direito, Política, Moralidade e Economia”<sup>75</sup>.

Ademais, a própria CF/88 outorgou a esses órgãos a atribuição de efetuar inspeções e auditorias contá-

<sup>72</sup> CORREIA NETO, C. D. B. *O avesso do tributo: incentivos fiscais e renúncias fiscais no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 152.

<sup>73</sup> “Esses tribunais têm-se aperfeiçoado nos últimos anos, mas ainda estão muito, muito distantes de atingir resultados satisfatórios. Logo, melhorar o controle é tarefa primordial para alcançar bons resultados de programas de governo.” NÓBREGA, M. *Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, E. L. D. O direito financeiro, tributário e políticas públicas: uma análise conjunta além do texto legal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 37-51, jan./jun. 2012. p. 49. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1585>. Acesso em: 20 jan. 2020. p. 49.

<sup>75</sup> CASTRO, J. R. P. D. *“Ativismo de contas”*: controle das políticas públicas. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, Rio de Janeiro, 2015. p. 148.

bil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Público (art. 70, IV, CF/88). Marcando a diferença entre auditoria de legalidade e auditoria de operacional, Nóbrega destaca que esta última é muito mais ampla, pois destinada ao exame das ações governamentais em reação aos seus aspectos de economicidade, eficiência, eficácia e equidade<sup>76</sup>. Iocken, por sua vez, salienta a imprescindibilidade das auditorias operacionais na busca da efetividade das políticas públicas. Em um contexto que envolve a atuação multidisciplinar de diversos atores públicos, buscam avaliar o alcance das metas e prioridades do programa ou ação governamental estabelecido<sup>77</sup>.

No que se refere especificamente às desonerações tributárias, a CF/88 confiou aos Tribunais de Contas a responsabilidade de auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização das renúncias de receitas (art. 70 e 71, *caput*, CF/88), inclusive no que se refere à legitimidade e à economicidade das políticas públicas veiculadas por meio desse tipo de instrumento fiscal. Ao atribuir a responsabilidade por essa análise (de legitimidade e economicidade), a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um diferencial bastante relevante na comparação com os tribunais congêneres europeus, atribuindo à corte nacional uma atuação mais abrangente<sup>78</sup>.

Nesse sentido, e também por conta da dificuldade de se encontrar decisões judiciais sobre o controle das desonerações tributárias, as auditorias e as decisões realizadas pelos Tribunais de Contas nessa área se apresentam como campo fértil para o desenvolvimento deste trabalho. O Tribunal de Contas da União, aliás, destaca-se por conta da relativa tradição nesta seara, tendo se debruçado sobre políticas públicas desoneratórias instituídas pela União desde 1998.

Passa-se, assim, à análise proposta.

Com base no levantamento realizado juntamente à base de dados do TCU<sup>79</sup>, foram identificados os seguintes acórdãos que tratam de desonerações tributárias realizadas pelo governo federal, todos referentes a políticas públicas indiretas realizados após 1988: (a) Acórdão n. 674/1998 (Processo n. 022.902/1994-5); (b) Acórdão 1.690/2007 (processo 010.107/2007-8); (c) Acórdão 747/2010 (Processo 015.052/2009-7); (d) Acórdão 1.385/2011 (Processo 018.011/2010-1); (e) Acórdão 3.137/2011 (Processo 030.315/2010-7); (f) Acórdã 3.437/2012 (Processo 015.052/2009-7); (g) Acórdão 2.766/2012 (Processo 015.511/2012-0); (h) Acórdão 73/2013 (Processo 041.249/2012-7); (i) Acórdão 3.695/2013 (Processo 015.436/2013-6); (j) Acórdão 809/2014 (Processo 012.606/2012-0); (k) Acórdão 1.905/2014 (Processo 015.436/2013-6); (l) Acórdão 1.205/2014 (Processo 018.259/2013-8); (m) Acórdão 793/2016 (Processo 033.150/2015-0); (n) Acórdão 1.270/2018 (Processo 015.940/2017-9); (o) Acórdão 2.756/2018 (Processo 029.350/2014-7); (p) Acórdão 1.112/2020 (Processo 006.625/2019-3).

Inicialmente, o TCU se debruçou sobre os “Demonstrativos de Benefícios Tributários”, elaborados pelo Poder Executivo (mais precisamente pela RFB) em cumprimento ao art. 165, §6º, da CF/88. Por meio do acórdão 674/1998<sup>80</sup>, de 1998, foi dado tratamento à LOA do ano de 1995, tendo sido constatada a ausência de informações sobre as desonerações tributárias relativas ao IRPF, ao IRPJ, ao IOF e ao ITR. Como resultado, referido órgão determinou que a RFB (a) procedesse à inclusão no relatório das informações relativas às desonerações tributárias que não haviam sido especificadas; (b) evitasse o uso da expressão genérica “demais isenções”, de modo a refletir fielmente o universo da renúncia tributária; e (c) promovesse estudos no sentido de viabilizar a edição de normas para fixar critérios básicos para elaboração do relatório e as compe-

<sup>76</sup> NÓBREGA, M. *Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 103.

<sup>77</sup> IOCKEN, S. N. Avaliação de políticas públicas: instrumento de controle e garantia da qualidade do gasto público. *Revista TC-MRJ*, Rio de Janeiro, v. 53, p. 04-09, fev. 2013. p. 07-08. Disponível em: [http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10509/REVISTA\\_TC-MRJ\\_53.pdf](http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10509/REVISTA_TC-MRJ_53.pdf). Acesso em: 14 maio 2020.

<sup>78</sup> CARVALHO, F. L. de L.; RODRIGUES, R. S. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 225-248, jan./mar. 2018.

<sup>79</sup> Foi utilizada a ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponível no site do TCU (<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>), por meio dos termos “desoneração tributária” e “renúncia fiscal”, alternadamente. Foram desconsiderados os acórdãos de monitoramento que não trouxeram novidades relativas à posição do tribunal sobre o tema.

<sup>80</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 674/1998 (Processo n. 022.902/1994-5)*. Brasília, 1998.



tências específicas de cada órgão. Desde esse momento inicial, nota-se a dificuldade que o Poder Executivo enfrenta para estabelecer um levantamento das desonerações tributárias veiculadoras de políticas públicas.

Posteriormente, o TCU focou no cumprimento do art. 14 da LRF, que determina a obrigatoriedade de se comprovar, por ocasião da criação da própria lei instituidora da desoneração, que a renúncia de receita não vai comprometer o equilíbrio orçamentário nem o alcance das metas fiscais estabelecidas. O mesmo dispositivo estabelece que, caso seja verificado que as receitas a se renunciar constam de previsão orçamentária, devem ser tomadas medidas compensatórias. Por meio do acórdão 1.690/2007<sup>81</sup>, de 2007, foi analisado o Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), composto de um conjunto de investimentos em infraestrutura, de subsídios diretos ao setor produtivo e de desonerações tributárias de estímulo à economia<sup>82</sup>. Como resultado, referido órgão constatou o descumprimento dos preceitos legais relativos à estimativa da renúncia de receitas e do impacto orçamentário, tendo determinado à RFB o encaminhamento de relatório com (a) os valores das renúncias por espécie tributária inseridas no PAC, por ato normativo específico (medida provisória, decreto, lei, e outros), por setor, região, unidade federativa, funções orçamentárias, participação no PIB e quantidade de beneficiários por programas; (b) a análise dos impactos das desonerações tributárias mencionadas no subitem anterior na economia, no faturamento dos respectivos setores e na arrecadação tributária; e (c) a metodologia de cálculo utilizada. Em consulta ao andamento processual, não se identificou informação acerca do cumprimento dessas demandas ou de acompanhamento da execução deste julgado.

Por meio do acórdão 747/2010<sup>83</sup>, de 2010, o TCU novamente efetuou levantamento acerca dos procedimentos de controle do cumprimento do art. 14 da LRF, tendo constatado que o dispositivo legal é sistematicamente descumprido pelo Poder Executivo federal. Em relação ao relatório, consta que nenhuma das proposições legislativas apresentadas nos anos de 2008 (nem mesmo as aprovadas) continham a estimativa do valor renunciado e o ateste relativo à adequação orçamentária. Tais informações também não constavam da LOA e da LDO relativas ao período. Segundo o Tribunal, na exposição de motivos das medidas provisórias convertidas em lei em 2008, por meio das quais se criou ou majorou diversas desonerações tributárias<sup>84</sup>, pode-se identificar que a compensação se deu por meio de ajustes na programação orçamentária e financeira, ou seja por meio da contingência de despesas já autorizadas. Isso, todavia, é considerado ilegal até mesmo pelo TCU, sendo o art. 14, II, da LRF expresso em autorizar a compensação apenas por meio de majoração de alíquotas ou criação de tributos novos. Ademais, os valores decorrentes de excesso de arrecadação ou de inexecução de despesas autorizadas também não poderiam servir de compensação a renúncias de receita porque seria constitucionalmente vedado ao Poder Executivo “a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa”<sup>85</sup>.

Como resultado da auditoria, o TCU recomendou à RFB e ao Ministério da Fazenda, como um todo, que (a) definissem uma metodologia para elaboração das estimativas de impacto orçamentário-financeiro das renúncias de receita para fiel cumprimento à LRF; (b) observasse as normas legais relativas a renúncias de receita também nos casos de prorrogação dos benefícios; e (c) deixasse de utilizar ajustes de programação orçamentária ou excesso de arrecadação como medida de compensação às renúncias de receita.

<sup>81</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.690/2007 (processo n. 010.107/2007-8)*. Brasília, 2007.

<sup>82</sup> “Para as empresas que fabricam televisores digitais e semicondutores, o PAC incluía a desoneração dos seguintes tributos: imposto de renda (16 anos), PIS, Cofins e IPI (15 anos), CIDE (12-16 anos). A aquisição de *software* usado por estas indústrias também seria beneficiada. Compras de determinados produtos siderúrgicos também se beneficiaram de uma redução de 5 a 0% da alíquota de IPI. Ganhos de fundos de investimento em infraestrutura estariam isentas do imposto recolhido sobre os ganhos. Computadores vendidos ao preço de até R\$ 4.000 foram isentados da Cofins e do PIS. Essas medidas representaram uma renúncia fiscal de R\$ 1,2 bilhões em 2007 e R\$ 2,3 bilhões em 2008.” LUKIC, M. D. S. R. *Extrafiscalidade e regulação da economia: as mudanças tributárias nos governos Lula e Dilma. Sequência*, Florianópolis, v. 71, p. 197-220, dez. 2015. p. 208. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-7052015000200197&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-7052015000200197&lng=en&nrm=iso) Acesso em: 02 out. 2018. p. 208.

<sup>83</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 747/2010 (Processo n. 015.052/2009-7)*. Brasília, 2010.

<sup>84</sup> Leis 11.727/2008, Lei 11.774/2008 e Lei 11.787/2008.

<sup>85</sup> Art. 167, VI, CF/88.

Em relação aos itens “a” e “b”, o TCU acompanhou o cumprimento da decisão por meio do processo 012.606/2012-0, tendo se manifestado, posteriormente, por meio do acórdão 809/2014<sup>86</sup>, no sentido de que não houvera cumprimento integral do que havia sido determinado. As informações prestadas pela RFB e pelo MF foram no sentido de que não haviam sido concluídos os estudos sobre o assunto.

Em relação ao item “c”, o Ministro da Fazenda apresentou recurso, o que fez com que o TCU se manifestasse em 2012, proferindo o acórdão 3.437/2012<sup>87</sup> nos mesmos autos. O argumento do recorrente dava-se no sentido de que, ao art. 14, II, da LRF, deveria ser aplicada interpretação teleológica a fim de se entender como meramente exemplificativo o rol de compensações nele estabelecido e permitir, assim, que fossem utilizados, com essa finalidade, os ajustes de programação orçamentária ou o excesso de arrecadação. O Tribunal, no entanto, manteve seu posicionamento.

Especificamente quanto ao controle das políticas públicas veiculadas por meio de desonerações tributárias, o TCU, em 2011, por meio do acórdão 1.385/2011<sup>88</sup>, proferiu decisão sobre os benefícios fiscais decorrentes da Lei Rouanet<sup>89</sup> (Lei 8.313/91). Durante a auditoria, referido órgão constatou, dentre outros, que (a) a desoneração foi equivocadamente mensurada<sup>90</sup>; (b) não há acompanhamento concomitante à execução dos projetos beneficiados, conforme determinado em lei; (c) mesmo após a execução, não há avaliação final de todos os projetos, conforme também determinado em lei, tendo o Ministério da Cultura sistematizado uma verificação por amostragem; (d) não há fiscalização das normas legais que impedem a habilitação de projetos culturais de autores que tiveram suas prestações de contas rejeitadas, nem das que impedem doação ou patrocínio a pessoa ou instituição vinculada ao agente.

Ao final, foi recomendado ao Ministério da Cultura que estabelecesse uma metodologia para acompanhamento da execução e avaliação físico-financeira dos projetos culturais incentivados, bem como metas para redução do estoque de prestações de contas pendentes de análise. No ano seguinte, de acordo com o acórdão 2.766/2012<sup>91</sup>, o Ministério da Cultura ainda não havia implementado integralmente tais medidas, eis que teria acabado de publicar (pendente, portanto, de execução) instrução normativa com a metodologia para acompanhamento da execução e avaliação físico-financeira dos projetos culturais incentivados, bem como estaria em processo de realização de concurso público para contratação de servidores para análise das prestações de contas pendentes de análise. Não houve manifestação posterior do TCU sobre esse tema.

Também em 2011, o TCU voltou a se manifestar sobre o cumprimento do art. 14 da LRF, o que fez por meio do acórdão 3.137/2011<sup>92</sup>, que teve como objeto as desonerações tributárias instituídas por meio do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (REIDI)<sup>93</sup> (Lei 11.488/2007). Do processo legislativo, iniciado por meio da MP 351/2007, nada constava da mensagem encaminhada pelo Poder Executivo a respeito dos impactos orçamentários da medida. Do parecer emitido pela Comissão Mista, constava apenas a informação de que o programa estaria em consonância com as normas orçamentárias e que as perdas imediatas de receita para o ano de 2008 seriam compensadas, novamente, por meio de ajustes na programação orçamentárias. De acordo com o acórdão, os gastos para os anos de 2008 a 2011 superaram a casa dos R\$ 5 bilhões de reais.

<sup>86</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 809/2014 (Processo n. 012.606/2012-0)*. Brasília, 2014.

<sup>87</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.437/2012 (Processo n. 015.052/2009-7)*. Brasília, 2012.

<sup>88</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.385/2011 (Processo n. 018.011/2010-1)*. Brasília, 2011.

<sup>89</sup> Consistentes na permissão para que, dos valores a serem pagos pelos contribuintes a título de imposto sobre a renda, sejam deduzidos os patrocínios a programas culturais.

<sup>90</sup> O montante anual efetivo da renúncia de receita chegou a superar em 153,6% a estimativa da LDO e em 80,9% a estimativa do PLOA.

<sup>91</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.766/2012 (Processo n. 015.511/2012-0)*. Brasília, 2012.

<sup>92</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.137/2011 (Processo n. 030.315/2010-7)*. Brasília, 2011.

<sup>93</sup> Que consistem na suspensão da exigência das contribuições para o PIS e para a COFINS incidentes sobre a receita decorrente da venda ou importação de maquinário e materiais de construção a serem incorporados em obras de infraestrutura, nos setores de transportes, portos, energia, saneamento básico e irrigação.

Durante a auditoria, referido órgão constatou, ainda, outros problemas relativos ao controle dessas políticas públicas, tais como (a) relativos aos sistemas de gerenciamento da aprovação dos projetos a serem implementados no programa; (b) deficiência em relação à implementação dos benefícios a todos os setores inicialmente planejados; (c) inexistência de acompanhamento da execução dos projetos de infraestrutura beneficiados. Ao final, foi recomendado aos Ministérios envolvidos (Minas e Energia, Transportes, Integração Nacional e Secretaria Especial de Portos) que implementassem sistema informatizado para gerenciamento da aprovação dos projetos relativos ao programa, bem como uma rotina de fiscalização concomitante e subsequente dos empreendimentos beneficiados. Em 2013, por meio do acórdão 73/2013<sup>94</sup>, o TCU constatou que as medidas sugeridas não haviam sido totalmente implementadas.

Em 2013 e 2014, o TCU analisou programas de desoneração tributária veiculados pela Lei de Informática Nacional<sup>95</sup> (Lei 8.248/1991), pela Lei de Informática da Zona Franca de Manaus<sup>96</sup> (Lei 8.387/1991), pela Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para TV Digital<sup>97</sup> (PADTVD) (Lei 11.484/2007), pela Lei do Bem<sup>98</sup> (Lei 11.196/2005) e pelo Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores<sup>99</sup> (Inovar-Auto) (Lei 12.715/2012)

Tais programas foram analisados inicialmente por meio de sessão e acórdão (acórdão 3.695/2013)<sup>100</sup> sigilosos, mas o cumprimento da decisão foi acompanhado pelo acórdão 1.905/2014<sup>101</sup>, por meio do qual foi possível identificar a constatação dos seguintes problemas: (a) ausência de planejamento das políticas de incentivo fiscal, considerada a inexistência de objetivos, indicadores, resultados ou metas devidamente estabelecidos; (b) ausência de monitoramento e avaliação do impacto das políticas no mercado; e (c) inexistência de divisão formal de competências e responsabilidades pela gestão dos programas. Ao final, foram estabelecidas recomendações referentes à sistematização dos processos de monitoramento dos resultados das políticas públicas desoneratórias implementadas e ao estabelecimento de competências e responsabilidades pela gestão dos programas.

Em 2014, o TCU fez uma auditoria (acórdão n. 1.205/2014)<sup>102</sup> mais ampla para conhecer e avaliar a estrutura de governança das renúncias tributárias do Poder Executivo federal, analisando as etapas de instituição, previsão, concessão, execução, avaliação e controle dos programas de desoneração tributária, de forma a permitir o mapeamento dos riscos intrínsecos aos órgãos gestores das renúncias de receita. A empreitada envolveu onze ministérios (gestores das principais políticas públicas financiadas por renúncias tributárias) e os órgãos centrais do Poder Executivo Federal (Ministério da Fazenda, Ministério do Planeja-

<sup>94</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 73/2013 (Processo n. 041.249/2012-7)*. Brasília, 2013.

<sup>95</sup> Que servia à capacitação do setor de informática e automação brasileiros por meio da redução das alíquotas do IPI às empresas que atuem nestas áreas, além da manutenção do crédito de IPI relativo a insumos empregados em processo aprovado pelo Ministério da Ciência. Em contrapartida, as empresas deviam investir parte do seu faturamento bruto em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação a serem realizadas no país.

<sup>96</sup> Política de capacitação do setor de industrialização de bens de informática específico da Zona Franca de Manaus. Trata-se da concessão de incentivos fiscais relativos a programas privados previamente aprovados pelo Poder Executivo.

<sup>97</sup> Dispõe sobre o e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores (PADIS). Os programas servem de estímulo às indústrias de componentes eletrônicos semicondutores e de equipamentos para televisão digital, respectivamente. A desoneração tributária se dá por meio da redução de tributos incidentes sobre processo produtivo previamente aprovado pelo Poder Executivo, mediante investimento em atividades de pesquisa na área.

<sup>98</sup> Estabelecida para estimular variados setores da economia, de maneira a fomentar a inovação e a pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. Os incentivos fiscais são consubstanciados na dedução dos gastos em atividades de pesquisa tecnológica da base de cálculo de tributos, redução de alíquotas incidentes sobre operação de aquisição de insumos e maquinário, depreciação acelerada desses bens, e isenção de impostos sobre a renda retido na fonte sobre remessas para o exterior destinadas ao registro e manutenção de marcas e patentes.

<sup>99</sup> Estabelecido para apoiar o desenvolvimento tecnológico e ambiental na produção de automóveis, consistindo em benefícios fiscais concedidos a empresas que desenvolvam a produção em território brasileiro.

<sup>100</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.695/2013 (Processo n. 015.436/2013-6)*. Brasília, 2013.

<sup>101</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.905/2014 (Processo n. 015.436/2013-6)*. Brasília, 2014.

<sup>102</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.205/2014 (Processo n. 018.259/2013-8)*. Brasília, 2014.

mento, Orçamento e Gestão, Controladoria-Geral da União e Casa Civil da Presidência da República). Ao final, vinte problemas foram mapeados, dentre eles os seguintes: (a) ausência de normatização interna do processo de instituição de renúncias tributárias; ausência de acompanhamento e de avaliação das renúncias tributárias; (b) deficiências de comunicação sobre os benefícios tributários entre RFB e os órgãos gestores; (c) e ausência de regulamentação sobre a gestão das políticas públicas por parte do órgão gestor, incluindo as atividades desenvolvidas, os procedimentos de controle e de avaliação e as unidades por elas responsáveis.

Em relação aos problemas mapeados, foram expedidas diversas recomendações à Casa Civil da Presidência da República, como: (a) a utilização de instrumento legislativo adequado para instituição de renúncia de receita (lei específica); (b) a criação de renúncias de receitas com prazo de vigência preestabelecido; (c) o estabelecimento mecanismos de avaliação periódica dos benefícios estabelecidos. À RFB, foi recomendada a divulgação da metodologia utilizada para cálculo das estimativas de renúncia de receita. Aos Ministérios responsáveis pelos programas de estímulos veiculados por desonerações tributárias, foi recomendado que fossem estabelecidos objetivos indicadores e metas para cada um dos projetos sob sua supervisão.

Essas recomendações foram acompanhadas pelo TCU por meio do processo 033.150/2015-0, tendo esse órgão se manifestado posteriormente, por meio do acórdão 793/2016<sup>103</sup>, no sentido de que as sugestões não estavam sendo implementadas. Na ocasião, o Tribunal recomendou ao Congresso Nacional que observasse as previsões do art. 14 da LRF no que tange aos projetos encaminhados pela Presidência da República e obrigou à RFB a informar semestralmente as medidas adotadas para cumprimento da determinação relativa à divulgação das metodologias por ela utilizadas.

Em 2018, o TCU passou a monitorar em conjunto as recomendações expedidas em todas as manifestações anteriores, notadamente aquelas que se encontravam pendentes de cumprimento, bem como cinco programas de benefícios tributários previamente selecionados<sup>104</sup>. O resultado disso consta dos acórdãos 1.270/2018<sup>105</sup>, 2.756/2018<sup>106</sup> e 1.112/2020<sup>107</sup>, por meio do qual se declarou que: (a) ainda não haviam sido divulgadas pela RFB as metodologias de cálculo dos gastos tributários descritos no demonstrativo anualmente disponibilizado; (b) ainda havia sido implementada a sistematização dos procedimentos para tramitação e avaliação das propostas de desonerações tributárias novas, de forma a assegurar o cumprimento do art. 14 da LRF (estimativa prévia do impacto orçamentário-financeiro e, se for o caso, a descrição das medidas de compensação); e (c) persistiria uma lacuna quanto à distribuição das responsabilidades relativas à gestão e à avaliação das políticas públicas financiadas por renúncias de receitas. Nesse sentido, como encaminhamento, o TCU reiterou as recomendações já realizadas nos processos anteriores.

## 5 Considerações finais

Conforme visto, muitas políticas públicas sociais são veiculadas por meio de gastos tributários, na forma de tratamentos favorecidos a determinados setores da economia. A desoneração tributária, como se sabe, é sempre traduzida como um tratamento favorecido, mas esse favorecimento apenas pode existir quando servir ao alcance do interesse público, sob pena de configurar um privilégio odioso. Para que se impeçam

<sup>103</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 793/2016 (Processo n. 033.150/2015-0)*. Brasília, 2016.

<sup>104</sup> “2. No âmbito deste trabalho, realizou-se monitoramento de deliberações constantes dos Acórdãos 747/2010, 809/2014, 1.205/2014 e 793/2016, todos do Plenário, baseado nos subitens 9.5.2 e 9.5.4 do Acórdão 809/2014-TCU-Plenário (TC 012.606/2012-0) e no item 9.6 do Acórdão 793/2016-TCU-Plenário (TC 033.150/2015-0). Além disso, foram realizadas cinco auditorias específicas em benefícios tributários selecionados, os quais possuem materialidade significativa (R\$ 43,7 bilhões), órgão gestor definido e contrapartidas sociais ou econômicas previstas em lei.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.270/2018 (Processo n. 015.940/2017-9)*. Brasília, 2018.

<sup>105</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.270/2018 (Processo n. 015.940/2017-9)*. Brasília, 2018.

<sup>106</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.270/2018 (Processo n. 015.940/2017-9)*. Brasília, 2018.

<sup>107</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.112/2020 (Processo n. 006.625/2019-3)*. Brasília, 2020.

desvios de finalidade, necessário que se demonstre a eficiência da medida proposta, a possibilidade de se alcançar uma finalidade pública previamente estabelecida em comparação a um eventual gasto público direto na mesma área. Esta é, aliás, a orientação da OCDE: oferecer, sempre, a possibilidade de discussão da política desoneratória em face da política pública direta que pretende substituir.

Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro prevê outros requisitos, como a projeção e avaliação anual das desonerações tributárias em vigor, bem como a comprovação da adequação da desoneração tributária a ser criada ou majorada com o orçamento vigente (ou a criação de mecanismos compensadores), para evitar o desequilíbrio orçamentário.

Além de processos transparentes de justificação prévia das medidas — que deveriam ser apresentados no processo de aprovação do projeto de lei instituidora ou majoradora da desoneração tributária e na qual se demonstraria a eficiência da medida em comparação a uma política pública direta —, é necessário, ainda, efetuar o controle e avaliação periódica das políticas públicas instituídas por meio de desonerações tributárias, como se faz (ou se deveria fazer) com qualquer outro projeto governamental que envolva uma atuação direta do Poder Público.

Como visto, com base nas análises acima apresentadas, nada disso é feito no Brasil em relação às políticas fiscais desoneratórias, a despeito de estarem elas cada vez mais presentes na realidade orçamentária brasileira.

Nesse sentido, o TCU constatou, com base em informações prestadas pelos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, que poucos são os casos em que os programas de desoneração tributária estão vinculados a uma política pública formal, composta de objetivos, indicadores e metas pré-definidos. O que assustou ainda mais foi perceber que muitos órgãos sequer entendem o gasto tributário como um meio de financiamento de política pública. Na prática, não existem estudos prévios das medidas desoneratórias adotadas, nem controle de sua eficiência, e isso abre espaço para influência dos interesses privados dos prestadores destes serviços no processo decisório público, o que viola a isonomia. Vale frisar que o Tribunal também constatou que o governo federal brasileiro não realiza nenhuma avaliação *a posteriori* dos programas de desoneração tributária

Além disso, sequer as regras orçamentárias previstas na CF/88 e na LRF são respeitadas.

Em relação à própria lei instituidora da desoneração tributária (que deve vir acompanhada da estimativa do impacto da medida, da comprovação de adequação orçamentária ou de medidas de compensação), tem-se que, na prática, a União, os Estados e os Municípios vêm concedendo incentivos tributários sem o cumprimento desses requisitos. O sintoma disso é o orçamento público federal desequilibrado, reiteradamente em déficit ou sem confiabilidade.

Em relação à estimativa orçamentária anual das receitas renunciadas (que deve constar do Anexo de Metas Fiscais da LDO,) tem-se uma generalizada violação da regra, que ocorre com base em mensurações genéricas e sem base quantitativa lógica. Há casos em que o número estimado é simplesmente lançado no projeto de lei ou de emenda, sem qualquer tentativa de explicação comprovação.

Com tantos problemas, é de se questionar as escolhas públicas pelas políticas fiscais desoneratórias realizadas pelo governo federal brasileiro para alcançar qualquer objetivo econômico ou social. Estas se encontram à margem de qualquer processo de planejamento, avaliação e controle. Por óbvio, não se pode, de antemão, asseverar a impossibilidade de se alcançar resultados positivos por meio desse instrumento e política fiscal, mas se pode afirmar que, da maneira que este vem sendo utilizado, sem respeito à legislação e sem constar formalmente de um projeto metodologicamente adequado de política pública, esses resultados positivos não serão alcançados.

## Referências

- ALMEIDA, F. C. R. Uma abordagem estruturada da renúncia de receita pública federal. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 84, p. 19-62, 2000.
- ALVARENGA, L. V.-B. Gastos Tributários Sociais – Como estamos? *Textos para discussão (Cede-UFF)*, Niterói, v. 64, 2012.
- BALDO, R. A. Democratização do orçamento público pela da legalidade, legitimidade e economicidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 689-705, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4616/3502>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- BARCELLOS, A. P. D. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 251-265, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5294/3967> Acesso em: 20 jan. 2020.
- BARROS, S. R. D. Políticas públicas e o Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 29-38, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1704>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- BEGHIN, N. Gastos tributários sociais de âmbito federal: uma proposta de dimensionamento. *Tributação em Revista*, Brasília, v. 47, p. 17-26, 2005.
- BOGOSSIAN, A. Levando o orçamento a sério como instrumento de controle de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 3, p. 178-198, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3283> Acesso em: 20 jan. 2020.
- BRASIL. *Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dez. de 2016*. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm) Acesso em: 10 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 11.578, de 26 de novembro de 2007*. Dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, e sobre a forma de operacionalização do Programa de Subsídio à Habitação. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/11578.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11578.htm) Acesso em: 24 nov. 2020.
- BRASIL. *Parecer da Comissão Mista do Congresso Nacional n. 11/2012*. Aprova a MPV n. 563/2012. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1016757&filename=PAR+11+MPV56312+%3D%3E+MPV+563/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1016757&filename=PAR+11+MPV56312+%3D%3E+MPV+563/2012) Acesso em: 10 jan. 2019.
- BRASIL. *Projeto de Emenda na Comissão n. 181/2012 à Medida Provisória n. 563/2012*. Dá nova redação à MPV 563/2012. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1011003&filename=EMC+181/2012+MPV56312+%3D%3E+MPV+563/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1011003&filename=EMC+181/2012+MPV56312+%3D%3E+MPV+563/2012) Acesso em: 10 jan. 2019.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos gastos tributários - PLOA 2018*. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/texto-dgt-ploa-2018-arquivo-final-para-publicacao.pdf> Acesso em: 10 jan. 2019.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos gastos tributários - PLOA 2019*. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-ploa-2019.pdf> Acesso em: 09 out. 2018.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos gastos tributários - PLOA 2020*. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-ploa/ploa-2020/dgt-ploa-2020-base-conceitual-v1-1.pdf> Acesso em: 09 out. 2018.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Gastos Tributários – Bases Efetivas – 2015 (Série 2013 a 2018)*. Disponí-

vel em: <https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/demonstrativos-dos-gastos-tributarios/bases-efetivas>. Acesso em: 09 out. 2018.

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.112/2020 (Processo n. 006.625/2019-3)*. Brasília, 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.205/2014 (Processo n. 018.259/2013-8)*. Brasília, 2014.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.270/2018 (Processo n. 015.940/2017-9)*. Brasília, 2018.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.385/2011 (Processo n. 018.011/2010-1)*. Brasília, 2011.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.690/2007 (Processo n. 010.107/2007-8)*. Brasília, 2007.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.905/2014 (Processo n. 015.436/2013-6)*. Brasília, 2014.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.756/2018 (Processo n. 029.350/2017-4)*. Brasília, 2018.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.137/2011 (Processo n. 030.315/2010-7)*. Brasília, 2011.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.437/2012 (Processo n. 015.052/2009-7)*. Brasília, 2012.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 3.695/2013 (Processo n. 015.436/2013-6)*. Brasília, 2013.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 674/1998 (Processo n. 022.902/1994-5)*. Brasília, 1998.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 747/2010 (Processo n. 015.052/2009-7)*. Brasília, 2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 793/2016 (Processo n. 033.150/2015-0)*. Brasília, 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 809/2014 (Processo n. 012.606/2012-0)*. Brasília, 2014.
- BUCCI, M. P. D. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, v. 9, p. 7-16, 2009.
- BUCCI, M. P. D. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, p. 89-98, 1997.
- BUFFON, M.; BASSANI, M. Benefícios fiscais: uma abordagem à luz da cidadania fiscal e da legitimação constitucional da extrafiscalidade. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, p. 245-280, 2013.
- CALIENDO, P. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, F. L. L.; RODRIGUES, R. S. O Tribunal de Contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 225-248, jan./mar. 2018.
- CASTRO, J. R. P. D. *“Ativismo de contas”*: controle das políticas públicas. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, Rio de Janeiro, 2015.
- CORREIA NETO, C. D. B. *O avesso do tributo*: incentivos fiscais e renúncias fiscais no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.
- CUNDA, D. Z. G. Controle de políticas públicas pelos tribunais de contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 111-147, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1270/1273> Acesso em: 20 jan. 2020.
- FERRAZ JR., T. S. Remissão e anistia fiscais: sentido dos conceitos e forma constitucional de concessão. *Revista Dialética de Direito*, São Paulo, n. 92, p. 63-67, 2003.

FREITAS, J. *Direito fundamental à boa gestão pública*. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARCIA, F.; SACHSIDA, A.; CARVALHO, A. X. Y. D. Impacto da desoneração da folha de pagamentos sobre o emprego: novas evidências. *Texto para discussão (IPEA)*, Rio de Janeiro, v. 2.357, 2018. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=32196:td-2357-impacto-da-desoneracao-da-folha-de-pagamento-sobre-o-emprego-novas-evidencias&catid=411:2018&directory=1](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32196:td-2357-impacto-da-desoneracao-da-folha-de-pagamento-sobre-o-emprego-novas-evidencias&catid=411:2018&directory=1) Acesso em: 10 out. 2018.

GARCIA, V. *A promoção dos direitos humanos e as desonerações tributárias: uma análise da política fiscal desoneratória brasileira sob a égide da Constituição Federal de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

GOMES, E. C. D. S. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

HARADA, K. Incentivos fiscais: limitações constitucionais e legais. *Âmbito Jurídico*, v. 94, 2011.

HENRIQUES, É. F. *Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

IOCKEN, S. N. Avaliação de políticas públicas: instrumento de controle e garantia da qualidade do gasto público. *Revista TCMRJ*, Rio de Janeiro, v. 53, p. 4-9, fev. 2013. Disponível em: [http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10509/REVISTA\\_TCMRJ\\_53.pdf](http://www.tcm.rj.gov.br/Noticias/10509/REVISTA_TCMRJ_53.pdf) Acesso em: 14 maio 2020.

LIMA, A. N. D. *Renúncias fiscais da União: estudo técnico*. 2017. Disponível em: [https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/32419/renuncia\\_fiscal\\_lima.pdf?sequence=1](https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/32419/renuncia_fiscal_lima.pdf?sequence=1). Acesso em: 14 maio 2020.

LUKIC, M. D. S. R. Extrafiscalidade e regulação da economia: as mudanças tributárias nos governos Lula e Dilma. *Sequência*, Florianópolis, v. 71, p. 197-220, dez. 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552015000200197&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000200197&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02 out. 2018.

NÓBREGA, M. *Os Tribunais de Contas e o controle dos programas sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, A. L. T.; COUTINHO, N. C.; LAZARI, R. J. N. D. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 208-222, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3119/pdf> Acesso em: 20 jan. 2020.

OLIVEIRA, E. L. D. O direito financeiro, tributário e políticas públicas: uma análise conjunta além do texto legal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 37-51, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1585> Acesso em: 20 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *OECD Best Practices for Budget Transparency*. 2002. Disponível em: <https://www.oecd.org/governance/budgeting/Best%20Practices%20Budget%20Transparency%20-%20complete%20with%20cover%20page.pdf> Acesso em: 20 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Tax Expenditures in OECD Countries*. Paris: OECD, 2010.

PAES, N. L. Os gastos tributários e seus impactos sobre o desempenho da saúde e da educação. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 19, 2014.

PAIVA, P. A. D. S.; LIMA, A. A. B. D. A isonomia tributária como limite à tributação e à concessão de isenções fiscais, e a inefetividade do controle jurisdicional dessas isenções. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 449-471, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5379/pdf> Acesso em: 20 jan. 2020.

PELLEGRINI, J. A. Gastos Tributários: conceitos, experiência internacional e o caso do Brasil. *Texto para*



*discussão (Senado Federal)*, Brasília, v. 159, out. 2014.

PIRES, M. C. D. C. Política fiscal e ciclos econômicos no Brasil. *Economia Aplicada*, v. 18, n. 1, p. 69-90, mar. 2014. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-80502014000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502014000100004&lng=en&nrm=iso) Acesso em: 02 jun. 2020.

PUREZA, M. E. M. *Disciplinamento das renúncias de receitas federais: inconsistências no controle dos gastos públicos*. Brasília: Câmara Legislativa, 2007.

REYMÃO, A. E. N.; CAÇAPIETRA, R. D. S. Políticas públicas e a concretização de direitos sociais: tomada de decisão, arquitetura de escolhas e efetividade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 542-566, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5329>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SANTA HELENA, E. Z. *Competência parlamentar para geração e controle de despesas obrigatórias de caráter continuado e de gastos tributários*. Brasília: Edições Câmara, 2009.

SILVA, L. J. D. Controle judicial das políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 191-218, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1221> Acesso em: 20 jan. 2020.

SILVA, R. M. D. Ativismo judicial e controle de políticas Públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 13-27, abr. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4251/pdf> Acesso em: 20 jan. 2020.

SOUZA, S. L. D. N. S. D. Controle judicial das políticas públicas: perspectiva da hermenêutica filosófica e constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 223-237, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3116/pdf> Acesso em: 20 jan. 2020.

TORRES, R. L. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES, R. L. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VALLE, V. R. L. D. *Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa*. Tese (Pós-doutorado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2010.

**4. POLÍTICAS PÚBLICAS  
EM MATÉRIA DE SAÚDE**

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A livre opção pela cesariana: um “nudge às avessas”**

**The free choice for cesarean section: a nudge in the wrong direction**

Bruna Menezes Gomes da Silva

Júlio Cesar de Aguiar

# A livre opção pela cesariana: um “nudge às avessas”\*

## The free choice for cesarean section: a nudge in the wrong direction

Bruna Menezes Gomes da Silva\*\*

Júlio Cesar de Aguiar\*\*\*

### Resumo

Múltiplas iniciativas legislativas têm surgido no Brasil com o escopo de garantir um direito de escolha da mulher pelo parto cirúrgico no Sistema Único de Saúde, o que é apontado pelos legisladores como uma premissa para o exercício pleno de sua autonomia no momento gravídico. O presente trabalho, construído a partir da realização de uma pesquisa qualitativa, eminentemente bibliográfica, expõe, contudo, que a previsão legal da cesariana eletiva nesses moldes impulsiona a escolha da mulher pelo parto cirúrgico, o que representa incentivo público à exposição de sua saúde a maiores e desnecessários riscos. O estudo, que teve como marco teórico a Teoria Analítico Comportamental e Econômica do direito, é apresentado em três sessões distintas, sendo introduzido com uma contextualização histórica e normativa da assistência ao parto no Brasil, a qual fornece uma base necessária para a compreensão das sessões seguintes, que tratam do enquadramento da preferência pela cesariana e da gênese de normas legais que tutelam a possibilidade de escolha, independentemente de indicação médica, pelo parto cirúrgico no sistema público de saúde. Da exposição, extrai-se a conclusão de que a previsão de um direito à cirurgia eletiva funciona como um *nudge* às avessas, ou seja, como um mecanismo que dirige comportamentos individuais para a obtenção de vantagens alheias a interesses legítimos, no caso, a saúde da mulher e da criança por ela gerada.

**Palavras-chaves:** Cesariana eletiva. Autonomia pessoal. Inovações legislativas. Direitos reprodutivos. Análise econômico-comportamental do direito.

### Abstract

Multiple legislative initiatives have emerged in Brazil with the aim of guaranteeing the right of women to choose for surgical delivery in the Health System, which is pointed out by legislators as a premise for the full exercise of their autonomy during pregnancy. The present work, built from a qualitative research, eminently bibliographic, exposes, however, that the legal provision of elective cesarean section drives the woman's choice for surgical delivery, which represents a public incentive to expose her health to greater and unnecessary risks. The study, which had as its theoretical framework the behavioral and economic analytical theory of Law, is presented in three

\* Recebido em 12/03/2020

Aprovado em 14/04/2020

\*\* Mestre pela Universidade Católica de Brasília. Procuradora da República.

E-mail: bmgds.bruna@gmail.com.

\*\*\* Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (EPPG-FGV). PhD in Law pela University of Aberdeen, UK. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

E-mail: juliocesar.deaguiar@gmail.com.

distinct sessions, being introduced with a historical and normative contextualization of childbirth care in Brazil, which provides a necessary basis for understanding the sessions following, that deals with the setting of preference for cesarean section and the genesis of legal norms that protect the possibility of choosing, regardless of medical indication, for surgical delivery in the public health system. From the exhibition, the conclusion is that the prediction of a right to elective surgery functions as a backward nudge, that is, as a mechanism that directs individual behaviors to obtain advantages outside legitimate interests, in this case, health of the woman and child she generates.

**Keywords:** Elective cesarean section. Autonomy. Legislative innovations. Reproductive rights. Economic-behavioral analysis of Law.

## 1 Considerações iniciais

A intervenção responsável sobre um sistema jurídico, por meio da construção de normas que defendam legítimo interesse público, demanda um estudo preliminar que considere a correspondência entre a inovação proposta e o resultado almejado, bem como as potenciais consequências da criação pretendida.

Sob esse prisma, a recente tendência de se buscar, por meio de propostas legislativas, o reconhecimento de um direito da mulher à opção por um parto cirúrgico no Sistema Único de Saúde, merece um estudo pormenorizado. Embora os legisladores comumente associem tais inovações normativas ao gozo da autonomia plena pelas parturientes, a Teoria da Análise Econômica e Comportamental do Direito oferta importantes subsídios para a contestação da relação lógica invocada e, por conseguinte, dos interesses que supostamente as iniciativas buscam tutelar.

Quando consideradas as ditas falhas de racionalidade<sup>1</sup> e o impulsionamento para determinadas escolhas que as políticas públicas podem assumir<sup>2</sup>, verifica-se que as normas criadas funcionam como um *nudge* às avessas, um mecanismo que conduz a parturiente à escolha pelo parto cirúrgico, que as submetem a maior vulnerabilidade e risco, por meio da utilização de previsíveis erros de avaliação, inércia e intuição próprios do ser humano.

Para apresentar os impactos da previsão legal do direito ao parto cirúrgico, inicialmente será exposta uma contextualização quanto ao modelo de assistência ao parto hoje vigente no Brasil, apresentando-se as origens da percepção do parto como uma patologia e o posicionamento da comunidade científica quanto à assistência à mulher, no ciclo gravídico-puerperal, em especial quanto ao parto cirúrgico.

A partir do cenário ilustrado, será possível compreender os fatores causais para a preferência pelo parto cirúrgico e os motivos pelos quais, na rede pública de saúde, ainda é possível obter índices de cesáreas mais próximos do que preconiza a Organização Mundial de Saúde.

Com a análise, será demonstrado que a previsão legal de um direito ao parto cirúrgico eletivo não é uma forma de garantir o gozo da autonomia pela parturiente, mas um mecanismo que facilita o “enquadramento” (*framing*) de suas escolhas às orientações médicas, ainda que estas não tenham bases científicas e representem severos riscos à sua saúde, e que otimiza falhas de julgamento que preconizam ganhos imediatos em detrimento de maiores benefícios tardios.

Por fim, apresentar-se-á como as legislações, já vigentes no Estado de São Paulo, Paraná e Pará, configuram “um *nudge* às avessas”, ou seja, um mecanismo que dispõe de conhecidos e prováveis erros de julgamen-

<sup>1</sup> TABAK, B. M.; AMARAL, P. H. R. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília v. 8, n. 2, p. 476, 2018.

<sup>2</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 459, 2018.

to da mulher para impulsionar a escolha por um modelo de parto notadamente mais arriscado.

A avaliação da política pública demonstrará que as iniciativas legais partiram de premissas equivocadas e negaram evidências comportamentais claras quanto ao parto no Brasil, representando risco majorado para mulher e criança em desatendimento ao interesse público que deveria tutelar.

## 2 O parto cirúrgico no Brasil

A despeito dos potenciais e graves riscos para a mulher e criança, fala-se hoje em uma epidemia mundial de cesarianas<sup>3</sup>. No Brasil, os procedimentos somam 41% dos partos na rede pública de saúde e 83% dos partos realizados na rede privada<sup>4</sup>, o que sobrepuja, consideravelmente, a referência nacional para cesarianas, a qual estaria ao redor de 25-30% de acordo com as peculiaridades da população brasileira<sup>5</sup>.

A compreensão de parturição que desencadeou a hodierna epidemia de cesarianas emerge durante a Idade Média quando, ultrapassado o momento em que o sofrimento da mulher era interpretado sob a perspectiva católica como uma penalização pela prática do pecado original, seu útero foi reconhecido como o responsável pela constituição das famílias e pela regulação da política populacional, passando a ser tratado como um tema que deveria estar sob o domínio da ciência e do interesse público<sup>6</sup>. Nesse cenário, para que se viabilizasse o conhecimento e o estudo da parturição, tornou-se necessário levar a mulher a um ambiente hospitalar, que garantisse a observação sistemática e o controle de seu corpo em especial durante a atividade uterina<sup>7</sup>.

Por muito tempo, nesse modelo de assistência incorporado pelo Brasil, a adesão ao parto hospitalar foi rejeitada em razão das incertezas que o novo modelo representava. Apenas a partir do século XVIII, os médicos varões lograram ampliar sua atuação em substituição às parteiras, acompanhando em especial as parturientes mais abastadas<sup>8</sup>. Para se consagrar como modelo de excelência, o parto médico moderno reinterpretou e multiplicou os perigos e sofrimentos da parturição, de modo que a morte passou a ser apontada como uma intercorrência natural, consequência da fragilidade e inaptidão fisiológica do corpo da mulher para a parto<sup>9</sup>. O parto tornou-se um fenômeno patológico<sup>10</sup>.

A medicina obstétrica, nessa toada, assumiu uma superioridade sobre o ofício feminino de partejar, oferecendo a correção da inadequação dos corpos das parturientes e o apagamento da experiência por diversos meios, como a sedação total e a utilização de instrumentos invasivos<sup>11</sup>. A cirurgificação da assistência, alteração mais significativa do parto moderno, contrapôs a cientificidade à fragilidade e dependência da mulher<sup>12</sup>.

<sup>3</sup> BATISTA FILHO, M.; RISSIN, A. WHO and the epidemic of cesarians. *Rev. Bras. Saude Mater. Infant.*, Recife, v. 18, n. 1, p. 3-4, mar. 2018.

<sup>4</sup> OCHI, G. M. *et al.* Strategic measures to reduce the caesarean section rate in Brazil. *The Lancet*, v. 392, p. 1290, Out. 2018.

<sup>5</sup> BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). *Diretrizes de atenção à gestante: a operação cesariana*. Brasília, DF: Autor, 2015.

<sup>6</sup> DINIZ, C. S. G. *Assistência ao parto e relações de gênero: elementos para uma releitura médico social*. Dissertação (Mestrado em Medicina Preventiva) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 111 e ss.

<sup>7</sup> TORNQUIST, C. S. *Parto e poder: o movimento pela humanização no Brasil*. Tese (Programa de Pós-graduação em antropologia social – Centro de Filosofia e Ciências Humanas), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 78.

<sup>8</sup> DINIZ, C. S. G. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 628, 2005.

<sup>9</sup> DANTES, Maria Amélia Mascarenhas. Uma ciência da diferença: sexo e gênero na medicina da mulher. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 19, p.513, 2002.

<sup>10</sup> BRENES, A. C. História da Parturição no Brasil, Século XIX. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 136, 1991.

<sup>11</sup> DINIZ, C. S. G. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 628, 2005.

<sup>12</sup> DINIZ, C. S. G. *Assistência ao parto e relações de gênero: elementos para uma releitura médico social*. Dissertação (Mestrado em Medicina Preventiva) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 3.

Por longo período, ao emprego dessas intervenções invasivas, deu-se a alcunha de humanização<sup>13</sup>, malgrado os altos índices de sepses e morbimortalidade materna e perinatal dos partos acompanhados por médicos revelassem que a intervenção de parteiras, mesmo em lugares com maior vulnerabilidade social, era mais segura para a mulher<sup>14</sup>. A ressignificação da humanização deu-se somente com o reconhecimento de que a adoção de demasiadas intervenções no parto provoca mais danos que benefícios para a mulher e criança, o que originou um movimento internacional pela priorização do uso da tecnologia apropriada, pela qualidade da interação entre paciente e seus cuidadores e pela desincorporação de intervenções danosas na assistência ao parto<sup>15</sup>.

De uma colaboração internacional voltada à a sistematização dos estudos de eficácia e segurança na assistência à gravidez, parto e pós-parto, originou-se a Carta de Fortaleza<sup>16</sup>, texto que possui recomendações baseadas em evidências científicas e de onde se extrai que as maiores taxas de mortalidade perinatal estão nos países que mantêm os índices de intervenção cesariana acima de 15%.

Uma síntese do trabalho, que contém a classificação dos procedimentos quanto à efetividade e segurança, foi publicada pela Organização Mundial de Saúde em 1996<sup>17</sup>, com revisão em 2016<sup>18</sup>, recebendo a denominação de Recomendações da Organização Mundial de Saúde, as quais enfatizam a promoção e o resgate das características naturais e fisiológicas do parto e nascimento.

Nessa linha de destaque a evidências científicas relacionadas à parturição, a OMS, em 2015, elaborou um documento<sup>19</sup> que, com base em diversos estudos<sup>20</sup>, reforça que taxas de parto cesáreo superiores a 10-15% são injustificadas à luz dos riscos que uma intervenção cirúrgica desnecessária representa, em curto e em longo prazo, para a vida e saúde materna e infantil. A Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas destaca que, em verdade, os esforços na assistência ao parto devem se concentrar não em metas numéricas, mas em garantir que as intervenções cirúrgicas sejam feitas, apenas, nos casos em que são, efetivamente, necessárias para salvar vidas<sup>21</sup>.

No mesmo sentido, no Brasil, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), responsável pela elaboração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para o Sistema Único de Saúde (art. 19-Q da Lei 8080/90), elaborou recomendações para a utilização da operação cesariana<sup>22</sup>.

Em moldes similares ao sustentado pela OMS, o relatório da CONITEC destaca que a revisão sistemática dos estudos hoje existentes revela que cesarianas programadas relacionam-se a uma maior taxa de mortalidade materna<sup>23</sup>, a um maior risco de histerectomia, trombose venosa profunda, choque cardiogênico<sup>24</sup> e

<sup>13</sup> DINIZ, C. S. G. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 628, 2005.

<sup>14</sup> TORNQUIST, C. S. *Parto e poder: o movimento pela humanização no Brasil*. Tese (Programa de Pós-graduação em antropologia social – Centro de Filosofia e Ciências Humanas), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 78.

<sup>15</sup> DINIZ, C. S. G. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 629, 2005.

<sup>16</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Appropriate Technology for Birth*. *The Lancet*, v. 8452, (ii), p. 436-437, 1985. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/2863457>.

<sup>17</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Care in normal birth: a practical guide*. 1996.

<sup>18</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Care in normal birth: a practical guide*. 1996.

<sup>19</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Declaração da OMS sobre taxas de cesáreas*. 2015.

<sup>20</sup> Por outros: VILLAR, J. *et al.* Maternal and neonatal individual risks and benefits associated with caesarean delivery: multicentre prospective study. *BMJ*. v. 335, p. 7628, 2007; SOUZA, J. P. *et al.* Caesarean section without medical indications is associated with an increased risk of adverse short-term maternal outcomes: the 2004-2008. WHO Global Survey on Maternal and Perinatal Health. *BMC medicine*, 2010. p. 8-71; e LUMBIGANON, P. *et al.* Method of delivery and pregnancy outcomes in Asia: the WHO global survey on maternal and perinatal health 2007-08. *The Lancet*, v. 375, p. 490-499, 2010.

<sup>21</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Declaração da OMS sobre taxas de cesáreas*. 2015.

<sup>22</sup> BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). *Diretrizes de atenção à gestante: a operação cesariana*. Brasília, DF: Autor, 2015.

<sup>23</sup> Conforme: DENEUX, C. *et al.* Postpartum maternal mortality and cesarean delivery. *Obstetrics and gynecology*, v. 108 (3 Pt 1), p. 541-548, 2006.

<sup>24</sup> JOSEPH, K. S. *et al.* Severe maternal morbidity in Canada, 2003 to 2007: surveillance using routine hospitalization data and

a um maior tempo de internação hospitalar<sup>25</sup>, em comparação ao procedimento cirúrgico ao parto vaginal. Quanto às repercussões neonatais, a revisão evidenciou maior risco de admissão em unidade de terapia intensiva (UTI) neonatal nos recém-nascidos de cesariana programada<sup>26</sup>. A literatura expõe, além disso, a existência de evidências, ainda pouco trabalhadas, relacionadas ao desenvolvimento de problemas imunológicos e distúrbios metabólicos<sup>27</sup> desencadeados pelo parto cirúrgico.

A despeito das evidências científicas aventadas, é notável o crescimento da preferência pelo procedimento nos últimos vinte anos<sup>28</sup>. Para sua compreensão, além de se considerar a construção histórica e cultural da parturição, já brevemente apresentada, necessário avaliar o fenômeno sob a perspectiva comportamental.

### 3 A preferência pela cesariana

Ainda que todos os potenciais riscos que envolvem o parto cirúrgico sejam apresentados para a parturiente preliminarmente à possibilidade de escolha pelo modelo de parto a que se submeterá, não há como se falar em exercício da autonomia enquanto a relação médico-paciente permanecer tão severamente desequilibrada.

Inicialmente, possível pressupor que a decisão pela cesariana sem indicação clínica é da parturiente e do médico que a acompanha<sup>29</sup>. Essencial, contudo, ponderar que o comportamento de ambos pela preferência por procedimento que implica maiores riscos e consequências adversas para a mulher é determinado por fatores causais identificáveis e, em alguma medida, passíveis de alteração para tornar tal preferência mais ou menos provável<sup>30</sup>.

A despeito dos esforços direcionados à superação da histórica negativa do protagonismo da mulher em seu parto<sup>31</sup>, ainda não se logrou desconstruir a noção de parturição como um evento patológico que, eivado de múltiplos e imprevisíveis riscos<sup>32</sup>, demanda intervenções médicas rápidas e precisas. Existe, nesse contexto, uma predisposição culturalmente fabricada de se considerar o parto como um assunto médico. Em vez de ser uma exceção, passível de utilização apenas em casos de complicações e riscos reais à saúde da mulher, ao feto ou neonato, a cirurgia cesariana torna-se prática corrente, uma opção aparentemente convencional entre médico e paciente.

---

ICD-10CA codes. *Journal of obstetrics and gynaecology*, Canada, v. 32, n. 9, p. 837-846, Sep. 2010.

<sup>25</sup> GELLER, E. J. *et al.* Maternal outcomes associated with planned vaginal versus planned primary cesarean delivery. *American journal of perinatology*, v. 27, n. 9, p. 680, Oct. 2010.

<sup>26</sup> GELLER, E. J. Neonatal outcomes associated with planned vaginal versus planned primary cesarean delivery. *Journal of perinatology*: official journal of the California Perinatal Association. v. 30, n. 4, p. 680, Apr. 2010.

<sup>27</sup> SANDALL, J. *et al.* Short-term and long-term effects of caesarean section on the health of women and children. *The Lancet*, v. 392, p. 1352, out. 2018.

<sup>28</sup> BOERMA, T. *et al.* Global epidemiology of use of and disparities in caesarean sections. *The Lancet*, v. 392, p. 1341-48, Out. 2018.

<sup>29</sup> LEAL, M. C. (coord.). *Cesarianas desnecessárias: Causas, consequências e estratégias para sua redução*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz (Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca), 2007. p. 26.

<sup>30</sup> Aos fatores causais a que se faz alusão, dá-se distintas qualificações na doutrina. Assim, a depender dos paradigmas utilizados, ora são denominados contingências de reforço e punição. AGUIAR, J. C.; TABAK, B. M. Análise comportamental do direito: ideias básicas. In: TABAK, B. M.; AGUIAR, J. C. *Direito, Economia e Comportamento Humano*. Curitiba: CRV, 2016; ora arquiteturas de escolha. RACHLIN, Howard. Choice Architecture: a review of Why Nudge: the politics of libertarian paternalism by Cas R. Sustein. *Journal of The Experimental Analysis of Behavior*, v. 9999, p. 1-6, 2015; THALER, R. H. *et al.* Choice architecture. April 2, 2010. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1583509>. Acesso em: 02 fev. 2020; ora estruturas de incentivos. BÉNABAU, R.; TIROLE, J. Incentives and Prosocial Behavior. *American Economic Review*, v. 96, n. 05, p. 1652-1678, 2006.

<sup>31</sup> TORNQUIST, C. S. *Parto e poder: o movimento pela humanização no Brasil*. Tese (Programa de Pós-graduação em antropologia social – Centro de Filosofia e Ciências Humanas), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. p. 110.

<sup>32</sup> DINIZ, C. S. G. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 632, 2005.



Toda a eleição de parto cirúrgico que se impute à mulher, no cenário apresentado, assume características do que se denomina na literatura de “enquadramento” (*framing*)<sup>33</sup>, que aqui ocorre de forma ampla, como um meio de construção sociocultural que direciona as escolhas da parturiente. A mulher, que mantém com o médico forte relação de dependência e, portanto, submissão<sup>34</sup>, adere ao que lhe é apresentado como melhor opção, não dispondo de condições para questionar aquilo que o especialista apresenta, ainda que o proposto não tenha fundamentos científicos razoáveis.

De fato, pesquisas apontam que a opção da mulher pelo parto cirúrgico está associada, prioritariamente, ao medo da dor, à falta ou insuficiência de conhecimento sobre os tipos de parto, ao desejo de realizar laqueadura e a experiências de gestações e partos anteriores<sup>35</sup>. Ainda que tais motivações sejam apresentadas como justificativas para uma dita livre opção da cesariana pela mulher, todos os itens revelam o desconhecimento da existência de protocolos clínicos seguros, baseados em evidências científicas, para o alívio da dor no trabalho de parto e para o monitoramento de intercorrências<sup>36</sup>. Expõem, ainda, falta de repasse de informações, por exemplo, quanto à vedação legal de realização de laqueadura tubária no momento do parto, excepcionados casos de comprovada necessidade por risco de vida materno ou cesarianas sucessivas anteriores, conforme art. 10, §2º, da Lei 9.263/96.

Como o médico é o principal responsável pelo repasse de informações à mulher em estado gravídico, a desinformação é oportuna para fazer com que a parturiente adira a suas escolhas com maior facilidade<sup>37</sup>, o que ocorre em reforço à dependência historicamente estabelecida e culturalmente cultivada.

Ainda que o médico não exercesse o papel decisivo para escolha do modelo de parto, dada a compreensão culturalmente construída sobre o tema, possível intuir que muitas mulheres, havendo a possibilidade de eleição do modelo de parto a que se submeterão, optariam pela cesariana, intervenção que aparentemente oferece benefícios mais imediatos, embora significativamente menores<sup>38</sup>. A contextualização da escolha influencia os vieses cognitivos e possíveis desvios de racionalidade da mulher, como explica a economia comportamental<sup>39</sup>.

De seu turno, os fatores causais para a escolha do profissional pela cesariana possuem natureza preponderantemente econômico-financeira. A conveniência da intervenção programada, a falta de controle, de qualificação e treinamento adequados dos profissionais incorporam-se a questões econômicas como fatores determinantes para a epidemia de cesarianas no Brasil<sup>40</sup>. Não se pode desconsiderar, por outro lado, que a indústria dedicada à produção farmacêutica e de material hospitalar promove significativa campanha em prol da medicalização dos cuidados à saúde<sup>41</sup>, o que também influencia o modelo de assistência ao parto escolhido.

Se os fatores causais para a preferência pela cesariana são robustos, necessário perquirir por qual motivo os índices da intervenção cirúrgica praticados na rede pública de saúde são, se não adequados, mais próximos do que preconiza a Organização Mundial de Saúde.

<sup>33</sup> TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. The Framing of Decisions and the Psychology of Choice. *Science, New Series*, v. 211, n. 4481, p. 453-458, Jan. 1981.

<sup>34</sup> EMERSON, R. Power-dependence relations. *American Sociological Review*, v. 29, n. 01, p. 32, Fev. 1962.

<sup>35</sup> Por outras, COPELLI, F. H. S. *et al.* Determinants of women's preference for cesarean section. *Texto contexto - enferm.*, Florianópolis, v. 24, n. 2, p. 341-342, jun. 2015.

<sup>36</sup> Como os estabelecidos pela CONITEC: Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). *Diretriz Nacional de Assistência ao Parto Normal*. Brasília, DF: Autor, 2016.

<sup>37</sup> HOPKINS, K. Are Brazilian women really choosing to deliver by cesarean? *Social Science & Medicine*, v. 51, p. 725-740, 2000.

<sup>38</sup> RACHLIN, W.; RAINERI, A.; CROSS, D. Subjective probability and delay. *Journal of the Experimental Analysis of Behavior*, v. 55, p. 233 e ss, 1991.

<sup>39</sup> TABAK, B. M.; AMARAL, P. H. R. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília v. 8, n. 2, p. 476, 2018.

<sup>40</sup> Hopkins explica que o agendamento de cesarianas permite o atendimento de maior número de pacientes e menos interrupções na vida profissional e privada dos médicos, que se liberam da assistência a longos trabalhos de parto. HOPKINS, K. Are Brazilian women really choosing to deliver by cesarean? *Social Science & Medicine*, v. 51, p. 725-740, 2000.

<sup>41</sup> BLANK, I. M. P.; BRAUNER, M. C. C. Medicalização da saúde: biomercado, justiça e responsabilidade social. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, v. 14, p. 8, 2019.

No sistema público de saúde brasileiro, diversas normas se sobrepõem à relação médico-paciente, equilibrando a relação de dependência já citada e atenuando possíveis falhas de julgamento. Por meio de estratégias como a disseminação ostensiva de informações sobre os direitos da mulher no estado gravídico, da oferta de capacitação para os profissionais, da bonificação de unidades de saúde que atuem conforme as diretrizes nacionais<sup>42</sup> e do controle próximo sobre os índices de procedimentos praticados nas maternidades públicas, em especial à luz das diretrizes da CONITEC<sup>43</sup>, o Ministério da Saúde tem prevenido violações e mortes evitáveis.

Quando em atuação na rede pública de saúde, o médico é um servidor público e, como tal, deve obediência não apenas a seus códigos profissionais<sup>44</sup>, mas também a normas e princípios básicos que regem a administração pública, como a legalidade e economicidade. Ao dispor de uma intervenção cirúrgica sem autorização legal e em desconformidade com evidências científicas consolidadas, o profissional viola seus deveres funcionais e seu código de ética, podendo, ainda, incidir em conduta criminosa conforme a legislação vigente<sup>45</sup>. O debate sobre o tema no Sistema de Justiça brasileiro ainda é, contudo, muito insipiente<sup>46</sup>.

Na rede privada, o controle sobre a atuação profissional é ainda mais brando, pois se tem a falsa ideia de que a base contratual da assistência suplementar à saúde permite que as partes discorram livremente sobre o objeto contratado. A falaciosa hipótese, contudo, renega a premissa de que as normas do Ministério da Saúde visam proteger a indisponível integridade física e psíquica da mulher e são, por essa razão, aplicáveis a todo o sistema de saúde, atingindo instituições públicas e privadas.

Quando se fala que as diretrizes do Ministério da Saúde são impositivas e que, portanto, suas normas devem se impor, inclusive, a relações privadas que tenham como objeto a prestação de saúde, não se defende que o corpo da paciente é um bem público<sup>47</sup>. Busca-se expor, pelo contrário, que o respeito à integridade física e psíquica da mulher pelo Estado demanda seu reconhecimento como participante ativa da parturição, o que requer seu municiamento com informações fidedignas sobre sua fisiologia, sobre os procedimentos que poderão incidir sobre seu corpo e sobre os meios disponíveis para assegurar o respeito a suas decisões. Almeja-se, ainda, que manifestação da mulher não tenha como base o mito de que a intervenção cirúrgica é um procedimento mais moderno, indolor e necessariamente mais seguro que o parto normal, o que não encontra respaldo em evidências científicas.

<sup>42</sup> A bonificação a que se aduz pode se dar inclusive por meio orçamentário, como ocorre com os hospitais que recebem o selo da Iniciativa Hospital Amigo da Criança (IHAC), conforme BRASIL. Portaria GM nº 1.153, de 22 de maio de 2014. Redefine Critérios de habilitação da Iniciativa Hospital Amigo da Criança (IHAC), como estratégia de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à saúde integral da criança e da mulher, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). *Diário Oficial da União*. Brasília, 2014, 28 de maio de 2014, Seção I, p. 43.

<sup>43</sup> BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). *Diretrizes de atenção à gestante: a operação cesariana*. Brasília, DF: Autor, 2015.

<sup>44</sup> Por outros, a Resolução CFM nº 1.931/2009 (Código de Ética Médica).

<sup>45</sup> A título exemplificativo: a utilização de intervenções cirúrgicas representa risco majorado para mulher e criança. Em alguns casos, a criança fica com sequelas relacionadas à sua insuficiente formação, sendo possível o estabelecimento do nexo causal entre estas e uma desnecessária antecipação do parto, eventualmente decorrente das conveniências do obstetra. Ocorre que profissionais da saúde comumente recusam-se a atestar a correlação apontada de forma clara e os profissionais do direito, por sua vez, não avaliam os eventos declarados à luz das normativas vigentes, acatando a tese de que a questão é de domínio médico. Ainda que este não pautue suas condutas segundo evidências científicas, demonstrando imperícia ou negligência, são raros os casos em que se inicia uma apuração criminal.

<sup>46</sup> SILVA, B. M. G. Uma proposta de atuação para o enfrentamento à violência obstétrica: a experiência do Ministério Público Federal no estado do Amazonas. In: CASTILHO, E. W. V. et al (org.). *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. Brasília: ESMPU, 2019.

<sup>47</sup> A ideia de que o corpo e a vida da mulher e da criança são bens públicos foi base da decisão que determinou que Adelir Góes tenha sido obrigada pela Justiça, em 2014, a se submeter a uma cesárea contrária à sua vontade, após o deferimento de uma medida liminar proposta pela médica que a havia atendido. No caso relatado, a avaliação médica foi equivocada, inclusive quanto ao tempo de gravidez e, a despeito de carecer de base científica, prevaleceu sobre a vontade de Adelir. SIMAS, R.; MENDONÇA, S. S. O caso Adelir e o movimento pela humanização do parto: reflexões sobre violência, poder e direito. *Vivência: Revista de Antropologia*, v. 1, n. 48, p. 89-103, mar. 2017.

Considerando-se que o acesso à informação pela parturiente não é reforçado pela conveniência médica, como já se expôs, e que as ações e controle exercido por meio da Agência Nacional de Saúde<sup>48</sup> é mais ameno e menos efetivo que o ocorrido na rede pública, na prática, o parto cirúrgico na rede privada ocorre de forma eletiva, não dependendo de indicações baseadas em evidências científicas. E essa não é uma realidade apenas do Brasil.

Um estudo com 12.9 milhões de mulheres dos Estados Unidos, Irlanda e Austrália demonstrou que as cirurgias cesarianas possuem ocorrência mais provável entre mulheres que nestes países possuem assistência privada à saúde<sup>49</sup>, o que é relacionado não a condições pessoais dessas mulheres, mas a preferências médicas e hospitalares associadas ao lucro<sup>50</sup>. Mesmo em sistemas que prestam saúde gratuita, o temor por perdas financeiras em processos judiciais tem sido apontado como uma das causas para a realização de intervenções cirúrgicas desnecessárias<sup>51</sup>.

A previsão legal de um direito ao parto cirúrgico eletivo, no cenário apresentado, tende a incrementar os índices de intervenções cirúrgicas praticadas no sistema público de saúde, ao arrepio de diretrizes internacionais e dos resultados danosos previstos pela medicina baseada em evidências. Em um contexto em que há desequilíbrio de poder e de informação, não há espaço para se falar em autonomia ou livre capacidade de escolha da mulher.

## 4 O movimento legislativo em defesa da livre opção pela cesariana: a construção de um “nudge às avessas”

A despeito dos altos índices de cesariana praticados pelo Brasil, nos anos de 2019 e 2020, na contramão da tendência mundial de busca pela redução da incidência desse modelo intervencionista de assistência, diversas iniciativas legislativas foram propostas nos estados, na Câmara e no Senado Federal, com vistas a tornar a cesariana um direito para as mulheres que procuram atendimento no Sistema Único de Saúde.

Dentre essas iniciativas, já lograram aprovação<sup>52</sup> a Lei n.º 17.137/2019 do Estado de São Paulo, a Lei n.º 20127/2020 do Estado do Paraná e a Lei n.º 9016/2020 do Estado do Pará, que declaram que é direito da mulher, a partir da 39ª semana de gravidez, a opção pelo parto cirúrgico na rede pública de saúde.

Embora os debates das iniciativas tenham ressaltado o necessário caráter universal e isonômico do Sistema Único de Saúde, o dever de o Estado reduzir o risco de agravos e doenças, e, ainda, a prescindibilidade da lei proposta à luz das normativas vigentes em nosso ordenamento<sup>53</sup>, em São Paulo, por exemplo, a legislação foi aprovada com base em argumento de que seus preceitos visam à defesa da autonomia da mulher e à utilização de técnica moderna que serviria à redução de seu sofrimento. As manifestações favoráveis à iniciativa destacaram, ainda, que o parto natural estaria associado a complicações<sup>54</sup> e que sua imposição na rede

<sup>48</sup> Autarquia especial federal, a Agência Nacional de Saúde (ANS) foi criada pela Lei n.º 9.961 de 28 de janeiro de 2000, com o fito de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais, a relação entre prestadoras e consumidores e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

<sup>49</sup> BOERMA, T. *et al.* Global epidemiology of use of and disparities in caesarean sections. *The Lancet*, v. 392, p. 1341, 2018.

<sup>50</sup> WIKLUND, I. *et al.* Appropriate use of caesarean section globally requires a different approach. *The Lancet*, v. 392, p. 1288, Oct. 2018.

<sup>51</sup> PANDA, S.; BEGLEY, C.; DALY, D. Clinicians' views of factors influencing decision-making for caesarean section: A systematic review and metasynthesis of qualitative, quantitative and mixed methods studies. *Plos One*, v. 13, n. 8, p. 17, 2018.

<sup>52</sup> Os projetos de Lei ainda em discussão quando da submissão do presente artigo não serão expressamente trabalhados, mas seguem a mesma linha das legislações aprovadas.

<sup>53</sup> ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Parecer 596, de 2019 da Comissão de Constituição, Justiça e Redação sobre o Projeto de Lei 435/2019 – voto em separado de Emídio de Souza*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000262934>. Acesso em 02 fev. 2020.

<sup>54</sup> Destaca-se, nesse sentido, excerto do Parecer n.º 618, de 2019: “Forçando-se a realização do parto normal mesmo em condições adversas, como atualmente costuma ocorrer, tornam-se mais comuns os nascimentos de crianças com anóxia ou outros problemas

pública seria uma forma de exclusão social, à medida que, na rede privada, inexistente política nesse sentido<sup>55</sup>.

As legislações mencionam que a conscientização sobre os benefícios do parto natural e os riscos da cesariana, bem como que a assinatura de um termo de livre consentimento informado são pressupostos essenciais para a eleição da intervenção cirúrgica, mas é importante perceber o que representa a criação de normas com o teor apresentado.

Conforme descrito na seção anterior, os fatores que determinam a preferência ou não pela cesariana compõem o que parte da literatura denomina de arquitetura de escolha<sup>56</sup>. O Estado, ao permitir a escolha pelo modelo de parto cirúrgico supostamente para garantir o exercício da autonomia pela mulher, utiliza o que nessa literatura se qualifica como um *nudge*, um mecanismo que influencia comportamentos a partir de previsíveis erros de avaliação, inércia e intuição próprios do ser humano. Não se trata de uma atividade educativa, mas de uma forma de direcionar escolhas à luz de vieses cognitivos e de decisões governamentais<sup>57</sup>.

De fato, a norma em questão cumpre os três requisitos para se qualificar como um *nudge*: manipula o comportamento, sem determiná-lo; não obstaculiza o livre arbítrio, à medida que não extingue a possibilidade de opção; e dispõe de custos ou benefícios sutis para os comportamentos moldados<sup>58</sup>.

Como explicam Thaler e Sunstein<sup>59</sup>, a proposta do *nudge* requer uma arquitetura da escolha que supere possíveis erros e defina o que é melhor para a coletividade. Entretanto, estudos demonstram que a benevolência desinteressada dos responsáveis pelas escolhas é inacessível e o mecanismo detém alto potencial de uso como meio de manipulação<sup>60</sup>.

No caso sob estudo, as premissas assumidas para a edição da legislação que prevê um direito ao parto cirúrgico contrariam as evidências científicas internacionalmente debatidas e demonstram que, em verdade, a norma criada visa ampliar o número de partos pela via cirúrgica por meio do reforço a práticas perniciosas para a saúde da mulher e criança, mas convenientes para profissionais da medicina e indústrias farmacêuticas<sup>61</sup>, a partir de conhecidas ilusões cognitivas sistemáticas.

Em virtude de se tratar de uma intervenção cirúrgica, a necessidade de justificativa médica seria redundante caso abstraíssemos o fato de que, tanto para o médico quanto para a mulher, a arquitetura de escolha é tal que o que deveria ser uma exceção, em face de circunstâncias médicas especiais, se torna um curso de ação natural e provável. Ou seja, a própria exigência de justificativa médica já indica um reconhecimento por parte dos reguladores de que, de forma distorcida e contra o interesse médico da mulher e o econômico de

---

neuroológicos, o que repercute - além da geração de um adulto que, no futuro, será improdutivo - na necessidade de uso recorrente, por toda a vida, dos serviços do SUS, seja em consultas de base ou em internações prolongadas. Garantindo-se o direito de, a partir da 39ª semana, ser realizada a cesárea eletiva, os riscos deste tipo decrescem, o que faz diminuir o número de crianças sequeladas e, dessa forma, também os gastos com o Sistema Único de Saúde do Brasil.” ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Parecer nº 618, de 2019, da reunião conjunta das Comissões de Defesa dos Direitos das Mulheres e de Finanças, Orçamento e Planejamento sobre o Projeto de Lei 435/2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000262934>. Acesso em: 02 fev. 2020.

<sup>55</sup> ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Parecer nº 618, de 2019, da reunião conjunta das Comissões de Defesa dos Direitos das Mulheres e de Finanças, Orçamento e Planejamento sobre o Projeto de Lei 435/2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000262934>. Acesso em: 02 fev. 2020.

<sup>56</sup> THALER, R. H. et al. *Choice architecture*. April 2, 2010. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1583509>. Acesso em: 02 fev. 2020.

<sup>57</sup> GIGERENZER, G. *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*. 2015. Disponível em: Springerlink.com. Acesso em: 02 fev. 2020.

<sup>58</sup> RACHLIN, Howard. Choice Architecture: a review of Why Nudge: the politics of libertarian paternalism by Cas R. Sunstein. *Journal of The Experimental Analysis of Behavior*, v. 9999, p. 2, 2015.

<sup>59</sup> THALER, R. H. e SUNSTEIN, C. R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Penguin, 2008, p. 146.

<sup>60</sup> GIGERENZER, G. *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*. 2015. Disponível em: Springerlink.com. Acesso em: 02 fev. 2020.

<sup>61</sup> MIKULIK, M. *Pharmaceutical market: worldwide revenue 2001-2018*. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/263102/pharmaceutical-market-worldwide-revenue-since-2001/>. Acesso em: 07 fev. 2020.

toda a sociedade<sup>62</sup>, médicos e pacientes tendem a optar pela cesariana em uma quantidade muito acima da que seria recomendável.

Nessa toada, a legislação que torna a cesariana uma opção de escolha da mulher, ao retirar a exigência de justificativa médica, funciona como “um *nudge* às avessas”, em outras palavras, um empurrão<sup>63</sup> na direção errada, o que pode se relacionar a hipótese de instituições dirigirem comportamentos individuais para obtenção de vantagens não altruísticas<sup>64</sup>, o que assume conotação de uma “desrespeitosa forma de controle social”<sup>65</sup>.

As bases para as decisões governamentais e para a educação deveriam ser as evidências científicas vigentes quanto ao tema, que indicam o que é mais seguro para a assistência ao parto, e não interesses alheios ao bem-estar da mulher e criança. Os riscos decorrentes de cirurgias cesarianas desnecessárias são reais e qualquer política pública voltada ao incremento no já alto número desse modelo de intervenção no país não se coaduna com interesses legítimos.

Assim, em vez de irresponsavelmente empurrar as mulheres na direção que lhes sujeita a riscos e gastos ineficientes<sup>66</sup>, o poder público deve e pode informar essas mulheres sobre a assistência segura ao parto, incentivando-as a optarem pelo parto fisiológico, comprovadamente mais benéfico em condições ordinárias de parturição. A educação nesses moldes teria o condão de esclarecer as mulheres sobre o adequado uso de intervenções no parto, fazendo com que, mesmo aquelas que têm recursos para procurarem a medicina privada, fossem induzidas a adotar a via mais natural, menos medicalizada, de nascimento.

A construção de políticas públicas deve se pautar em premissas científicas e evidências comportamentais<sup>67</sup> sob pena de ser ineficiente e servir a fim alheio ao público. O conhecimento dos vieses cognitivos das mulheres em estado gravídico deve subsidiar atuação estatal que equilibre possíveis falhas de julgamento que coloquem em risco mulher e criança, não possuindo como foco o aumento do bem-estar social qualquer atuação do Estado em sentido contrário.

## 5 Considerações finais

A análise do contexto histórico e cultural em que se insere a assistência ao parto hodiernamente ofertada no Brasil e a análise comparativa do modelo de atendimento à parturiente na rede privada e pública do país revelam que as legislações estaduais que permitem o parto cirúrgico eletivo prestam-se a conveniências alheias ao interesse público e à garantia de melhor assistência à mulher e criança.

Além de desprezarem os riscos majorados à saúde que a intervenção cirúrgica desnecessária representa, as iniciativas legais fundaram-se em premissas equivocadas quanto ao parto cesáreo, o que vem em reforço a uma construção histórica e cultural, não científica, que associa o modelo de assistência intervencionista como o mais moderno e seguro para a mulher.

Como consequência, o leviano manejo de premissas equivocadas como verdades absolutas reforça vieses cognitivos da mulher com relação à parturição e, ainda, a relação de dependência estabelecida entre médico

<sup>62</sup> Mesmo na medicina privada, as cesárias cientificamente desnecessárias são ineficientes, à medida que desviam recursos escassos que seriam melhor empregados em outras atividades.

<sup>63</sup> Traduzida para o português, a palavra *nudge* significa um empurrão.

<sup>64</sup> GIGERENZER, G. *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*. 2015. Disponível em: Springerlink.com. Acesso em: 02 fev. 2020.

<sup>65</sup> HAUSMAN, D. M.; WELCH, B. Debate: To Nudge or Not to Nudge. *The Journal of Political Philosophy*, v. 18, n. 1, p. 134, 2010.

<sup>66</sup> Ao contrário dos objetivos associados a políticas públicas, conforme BARCELLOS, A. P. de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 253, 2018.

<sup>67</sup> CÔRTEZ, P. R.; OLIVEIRA, A. M. A.; LARA, F. T. R. Políticas públicas baseadas em evidências comportamentais: reflexões a partir do Projeto de Lei 488/2017 do Senado. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p.436 e ss 2018.

e paciente, o que favorece o impulsionamento pela eleição do modelo de parto mais arriscado para mulher e criança.

Se a economia comportamental oferta importante subsídios para a construção de políticas públicas, seu uso não pode ser irresponsável, sob pena de se criar um perigoso mecanismo de controle social que não contribui para o bem coletivo, como ocorreu com as criações legislativas estudadas.

Ao criar o direito à cesariana eletiva no Sistema Único de Saúde, que já possui índices de intervenções cirúrgicas superiores ao preconizado pela Organização Mundial de Saúde, o legislador incentivou a escolha do parto cirúrgico. O pretexto de estar atuando na defesa da autonomia da mulher apenas colaborou com a estratégia do Legislativo de impulsionar as escolhas das parturientes por um procedimento mais danoso à sua saúde.

Especialmente porque não o fez de forma clara, o que limita a compreensão quanto a suas reais intenções e manipula comportamentos, a atuação do Legislativo com a criação de tais normas possui alto potencial de causar danos às mulheres, crianças e ao sistema de saúde.

A melhor forma de garantir escolhas conscientes é ofertar acesso a informações que permitam a exata compreensão das escolhas disponíveis e consequências, conforme evidências científicas. A intervenção estatal, caso necessária, deve ocorrer pontualmente e apenas como forma de correção de pequenos desequilíbrios, sob pena de se incorrer em abusos bastante questionáveis sob o ponto de vista moral.

## Referências

AGUIAR, J. C. *Teoria analítico-comportamental do direito: para uma abordagem científica do direito como sistema social funcionalmente especializado*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2017.

AGUIAR, J. C.; TABAK, B. M. Análise comportamental do direito: ideias básicas. In: TABAK, B. M.; AGUIAR, J. C. *Direito, Economia e Comportamento Humano*. Curitiba: CRV, 2016.

AMELINK -VERBURG, M. P.; BUITENDIJK, S. E. Pregnancy and labour in the Dutch maternity care system: what is normal? The role division between midwives and obstetricians. *Journal of Midwifery & Women's Health*, v. 55, n. 3, p. 216-226, May. 2010.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Parecer 596, de 2019 da Comissão de Constituição, Justiça e Redação sobre o Projeto de Lei 435/2019 – voto em separado de Emídio de Souza*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000262934>. Acesso em: 02 fev. 2020.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Parecer nº 618, de 2019, da reunião conjunta das Comissões de Defesa dos Direitos das Mulheres e de Finanças, Orçamento e Planejamento sobre o Projeto de Lei 435/2019*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000262934>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BARCELLOS, A. P. de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 252-266, 2018.

BATISTA FILHO, M.; RISSIN, A. WHO and the epidemic of cesarians. *Rev. Bras. Saude Mater. Infant.*, Recife, v. 18, n. 1, p. 3-4, mar. 2018.

BÉNABAU, R.; TIROLE, J. Incentives and Prosocial Behavior. *American Economic Review*, v. 96, n. 05, p. 1652-1678, 2006.

BLANK, I. M. P.; BRAUNER, M. C. C. Medicalização da saúde: biomercado, justiça e responsabilidade social. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, v. 14, p. 7-24, 2019.

- BOERMA, T. *et al.* Global epidemiology of use of and disparities in caesarean sections. *The Lancet*, v. 392, p.1341–48, out. 2018.
- BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). *Diretrizes de atenção à gestante: a operação cesariana*. Brasília, DF: Autor, 2015.
- BRASIL. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). *Diretriz Nacional de Assistência ao Parto Normal*. Brasília, DF: Autor, 2016.
- BRASIL. Portaria GM n.º 1.153, de 22 de maio de 2014. Redefine Critérios de habilitação da Iniciativa Hospital Amigo da Criança (IHAC), como estratégia de promoção, proteção e apoio ao aleitamento materno e à saúde integral da criança e da mulher, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). *Diário Oficial da União*, Brasília, 2014, 28 de maio de 2014, Seção I, p. 43.
- BRENES, A. C. História da Parturição no Brasil, Século XIX. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 135-149, 1991.
- COPELLI, F. H. S. *et al.* Determinants of women's preference for cesarean section. *Texto contexto - enferm.*, Florianópolis, v. 24, n. 2, p. 336-343, jun. 2015.
- CÔRTEZ, Pâmela de Rezende; OLIVEIRA, André Matos de Almeida; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Políticas públicas baseadas em evidências comportamentais: reflexões a partir do Projeto de Lei 488/2017 do Senado. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 428-454, 2018.
- DENEUX, C. *et al.* Postpartum maternal mortality and cesarean delivery. *Obstetrics and gynecology*, v. 108 (3 Pt 1), p. 541-548, 2006.
- DEVRIES, R. G.; BARROSO, R. Midwives among the machines: re-creating midwifery in the late twentieth century. In: MARLAN, H.; RAFFERTY, A. M. (ed.). *Midwives, society and childbirth: debates and controversies in the modern period*. London: Routledge, 1997. p. 248-272.
- DINIZ, C. S. G. *Assistência ao parto e relações de gênero: elementos para uma releitura médico social*. Dissertação (Mestrado em Medicina Preventiva) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.
- DINIZ, C. S. G. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 627-637, 2005.
- EMERSON, R. Power-dependence relations. *American Sociological Review*, v. 29, n. 01, p. 31-41, 1962.
- ENTRINGER, A. P. *et al.* Análise de custos da atenção hospitalar ao parto vaginal e à cesariana eletiva para gestantes de risco habitual no sistema Único de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 24, n. 4, p. 1527-1536, 2019.
- GELLER, E. J. *et al.* Maternal outcomes associated with planned vaginal versus planned primary cesarean delivery. *American journal of perinatology*, v. 27, n. 9, p. 675-83, Oct. 2010.
- GELLER, E. J. Neonatal outcomes associated with planned vaginal versus planned primary cesarean delivery. *Journal of perinatology: official journal of the California Perinatal Association*. v. 30, n. 4, p. 258-64, Apr. 2010.
- GENTILE, F. P. *et al.* Associação entre a remuneração da assistência ao parto e a prevalência de cesariana em maternidades do Rio de Janeiro: uma revisão da hipótese de Carlos Gentile de Mello. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 221-226, abr. 1997.
- GIGERENZER, G. *On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism*. 2015. Disponível em: Springerlink.com. Acesso em: 02 fev. 2020.
- HAUSMAN, D. M.; WELCH, B. Debate: To Nudge or Not to Nudge. *The Journal of Political Philosophy*, v. 18, n. 1, p. 123–136, 2010.

- HOPKINS, K. Are Brazilian women really choosing to deliver by cesarean? *Social Science & Medicine*, v. 51, p. 725-740, 2000.
- JOSEPH, K. S. *et al.* Severe maternal morbidity in Canada, 2003 to 2007: surveillance using routine hospitalization data and ICD-10CA codes. *Journal of obstetrics and gynaecology*, Canada, v. 32, n. 9, p. 837-46, Sep. 2010.
- LEAL, M. C. (coord). *Cesarianas desnecessárias: causas, consequências e estratégias para sua redução*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz (Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca), 2007.
- LUMBIGANON, P. *et al.* Method of delivery and pregnancy outcomes in Asia: the WHO global survey on maternal and perinatal health 2007-08. *The Lancet*, v. 375, p. 490-9, 2010.
- MICHAEL, J. L. Concepts and principles of behavior analysis. *Kalamazoo*: Association for Behavior Analysis, 2004.
- MIKULIK, M. *Pharmaceutical market: worldwide revenue 2001-2018*. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/263102/pharmaceutical-market-worldwide-revenue-since-2001/>. Acesso em: 07 fev. 2020.
- OCHI, G. M. *et al.* Strategic measures to reduce the caesarean section rate in Brazil. *The Lancet*, v. 392, p. 1290-1291, out. 2018.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Appropriate Technology for Birth. *The Lancet*, v. 8452, (ii), p. 436-437, 1985. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/2863457>.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Care in normal birth: a practical guide*. 1996.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Declaração da OMS sobre taxas de cesáreas*. 2015.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *WHO recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience*. 2018
- RACHLIN, Howard. Choice Architecture: a review of Why Nudge: the politics of libertarian paternalism by Cas R. Sustein. *Journal of The Experimental Analysis of Behavior*, v. 9999, p. 1-6, 2015.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 456-471, 2018.
- ROHDEN, F. *Uma ciência da diferença: sexo e gênero na medicina da mulher*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2001.
- SANDALL, J. *et al.* Short-term and long-term effects of caesarean section on the health of women and children. *The Lancet*, v. 392, p. 1349-1357, out. 2018.
- SILVA, B. M. G. Uma proposta de atuação para o enfrentamento à violência obstétrica: a experiência do Ministério Público Federal no estado do Amazonas. In: CASTILHO, E. W. V. *et al* (org.). *Perspectivas de gênero e o sistema de justiça brasileiro*. Brasília: ESMPU, 2019. p. 122-145.
- SIMAS, R.; MENDONÇA, S. S. O caso Adelir e o movimento pela humanização do parto: reflexões sobre violência, poder e direito. *Vivência: Revista de Antropologia*, v. 1, n. 48, p. 89-103, mar. 2017.
- SOUZA, J. P. *et al.* Caesarean section without medical indications is associated with an increased risk of adverse short-term maternal outcomes: the 2004-2008. WHO Global Survey on Maternal and Perinatal Health. *BMC medicine*, 2010.
- SUFANG, G. *et al.* Delivery section and caesarean section rates in China. In: WHO. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 85, n. 10, p. 733-820, Oct. 2007.
- TABAK, B. M.; AMARAL, P. H. R. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília v. 8, n. 2, p. 473-492, 2018.



THALER, R. H. *et al.* *Choice architecture*. April 2, 2010. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1583509>. Acesso em: 02 fev. 2020.

THALER, R. H. *et al.* *The Behavioral Foundations of Public Policy*. Eldar Shafir, 2012.

THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. Penguin, 2008.

THOMPSON, S. M. *et al.* Creating guardians of physiologic birth: the development of educational initiative for student midwives in Netherlands. *Journal of Midwifery and Women's Health*, v. 64, n. 5, p. 641-649, Sep. 2019.

TORNQUIST, C. S. *Parto e poder: o movimento pela humanização no Brasil*. Tese (Programa de Pós-graduação em antropologia social – Centro de Filosofia e Ciências Humanas), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

TVERSKY, A.; KAHNEMAN, D. The Framing of Decisions and the Psychology of Choice. *Science, New Series*, v. 211, n. 4481, p. 453-458, Jan. 1981.

VILLAR, J. *et al.* Maternal and neonatal individual risks and benefits associated with caesarean delivery: multicentre prospective study. *BMJ*. v. 335, p. 7628, 2007.

WIKLUND, I. *et al.* Appropriate use of caesarean section globally requires a different approach. *The Lancet*, v. 392, Oct. 2018.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Autismo:** aspectos jurídicos da  
acessibilidade e respeito

**Autism:** legal aspects of  
accessibility and respect

Fabiana Barrocas Alves Farah

Danilo Fontenele Sampaio Cunha

# Autismo: aspectos jurídicos da acessibilidade e respeito\*

## Autism: legal aspects of accessibility and respect

Fabiana Barrocas Alves Farah\*\*

Danilo Fontenele Sampaio Cunha\*\*\*

### Resumo

Trata-se de reflexão necessária sobre os direitos das pessoas autistas na busca de inclusão social, apresentando a legislação aplicável e sugerindo acréscimos. O estudo foi feito por meio de pesquisa bibliográfica em que foram abordadas as dificuldades de implementação das leis e estatutos já existentes, principalmente para aceitação das características das pessoas com deficiência e autistas, diante de suas estereotípias. Demonstraremos o que é o transtorno do espectro autista e a necessidade de melhor compreensão para posterior aceitação e inclusão dos autistas, para busca de uma posição digna como seres humanos, numa sociedade moderna e universalista. Por fim, chegamos a um entendimento de que a existência de políticas públicas sobre o assunto é a chave para se alcançar essa dignidade.

**Palavras-chave:** Autismo. Pessoa com Deficiência. Inclusão. Acessibilidade. Respeito.

### Abstract

This is a necessary reflection on the rights of autistic people in the pursuit of social inclusion, presenting the applicable legislation and suggesting additions. The study was carried out by means of bibliographic research which addressed the difficulties of implementing existing laws and statutes, mainly in accepting the characteristics of people with disabilities and autistic people, in view of their stereotypes. We will demonstrate what is the autism spectrum disorder and the need for better understanding for later acceptance and inclusion of autists, in the search for a dignified position as human beings, in a modern and universalist society. Finally, we came to an understanding that the existence of public policies on the subject is the key to achieving this dignity.

**Keywords:** Autism. Person with Disability. Inclusion. Accessibility. Respect.

\* Recebido em 25/01/2020  
Aprovado em 04/06/2020

\*\* Mestranda em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7-CE). Especialista em Direito Militar (FTP-TO). Advogada e Fisioterapeuta.  
E-mail: fabifarah@hotmail.com

\*\*\* Doutor em Direito (PUC-SP). Juiz Federal da 11ª Vara do Ceará. Professor Doutor do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7-CE). Email: daniloffc@uol.com.br

# 1 Introdução

A dignidade da pessoa humana está sempre em discussão na sociedade moderna, mas a procura pela efetivação dos direitos de pessoas autistas, acometidas por um transtorno que traz prejuízo na comunicação, no desenvolvimento social e comportamental, se depara cotidianamente com a discriminação, o preconceito, a exclusão e o desrespeito que atingem não apenas os diretamente envolvidos, mas também por seus pais e parentes, em um contínuo de estigmatizações e limitações.

A intolerância diante da diversidade é exteriorizada por situações cotidianas predominantemente discriminatórias que vitimizam e desqualificam uma minoria desejosa de estar inserida socialmente.

A exclusão dos autistas, e das pessoas com deficiência em geral, decorre de fatores além da própria limitação existente, constatando-se que, apesar de sua evolução formal, a legislação aplicável necessita de forte conscientização popular a fim de efetivamente romper o preconceito.

Pessoas que desconhecem o tema podem acreditar que os esforços de inserção igualitária dessas pessoas são desnecessários por ser impossível, fixando-se no que se tem como estereótipos mais aparentes, mormente nas reações de violência e autoflagelo. No entanto, a inclusão acaba sendo um ganho tanto para o autista quanto para quem o inclui, porque a experiência de vivenciar diferenças propicia, além de sensibilização humanista, a reavaliação dos nossos valores e princípios, na percepção de que todos somos, ou seremos, pessoas com deficiência em alguma área ou atividade, principalmente decorrentes da idade.

O desconhecimento sobre como é a vida de um autista e seu modo de perceber e reagir ao mundo, bem como os efeitos e intensidades com que os estímulos ambientais o afetam, é um dos aspectos vivenciais mais marcantes do seu cotidiano em relação. De igual maneira, não é raro médicos, por não conhecerem ou não identificarem as diversas variáveis do espectro autista, encaminharem o indivíduo ainda sem diagnóstico para um colega psiquiatra ou neurologista para tratá-lo de sintoma comum a outras morbidades.

As lutas pelo respeito à condição autista, a compreensão dos aspectos únicos de seu comportamento e a tolerância com as manifestações de suas crises, na tentativa de evitar que sejam hostilizados ou negligenciados pelo poder público e pela sociedade, é uma realidade de milhares de pessoas, independentemente de seu grau de estudo ou condição social.

O presente estudo tem base teórica e doutrinária utilizando bibliografia selecionada sobre as questões sociais vivenciadas pelas pessoas com transtorno do espectro do autismo (TEA) e seus familiares. Constitui, também, pesquisa exploratória, pois pretende examinar problemas e situações do cotidiano dos autistas, e demonstrar como é a realidade dessa vivência. Além disso, utiliza o método qualitativo, porque concentra no caráter subjetivo dessa busca dos autistas por respeito aos seus direitos e espaço na sociedade. Utiliza o método dedutivo, porque apresenta diversas formas de reflexão sobre as atitudes das pessoas envolvidas buscando, concluir algo acerca dessa exclusão.

Este trabalho está estruturado nos seguintes tópicos principais, em que se expõe, inicialmente e de maneira resumida, a legislação que trata dos direitos das pessoas com deficiência, inclusive a lei específica para o autista.

O tópico posterior enfrenta a questão da (in) tolerância diante do autismo, expondo a visão real da sociedade e suas reações frente às manifestações do comportamento incomum do autista, suas estereótipos e as circunstâncias necessárias para serem compreendidos e terem garantidos os seus direitos.

O último tópico apresenta as divisões e subdivisões dos níveis do transtorno do espectro autista, realçando a importância da inclusão no desenvolvimento comportamental desses indivíduos.

As conclusões serão apresentadas ao final para compreensão que, mesmo um indivíduo com limitações, dentro de seus espectros e níveis, é plenamente capaz de adaptação social, sendo dever de todos facilitar tal direito constitucional e legal.

## 2 As pessoas com deficiência e a legislação

Pode-se afirmar que as pessoas com deficiência sempre sofreram discriminações ao longo da história e foram oriundas, em sua maior parte, da simples ignorância sobre a diversidade natural, fatores genéticos e doenças, ou por intolerância ao diferente, insensibilidade ante o aparentemente fora do padrão ou mera intransigência com as singularidades. Tais percepções, desde cedo, influenciaram a própria legislação e seu brando desenvolvimento.

Na Roma antiga, havia leis que reconheciam os direitos de um recém-nascido, desde que a criança não nascesse antes do 7º mês de gestação, nem apresentasse algum sinal ou distorção da forma humana, sendo prevista a morte imediata por afogamento caso fosse entendido que não possuía viabilidade.<sup>1</sup>

Alguns historiadores acreditam que aqueles com deficiência que conseguiam escapar da execução sumária eram submetidos a um “mercado especial” em Roma, dedicado à compra e venda de pessoas com deformidades físicas, sem membros, com nanismo ou gigantismo, além de hermafroditas.<sup>2</sup>

Apenas após o começo da Era Cristã é que se iniciou um olhar diferenciado em relação às pessoas com deficiência e aos mais pobres e humildes. As instituições ligadas ao atendimento desses necessitados cresceram incentivadas pela iniciativa dos bispos e freiras nos mosteiros da época, que também recebiam recém-nascidos órfãos ou rejeitados.<sup>3</sup>

Paradoxalmente, na Idade Média, foi implementada a “Nau dos Loucos”, que nada mais era do que uma embarcação que levava as pessoas com deficiência intelectual para um destino qualquer, sem prévio conhecimento. O objetivo era retirá-las das ruas, ou seja, evitar que maculassem, com suas presenças, a linha de visão das pessoas.<sup>4</sup>

Entre os séculos V e XV, principalmente no período da Inquisição, a própria Igreja Católica perseguiu e discriminou as deficiências físicas, mentais e as malformações congênitas, considerando-as “castigo de Deus” e, assim, excluía as pessoas com deficiência da caridade, mesmo quando as doenças graves e incapacitantes se espalharam pela Europa Medieval, o que gerou grande número de sequelados miseráveis e estigmatizados.<sup>5</sup>

O Renascimento trouxe a consideração dos direitos universais, baseado no avanço científico e na consciência filosófica humanística e, diante desse novo entendimento, entre os séculos XVI e XVII, as pessoas com deficiência foram assunto de preocupação específica, consolidando a necessidade de proteção maior, superando-se em parte a condição marginal de então.<sup>6</sup>

Ao longo dos séculos, as práticas sociais de atendimentos direcionadas às pessoas com deficiência, ao redor do mundo, voltaram-se para uma discreta humanização comportamental demonstrando evolução das civilizações e avanço na preocupação com a saúde e os direitos humanos.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 15-28. v. I.

<sup>2</sup> ANATALINO, João. *O Deficiente na Cultura Greco-Romana– A Óptica Espartana*. São Paulo: Recanto das Letras, 2017. Código do texto: T6141362. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/artigos-de-educacao/6141362>. Acesso em: 25 abr. 2019.

<sup>3</sup> GARCIA, Vinicius Gaspar. *As pessoas com deficiência na história do mundo*. Rio de Janeiro: Bengala Legal, 2011. Disponível em: <http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>. Acesso em: 15 jun. 2019.

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 13.

<sup>5</sup> GARCIA, Vinicius Gaspar. *As pessoas com deficiência na história do mundo*. Rio de Janeiro: Bengala Legal, 2011. Disponível em: <http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>. Acesso em: 15 jun. 2019.

<sup>6</sup> No século XVI, médicos defendiam a ideia de que as pessoas com deficiência mental eram assim por um acidente hereditário ou de má formação genética, e não acreditavam que pudessem evoluir. Naquela época, caberia aos médicos, e não à igreja, sobre a vida e o destino desses indivíduos.

<sup>7</sup> GARCIA, Vinicius Gaspar. Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil. *Trab. educ. saúde*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 167, abr. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1981-77462014000100010&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462014000100010&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 18 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1981-77462014000100010>.

Nos Estados Unidos, por volta de 1811, uma atenção específica foi dada para garantir, aos combatentes marinheiros ou fuzileiros navais com sequelas físicas e mentais, o direito à moradia e alimentação.<sup>8</sup> No período da Segunda Guerra Mundial, os mutilados, e os incapacitados física e mentalmente, causaram grande preocupação, fazendo surgir documentos internacionais de proteção.<sup>9</sup>

A Constituição Política do Império, de 1824, excluía, em seu artigo 8º, I, o exercício de direitos políticos pela incapacidade física ou moral, sem maiores explicações a respeito de quais incapacidades se referia.<sup>10</sup>

Em 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil manteve a suspensão dos direitos em virtude da incapacidade física ou moral, e a Constituição de 1934 restringiu os direitos pela incapacidade civil absoluta, sem mencionar a questão física, mas trazia termos discriminatórios, como “órfãos, abandonados, libertinos, alienados e outros tipos de doentes sociais”, além dos “pretos ou pardos”, “débeis ou atrasados”, bem como estimulava a *educação eugênica* no intuito de “melhorar as gerações futuras” (Art.137) e limitava a entrada de imigrantes como garantia da integração étnica e capacidade física e civil (Art.121, § 6º), apesar de rejeitar toda e qualquer discriminação, igualando todos perante a lei (artigos 113, I e 121, §6º).<sup>11</sup>

As Constituições de 1937, de 1946, de 1967 mencionaram as pessoas com deficiência no que diz respeito à infância e juventude e à invalidez e suas consequências advindas dos acidentes de trabalho, mas sempre trazendo as exceções relacionadas à “sanidade física” dos portugueses, em relação ao direito de naturalização brasileira. Na Constituição de 1937, os magistrados perderiam as garantias da vitaliciedade em razão de invalidez comprovada, o que fora modificado, excluindo essa restrição somente na Constituição de 1946.<sup>12</sup>

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução ONU n.º 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948) tratou da promoção do respeito aos direitos e liberdades entre os povos dos Estados-Membros e dos territórios sob sua jurisdição, garantindo, em seu artigo 1º, que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.<sup>13</sup>

Somente com a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, que alterou o texto da Constituição de 1967, o Brasil passou a tratar da educação de excepcionais, no intuito de integrá-los, mas não os incluir (artigo 175, §4º da EC 1, 1969).<sup>14</sup>

Na época, o passo maior foi dado a partir da Emenda Constitucional n.º 12, de 1978, que assegurava, em seu artigo único, a melhoria das condições sociais dos “deficientes”, que era o termo usado à época.<sup>15</sup>

<sup>8</sup> Desde cedo foi dada atenção específica para os ex-combatentes com deficiência nos EUA. Depois da guerra, foi construído na Filadélfia, em 1867, o Lar Nacional para Soldados Voluntários Deficientes.

<sup>9</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas Constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 226, ago. 2016.

<sup>10</sup> CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE; Hilton Lôbo. *Todas as Constituições do Brasil*- compilação dos textos, notas, revisão e índices. São Paulo: Atlas, 1971. p. 582. Disponível em: [http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=itemglobal&doc\\_library=SEN01&doc\\_number=000012720](http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=itemglobal&doc_library=SEN01&doc_number=000012720). Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>11</sup> AGUILAR FILHO, Sidney. *Educação, autoritarismo e eugenia = exploração do trabalho e violência à infância desamparada no Brasil* (1930-1945). 2011. Tese (Doutorado) - Faculdade de Educação Universidade Estadual de Campinas, Campinas, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/251194>. 2011; e BRASIL. *Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro. RJ. 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>12</sup> BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro. RJ. 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 14 jun. 2019. BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro. RJ. 1946. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 14 jun. 2019; BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>13</sup> RIO GRANDE DO SUL. Governo do Estado. Fundação de Articulação e Desenvolvimento de Políticas Públicas para Pessoas com Deficiência e com Altas Habilidades no Rio Grande do Sul – FADERS. *Legislação Internacional. Rio Grande do Sul*. Disponível em: <http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6>. 2019. Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>14</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969*. Brasília. DF. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>15</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978*. Brasília. DF. 1978. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

A promulgação da Constituição de 1988 trouxe, em diversos capítulos e dispositivos, a inserção da proteção específica dos direitos das pessoas com deficiência, incluindo em 2003 a Emenda Constitucional n.º 41, que versou sobre a invalidez dos servidores públicos, e a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, que permitiu ao Congresso Nacional aprovar e incorporar tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, com *status* de emendas constitucionais, seguindo, para isso, todo o procedimento regular<sup>16</sup>, o que possibilitou que a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 2007, passassem a ser equivalentes às emendas constitucionais.

No intervalo entre a Constituição Federal de 1988 do Brasil e a Convenção da ONU de 2007, surgiram várias legislações internacionais em defesa dessa minoria, como as Normas para Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência da ONU n.º 48/96, de 20 de dezembro de 1993, que estabeleceram medidas para a igualdade, acessibilidade, educação, emprego, dentre outros direitos; a Carta para o Terceiro Milênio, de 09 de setembro de 1999, em Londres, que estabeleceu medidas para proteger os direitos das pessoas com deficiência mediante o apoio ao empoderamento e a inclusão em todos os aspectos da vida.<sup>17</sup>

Em termos trabalhistas, a evolução dos tratados e convenções também é recente, sendo editada em 25 de junho de 1958, a Convenção OIT 111, que trouxe a proibição de discriminação em matéria de emprego e profissão referente a salário e critérios de admissão; em 20 de junho de 1983, a Convenção OIT 159 tratou sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas “deficientes”, ratificada no Brasil pelo Decreto n.º 129, de 22 de maio de 1991 e a Convenção OIT 168, de 01 de junho de 1988, tratou sobre a promoção de emprego e proteção ao desemprego (ratificada no Brasil pelo Decreto 2.682, de 21 de julho de 1998).

No que diz respeito à criança em geral, incluindo a com deficiência, podemos citar, em termos de convenções, declarações e tratados, a Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989; a Convenção Interamericana da Guatemala, de 28 de maio de 1999, para eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência; a Declaração de Sundberg (Torremolinos, Espanha), de 07 de novembro de 1981, sobre acesso à educação, cultura e informação; a Declaração de Jomtien (Tailândia), de 09 de março de 1990, chamada Declaração Mundial sobre Educação para Todos; a Declaração de Salamanca, de 10 de julho de 1994, sobre educação especial; Declaração de Santiago (Chile), de 19 de abril de 1998, sobre discriminação e integração de grupos vulneráveis à vida política e econômica; Declaração de Quito, de 24 de julho de 1998, sobre direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina; Declaração de Madri, 23 de março de 2002, em comemoração ao ano de 2003 como sendo o ano europeu das pessoas com deficiência e Declaração de Sapporo (Japão), de 18 de outubro de 2002, sobre, acessibilidade, inclusão, genética, bioética, educação inclusiva e vida independente.

Depois dessas conquistas, uma significativa quantidade de legislações ordinárias adaptou-se visando aprimorar os direitos e garantias especificamente em defesa das pessoas com deficiência, abrangendo desde a integração social até o direito de ingressar e permanecer com cão-guia em ambientes de uso coletivo, sendo cristalizadas com a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 2015).<sup>18</sup>

Encontramos, em seu artigo 2º, a definição de pessoa com deficiência como sendo aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma

---

ccivil\_03/constituicao/Emendas/Emc\_anterior1988/emc12-78.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>16</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003*. Brasília. DF. 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm); e BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Brasília. DF. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>17</sup> RIO GRANDE DO SUL. Governo do Estado. Fundação de Articulação e Desenvolvimento de Políticas Públicas para Pessoas com Deficiência e com Altas Habilidades no Rio Grande do Sul – FADERS. *Legislação Internacional. Rio Grande do Sul*. Disponível em: <http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6>. Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>18</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas Constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 232-233, ago. 2016.

ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.<sup>19</sup>

No caso da pessoa com Transtorno do Espectro do Autismo, ou apenas Autista, a Lei Ordinária Federal n.º 12.764/2012 instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoas com Transtorno do Espectro do Autismo, decorrente de uma sugestão legislativa apresentada por uma associação defensora da causa. Esta lei foi batizada de “Lei Berenice Piana”, referindo-se a uma mãe de pessoa autista que luta incansavelmente, como tantas outras, pelos direitos deles.<sup>20</sup>

A Lei n.º 13.977/2020, atualizando a Lei Berenice Piana, criou a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (CIPTA), em que ressalta a atenção prioritária e integral nos atendimentos em serviços públicos e privados reforçando o que garante a Lei Brasileira de Inclusão e a Constituição Federal de 1988. Essa lei foi batizada de “Lei Romeo Mion”, homenageando o filho do artista Marcos Mion que possui o transtorno.

Além disso, a expedição do documento é gratuita e indica o Código Internacional de Classificação da doença (CID), assim como dados pessoais do autista e seu responsável legal, devendo estar sempre atualizado para, inclusive, permitir o registro estatístico de pessoas acometidas pelo autismo no Brasil. Questiona-se se o documento tem prazo de validade de cinco anos, como se o transtorno tivesse cura. Acredita-se que a intenção seja tão somente para mantê-lo atualizado.<sup>21</sup>

Verifica-se, portanto, que, ao longo do tempo, o direito à acessibilidade foi sendo garantido e é hoje considerado um direito fundamental, onde promover a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, objetiva garantir dignidade e o exercício da cidadania, dando independência, autonomia, liberdade e condições de igualdade a todos.<sup>22</sup>

### 3 O (Des) respeito diante da deficiência e do autismo

Apesar de terem ocorrido muitas mudanças legislativas, inclusive no que diz respeito à acessibilidade de transporte, prédios e equipamentos públicos, ainda são verificadas atitudes de preconceito e discriminação, além de diversas formas de violência, quanto aos direitos à saúde, educação e profissionalização das pessoas com deficiência, sendo comum as pessoas tenderem a rejeitar comportamentos diferentes dos seus, seja no que diz respeito à simples aparência física ou à escolha do estilo de vida.<sup>23</sup>

Pode-se dizer que nossa sociedade, ainda carrega, no seu núcleo, algumas mazelas, como atitudes de um pretensão conservadorismo que, na verdade, representam apenas atraso e ausência de conhecimento, caracterizando-se, conforme Agerson Tabosa<sup>24</sup>, por se apoiar “na ignorância, ou no temor, na segurança ou no comodismo”.

Em geral, ainda persiste a ideia de que tudo o que for contrário ao chamado “homem médio”<sup>25</sup>, padroni-

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Brasília. DF. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

<sup>20</sup> AMARAL, Carlos Eduardo Rios. Lei n.º 12.764/2012: Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. *Revista Jus Navigandi*, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48333/lei-n-12-764-2012-direitos-da-pessoa-com-transtorno-do-espectro-autista>. Acesso em: 15 jun. 2019.

<sup>21</sup> BRASIL. *Lei 13.977 de 08 de janeiro de 2020. Lei Romeo Mion*. Brasília. DF. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113977.htm). Acesso em: 06 jun. 2020.

<sup>22</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas Constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 235, ago. 2016.

<sup>23</sup> PESSOA, Amanda Carolina Santos. A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 106, ano. 26, p. 202, mar./abr. 2018.

<sup>24</sup> TABOSA, Agerson. *Sociologia Geral e Jurídica*. Fortaleza: Qualygraf Editora e Gráfica, 2005. 600 p.

<sup>25</sup> “Homem médio”: padrão e modelo normativo e inclusivo considerado socialmente “ideal” PESSOA, Amanda Carolina Santos.



zado socialmente, deve ser considerado menor, defeituoso, grotesco, incapaz, retrógrado, imperfeito, o que faz eclodir a exclusão social e, por consequência, a intolerância.

Infelizmente, ainda podemos encontrar pessoas que parecem acreditar que o convívio com as pessoas com deficiência, principalmente os autistas, retardam ou contagiam negativamente as demais, como se tivessem uma doença infecciosa terminal. Quando falamos em autismo, um dos mitos que as pessoas acreditam que caracteriza o transtorno é de que os autistas vivem num mundo próprio, isolado, interagindo somente no espaço a sua volta, mas isso não procede.<sup>26</sup>

Há relatos da oposição dos pais de crianças ditas “comuns” à convivência com autistas ou crianças com necessidades especiais, afirmando prejuízo à educação aos seus filhos, justificando a falta do progresso dos demais pela simples presença deles no mesmo ambiente escolar. Essas posturas hostis nos fazem perceber que há a necessidade de mudanças, muito mais de atitude e comportamento das pessoas, do que mesmo de estrutura física dos locais de ensino.<sup>27</sup>

Na verdade, existem casos ainda mais repugnantes de *bullying* acontecendo a cada instante pelo mundo, em vários lugares além da escola, do trabalho, da repartição pública, que vitimizam as pessoas com deficiência, principalmente os autistas, pela simples condição de serem o que são.

A maior visibilidade das pessoas com deficiência não corresponde, automaticamente, à tolerância, até porque esta, segundo Tabosa,<sup>28</sup> está intimamente ligada à aceitação, seja positiva ou negativamente, isto é, pode-se aceitar e tolerar, tolerar sem aceitar ou aceitar sem tolerar, desdobrando-se em como o indivíduo age, pensa e sente, tudo a depender tanto da consciência e sensibilidade individual quanto da coerção exterior sobre as pessoas, podendo estar fixada ou não em lei. Assim, o que é visto, mas não tolerado ou não aceito, tende a ser rejeitado, excluído.

Aprendemos a enxergar e avaliar os outros de acordo com os traços de comportamento peculiares e preestabelecidos desde a infância, a partir da educação e do exemplo que recebemos de nossos educadores, pais ou responsáveis<sup>29</sup>, mas, mesmo parecendo difícil modificar opiniões adquiridas na infância, o respeito e a tolerância podem ser exercitados e aprendidos a qualquer tempo<sup>30</sup>. Pessoas completas e complexas são capazes de reconhecer e respeitar as outras, com seus defeitos e diferenças, sempre atuando com a razão dosada com emoção.<sup>31</sup>

Malgrado, uma deficiência física poder ser considerada comum e tolerável para algumas pessoas, com base na compaixão,<sup>32</sup> quando se fala de direitos fundamentais, não se trata de simples aceitação, mas de verdadeiro respeito às pessoas e suas características, com implicações diretas na garantia de seus direitos.

Logo, sabendo disso e tendo interesse em eliminar atitudes discriminatórias, a sociedade deve buscar condutas menos excludentes que atravessem os obstáculos da discriminação, do preconceito e da intolerância.

---

A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 106, ano. 26, p. 202-203, mar./abr. 2018.

<sup>26</sup> SPÍNOLA, Grasielly de Oliveira. *Autismo: o ideal e o real na efetivação da decisão jurisdicional que implementa políticas públicas*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 55-65, 2014. Disponível em: [https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2756/pdf\\_1](https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2756/pdf_1). Acesso em: 22 jun. 2019.

<sup>27</sup> SERRA, Dayse Carla Genero. *Entre a esperança e o limite: um estudo sobre a inclusão de alunos com autismo em classes regulares*. Tese (Doutorado) Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Certificação digital nº 0510405/CB. Disponível em: [https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13415/13415\\_1.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13415/13415_1.PDF). Acesso em: 15 jun. 2019. p. 24.

<sup>28</sup> TABOSA, Agerson. *Sociologia Geral e Jurídica*. Fortaleza: Qualygraf Editora e Gráfica, 2005. p. 71-74.

<sup>29</sup> ASPERGER, Hans. Os “psicopatas autistas” na idade infantil – Parte 1. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, p. 317-318, jun. 2015. ISSN 1415-4714.

<sup>30</sup> PESSOA, Amanda Carolina Santos. A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 106, ano. 26, p. 213, mar./abr. 2018.

<sup>31</sup> CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *A Justiça Sensível*. Perspectivas incomuns e possibilidades utópicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019. p. 121.

<sup>32</sup> A pessoa com deficiência não precisa de tolerância pela compaixão social para exercer seus direitos, precisa de respeito.

cia, diante de todas as diversidades, para promover uma melhor convivência social.<sup>33</sup>

De igual modo, o pensamento que a suposta improdutividade do autista apresenta, como pessoa com deficiência, compromete o seu direito de exercer a cidadania<sup>34</sup>. Hans Asperger<sup>35</sup> acredita que “*igualmente essas pessoas têm o seu lugar no organismo do grupo social, espaço este que preenchem plenamente, algumas delas, talvez, de forma única*”, além do que os seres humanos são indivíduos plenamente adaptáveis e capazes de desenvolver condições possíveis de inserir as diferenças na sociedade com dignidade e respeito.

Assim, na reflexão de Pessoa<sup>36</sup>, o que a sociedade não compreende é que as pessoas com deficiência, inclusive o autista, busca, inicialmente, alcançar a igualdade por meio da efetivação dos direitos constitucionais já garantidos, mas, para isso, é necessária a atuação fundamental do Direito, combatendo e punindo as injustiças e violações das leis, reforçando a necessidade da inclusão, em conjunto com a participação social, na procura da garantia da dignidade dessas pessoas por meio do respeito mútuo, na intenção de construir um mundo mais universal e menos individual.

É apenas pela compreensão do que é autismo que poderemos desenvolver maior empatia e facilitar nossas adaptações às características dessas pessoas.

## 4 O autismo e a necessidade da inclusão

Anthony Giddens<sup>37</sup> afirma que vivenciamos uma modernidade tardia com padrões de estilo de vida que despertam rejeição e segregação social, diminuindo, gradativamente, o contato e a aproximação entre as pessoas, sendo caracterizada pelo preconceito e discriminação.

Pode-se constatar que, apesar de as palavras “inclusão” e “acessibilidade” serem comuns nos discursos políticos e sociais, com estímulo à aceitação e convivência pacífica com a diversidade, muitas vezes certas diferenças ainda despertam exclusão por não serem aceitas com naturalidade.<sup>38</sup>

Segundo Tabosa,<sup>39</sup> a existência do “contato” é uma condição indispensável para os processos sociais acontecerem, ou seja, o fato social advém de relações entre os seres humanos, e essas relações representam importantes processos sociais que necessitam do encontro de indivíduos e grupos, interagindo entre si, no intuito de socialização mútua, realçando o autor que o afastamento entre pessoas e grupos prejudica as trocas de experiências, renovação de conceitos e evolução das sensibilidades.

A não visibilidade das pessoas com deficiência, principalmente os autistas, pode ensejar a construção de uma minoria, ou seja, a falta de conhecimento a respeito do transtorno pode fazer com que os indivíduos com o transtorno sejam inferiorizados socialmente e tenham seus direitos não reconhecidos e aplicados.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> SERRA, Dayse Carla Genero. *Entre a esperança e o limite: um estudo sobre a inclusão de alunos com autismo em classes regulares*. Tese (Doutorado) Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Certificação digital nº 0510405/CB. Disponível em: [https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13415/13415\\_1.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13415/13415_1.PDF). Acesso em: 15 jun. 2019.

<sup>34</sup> Sabe-se que cada vez mais os autistas de grau leve podem ocupar papel importante na sociedade, trabalhando, construindo família e vivendo sem maiores dificuldades e dentro de suas limitações.

<sup>35</sup> ASPERGER, Hans. Os “psicopatas autistas” na idade infantil – Parte 3. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, p. 725, jun. 2015. ISSN 1415-4714.

<sup>36</sup> PESSOA, Amanda Carolina Santos. A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 106, ano. 26, p. 219-220, mar./abr. 2018.

<sup>37</sup> GIDDENS, Anthony. *Modernidade e Identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. p.13.

<sup>38</sup> MELO, Marilice Pereira Ruiz do Amaral. Inclusão na diversidade: a contribuição da espiritualidade e interdisciplinaridade. Educação: Fundamentos da Educação. *Revista INTERESPE*, São Paulo, n. 8, p. 100-102, jun. 2017. ISSN 2179-7498. Disponível em: <https://www.pucsp.br/interespe/revistas/downloads/revista-8-interespe-jun-2017.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

<sup>39</sup> TABOSA, Agerson. *Sociologia Geral e Jurídica*. Fortaleza: Qualygraf Editora e Gráfica, 2005. p. 113-114.

<sup>40</sup> PESSOA, Amanda Carolina Santos. A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 106, ano. 26, p. 204, mar./abr. 2018.

Carolina Oliveira, em 2005,<sup>41</sup> apresentou dados do *Center of Diseases Control and Prevention* (CDC), atestando que há um caso de autismo para cada 110 pessoas. Assim, a estimativa no Brasil é que existiam, em 2005, por volta de dois milhões de autistas inseridos em duzentos milhões de habitantes naquele ano.

De acordo com o Censo de 2010, realizado no Brasil, havia em torno de 45.624.000 pessoas que apresentavam ao menos uma deficiência pesquisada (IBGE, 2010). Esse número representava por volta de 23,93% do total da população brasileira naquele ano, divididos nas cinco regiões em: 1,4% no Norte; 1,7% no Centro-Oeste; 3,2% no Sul; 7,4% no Nordeste e 9,7% no Sudeste.<sup>42</sup>

Em 1943 o médico austríaco Leo Kanner, considerado o pioneiro no ramo, descreveu a patologia utilizando o termo “*Transtorno Autístico do Contato Afetivo*”, que apresentava um grau mais severo semelhante ao de um esquizofrênico, uma vez que os indivíduos estudados demonstravam um alheamento do mundo ao seu redor, não respondendo aos estímulos recebidos, se relacionando estreitamente apenas com objetos, não apresentando interesse em interagir socialmente.<sup>43</sup>

Kanner observou que, desde a infância (a partir dos 2 anos de vida), esses indivíduos não mantinham relação com a realidade, vivendo isoladamente num mundo interno, sem a interferência do grupo social em que faziam parte, passando a denominar a síndrome de “*Autismo Infantil Precocê*”. A partir daí, o autor passou a selecionar os comprometimentos específicos de cada caso, em que via uns com certa inteligência preservada e, às vezes, incomum, outros com alterações de comunicação e linguagem, chegando até ao mutismo, o que refletia a imensa dificuldade de relacionamento interpessoal, como se o autismo fosse um desmembramento da esquizofrenia infantil.<sup>44</sup>

Ao longo dos anos, vários estudiosos, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos e interessados no assunto buscaram demonstrar que o autismo é um quadro clínico diferenciado, mas ainda considerado uma junção de alterações psíquicas e comportamentais e sem nenhuma relação com a esquizofrenia. Porém, é uma patologia que traz prejuízo para comunicação e desenvolvimento social advindos de um comportamento alterado, avesso à mudanças, e de alterações sensoriais exacerbadas que tornam as pessoas difíceis de manter relações sociais apropriadas.<sup>45</sup>

Mesmo com uma incidência grande, somente em 1993 o autismo foi inserido na Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde. Isso se deve ao fato de que ainda não há afirmação genética das causas dessa síndrome, além de ser difícil detectar com rapidez apenas por meio dos sintomas e do comportamento apresentado, pois são classificações complicadas de se especificar, dentro dos graus leve (nível 1), moderado (nível 2) e grave (nível 3) que se conhece.

Contudo, com o avanço dos estudos, esses níveis podem se subdividir em outros tantos, de acordo com as diferentes variações no comportamento de cada caso que surge, os chamados “*espectros*”, isto é, uma

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Carolina. Um retrato do autismo no Brasil. Universidade de São Paulo. *Revista Espaço Aberto USP*, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.usp.br/espacoaberto/?materia=um-retrato-do-autismo-no-brasil>. Acesso em: 19 jun. 2019.

<sup>42</sup> BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa com Deficiência. *Resultados Preliminares da Amostra – Censo 2010*. Brasília. DF. 2010. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/indicadores/censo-2010>. Acesso em: 19 jun. 2019.

<sup>43</sup> RODRIGUES, Ida Janete. *Habilidades viso-perceptuais e motoras na Síndrome de Asperger*. 2010. Tese (Doutorado) Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.47.2010.tde-03092010-151245. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2\\_do.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2_do.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>44</sup> O termo “Autismo Infantil” seria utilizado para uma faixa etária mais jovem e em pessoas com comprometimento maior na fala e na interação social. RODRIGUES, Ida Janete. *Habilidades viso-perceptuais e motoras na Síndrome de Asperger*. 2010. Tese (Doutorado) Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.47.2010.tde-03092010-151245. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2\\_do.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2_do.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>45</sup> O diagnóstico do nível mais leve do transtorno é mais difícil, por que pode gerar confusão com uma simples deficiência mental ou um mero atraso generalizado que inclua a fala. RODRIGUES, Ida Janete. *Habilidades viso-perceptuais e motoras na Síndrome de Asperger*. 2010. Tese (Doutorado) Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.47.2010.tde-03092010-151245. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2\\_do.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2_do.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

amplitude que engloba diferentes níveis de gravidade,<sup>46</sup> e a graduação dos níveis se dá a partir dos comprometimentos apresentados<sup>47</sup> de acordo com a história pessoal, o momento do diagnóstico e aos cuidados oferecidos a cada um. Dessa forma, de acordo com o nível da afetação da cognição, linguagem, prejuízos comportamentais e sensoriais, sociabilidade e estereotípias — movimentos repetitivos —, pode-se dizer que não existe um autista igual a outro, o que, conseqüentemente, enseja a necessidade de formas variadas e adaptáveis de interação e acompanhamento.

Há várias teorias sobre alguns comportamentos percebidos nos diferentes níveis do autismo. Especula-se, por exemplo, que a inabilidade de se relacionar com outras pessoas se deve ao comprometimento da capacidade de abstração e simbolismo, como se o autista não soubesse reconhecer as emoções, faltando-lhe a capacidade para responder aos estímulos por meio de expressões, gestos ou mesmo pela linguagem. Essa atribuição dos déficits sociais é uma característica comum, inclusive uma dificuldade de perceber a si mesmo no lugar que ocupa e o que está em sua volta, sendo os tratamentos com fonoaudiólogos e terapeutas essenciais para o desenvolvimento de suas maneiras particulares e especiais de comunicação.

O autismo tem, pois, níveis de comprometimento ou espectros dos mais variados, em que, em alguns casos, os indivíduos acometidos conseguem manter uma relação com outras pessoas, são capazes de interagir, conviver socialmente e mesmo construir família e ter uma profissão, como um típico “Asperger” (espectro da síndrome de nível 1, mais leve), que, geralmente, dispõe de uma inteligência diferenciada.<sup>48</sup>

Hans Asperger,<sup>49</sup> que, até pouco tempo atrás, batizava o espectro leve do autismo, pesquisou e escreveu, em 1943, sobre os “psicopatas autistas” na idade infantil, em que afirmou: “*todo ser humano é um ser único, irreproduzível, indivisível (individuum) e, por isso, em última instância, não passível de comparação com outros.*” E continua: “[...] *quando tentamos categorizar uma pessoa — que não apresenta nenhum desvio grosseiro ou anormalidade qualitativa que determina a sua personalidade como um todo — segundo uma tipologia ou forçá-la para dentro desta, a constrangemos na medida em que a avaliamos.*”

Os autistas Asperger, geralmente, tendem a se isolar pouco socialmente, e o transtorno desse nível é estável, o que permite uma comunicação verbal diferenciada, precoce e formal que envolve pouca empatia, diminuição leve dos aspectos afetivos e possuem interesses específicos em determinada área (geralmente ciências exatas). Porém, um aspecto que é deficitário em todos os níveis é a interação social e a deficiência ou falta de empatia, dificultando as relações interpessoais e o cumprimento espontâneo das regras sociais. Por isso, necessita de acompanhamento comportamental para ser condicionado à rotina diária e assim, poder se relacionar com mais desenvoltura.<sup>50</sup>

Nos níveis 2 e 3 (moderado à grave), há, geralmente, atraso motor, desde ao sentar quando bebê até a marcha depois de adulto. O autismo considerado clássico, ou seja, o que possui todos os comprometimentos neuropsicomotores associados, manifesta-se com a recusa do contato visual e físico, claramente hipersensí-

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Carolina. Um retrato do autismo no Brasil. *Revista Espaço Aberto USP*, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.usp.br/espacoaberto/?materia=um-retrato-do-autismo-no-brasil>. Acesso em: 19 jun. 2019.

<sup>47</sup> RODRIGUES, Ida Janete. *Habilidades viso-perceptuais e motoras na Síndrome de Asperger*. 2010. Tese (Doutorado) Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.47.2010.tde-03092010-151245. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2\\_do.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2_do.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>48</sup> Os aspectos psíquicos isolados não são constantes, mas podem ser calculadas numerosas diferenças qualitativas e só devem ser comparados uns aos outros com restrições. ASPERGER, Hans. Os “psicopatas autistas” na idade infantil – Parte 1. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, p. 324-325, jun. 2015. ISSN 1415-4714.

<sup>49</sup> ASPERGER, Hans. Os “psicopatas autistas” na idade infantil – Parte 3. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, p. 314-338, jun. 2015. ISSN 1415-4714; ASPERGER, Hans. Os “psicopatas autistas” na idade infantil – Parte 2. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, p. 519-538, jun. 2015. ISSN 1415-4714; e ASPERGER, Hans. Os “psicopatas autistas” na idade infantil – Parte 3. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, p. 704-727, jun. 2015. ISSN 1415-4714.

<sup>50</sup> RODRIGUES, Ida Janete. *Habilidades viso-perceptuais e motoras na Síndrome de Asperger*. 2010. Tese (Doutorado) Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.47.2010.tde-03092010-151245. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2\\_do.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2_do.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

veis a ruídos ou barulhos altos,<sup>51</sup> diminuição significativa ou a falta de coordenação motora, apresentação de estereotípias (na fala ou em movimentos repetitivos) que, em alguns casos, também são demonstradas em si mesmos por meio de castigos físicos, pancadas e mordidas, ou seja, autoflagelo intenso, chegando muitas vezes, caso não sejam impedidos, a se mutilar (nível mais grave), como se o autista não tivesse percepção sobre seu próprio corpo e não sentisse dor, ante a inexistência das sensações de atividade muscular,<sup>52</sup> que causa estranheza e medo nas pessoas ao redor devido à desinformação de como reagir.

Estudiosos de outra teoria, chamada “Teoria da Mente”, observaram que existem dois (de muitos) mecanismos cerebrais básicos, que estabelecem uma ligação com o mundo e que detectam a intencionalidade e o direcionamento do olhar. Eles deveriam permitir que o autista construísse imagens sobre as pessoas, pois estão relativamente preservados nessa patologia, mas, para que o autista possa interpretar o comportamento dos outros e reagir a esse comportamento, ou seja, às reações que envolvam contato físico de cunho emocional (abraço, beijo), é necessário que dois outros mecanismos estejam preservados, são eles: a atenção compartilhada e a Teoria da Mente. Esses últimos que comandam os sentidos (olhar, tocar e ouvir) e o pensamento (conhecer, acreditar) apresentam-se de forma deficitária, prejudicando a normalidade dos comportamentos sociais.<sup>53</sup>

O fato de o autista apresentar déficits de cognição específicos não os impede de aprender uma forma de se reorganizar dentro da sociedade. A suposição de que a função de executar comandos, de se integrar, de responder a estímulos externos estaria limitada também a depender do grau de comprometimento do transtorno. O autista de nível mais leve pode atingir uma meta, quando estimulado, até mais rápido que uma pessoa sem a condição do autismo, da mesma forma que o de nível grave ou severo, nem ao menos tenta responder pelo simples fato de não processar nem reconhecer a informação comandada.<sup>54</sup>

Às vezes o autista chama a atenção socialmente positiva por uma das características do transtorno, o hiperfoco. Essa é a capacidade que cerca de 10% dos autistas podem desenvolver em manter intensa atenção voltada a áreas específicas de interesse, desenvolvendo habilidades e domínio sobre um tema, como idiomas, música ou ciências exatas.

Tais facilidades são, no entanto, exceções, e mesmo elas não garantem êxito ao longo da vida, sendo necessário dar visibilidade social à grande maioria desprovida de amparo terapêutico. Atualmente, o autismo é tido como um transtorno amplo, multifacetado e de difícil diagnóstico em certos casos, exatamente pelos diferentes graus que apresenta, pela variedade de alterações cerebrais, físicas e comportamentais, sendo considerado um transtorno global de desenvolvimento.<sup>55</sup>

Na verdade, é o desenvolvimento das funções cognitivas e de sua capacidade de adaptação, provenientes da relação com o meio ambiente, que faz o autista corresponder ao estímulo recebido. A percepção de que

<sup>51</sup> ASPERGER, Hans. Os “psicopatas autistas” na idade infantil – Parte 3. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, p. 715, jun. 2015. ISSN 1415-4714.

<sup>52</sup> O desenvolvimento e a coordenação motora de determinados autistas, mesmo que vistas como normais em alguns deles, ainda que apresentassem deambulação com movimentos rudes, eram considerados habilidosos em algumas áreas. RODRIGUES, Ida Janete. *Habilidades viso-perceptuais e motoras na Síndrome de Asperger*. 2010. Tese (Doutorado) Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.47.2010.tde-03092010-151245. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2\\_do.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2_do.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019

<sup>53</sup> A noção de esquema corporal advém de um sistema psicofisiológico originário nos dados sensoriais que são enviados e fornecidos pelo esquema motor, a partir da movimentação corporal realizada RODRIGUES, Ida Janete. *Habilidades viso-perceptuais e motoras na Síndrome de Asperger*. 2010. Tese (Doutorado) Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.47.2010.tde-03092010-151245. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2\\_do.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2_do.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019

<sup>54</sup> RODRIGUES, Ida Janete. *Habilidades viso-perceptuais e motoras na Síndrome de Asperger*. 2010. Tese (Doutorado) Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.47.2010.tde-03092010-151245. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2\\_do.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2_do.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>55</sup> FARAH, Fabiana Barrocas Alves. Autismo: o desafio da inclusão na sociedade moderna. *Revista Construir Notícias*, Recife, ano 20, p. 40-43, 2020. ISSN 2236-3505. Disponível em: <https://www.construirnoticias.com.br/autismo-o-desafio-da-inclusao-na-sociedade-moderna/>. Acesso em: 01 mar. 2020.

o autista vive uma compreensão alterada do mundo e das interações, que podem até ser exacerbadas de acordo com o grau de comprometimento que a síndrome se apresenta, é que comportará o diferencial de seu desenvolvimento.<sup>56</sup>

Os sintomas podem ser observados nos primeiros meses de vida, mas podem ser muito sutis, o que dificulta a percepção dos pais, e outras condições podem ser confundidas com autismo, como atraso global no desenvolvimento intelectual, síndrome de Rett, transtorno de aprendizagem não verbal e alguns transtornos de apego reativo, daí a importância do diagnóstico precoce (art. 2º III da lei 12.764/12) por equipe médica especializada para o início da reabilitação e melhor prognóstico, existindo protocolos específicos para tanto. Obviamente, qualquer teste disponível na internet e sem acompanhamento de profissionais é desaconselhável.

Apesar de serem diversas as estereotípias, as mais comuns são aversão ao contato físico e ao contato visual, hipersensibilidade à luminosidade e a sons altos, podendo ocorrer fonofobia (desconforto causado por sons específicos relacionados a seus significados emocionais), movimento pendular do corpo para frente e para trás, chacoalhar de mãos e braços ao lado do corpo, como se fosse asas, principalmente quando esses indivíduos estão felizes, ansiosos ou irritados, movimentos repetidos das mãos em frente dos olhos, andar com a ponta dos pés, ambulância de um lado para outro, ecolalia, repetição de sons, palavras ou frases emitidos por outras pessoas, aparelhos ou por si próprias, batidas nas próprias orelhas, observação contínua das próprias mãos, olhar lateralizado, observar um objeto fora do ângulo normal do mesmo, e pulos e giros sem motivo aparente.<sup>57</sup>

Como o autista não recebe bem os estímulos sensoriais externos, pelo fato de estarem alterados, muitas vezes responde de forma desarmônica e “fora dos padrões” de comportamento, com expressão de seu desconforto por meio de gritos, fecharem os olhos ou taparem os ouvidos, movimentos bruscos dos braços e mãos, ou até tudo ao mesmo tempo, causando surpresa e constrangimento aos expectadores.

Tal quadro de agitação pode se apresentar durante as refeições, quando resistências a novas experiências, fobias, aversões e preferências alimentares, dificuldades de transições entre texturas, agitação, choro, agressividade e indisciplina à mesa podem ocorrer, não sendo incomum deficiências de vitamina B12, ácido fólico e selênio serem encontradas nos autistas, ante suas peculiaridades de dinâmica intestinal e de absorção e processamento desses elementos. De igual forma, parece existir uma falha de metabolização da proteína da caseína, sendo desaconselhável alimentos com glúten e soja, bem como se deve estar sempre atento à alimentos potencialmente alergênicos para não ocorrer alguma neurotoxicidade.<sup>58</sup>

A higiene bucal também costuma ser uma questão delicada aos autistas, ante sua aversão e hipersensibilidade a determinados procedimentos, aí incluindo a própria escovação.

Tais dificuldades são vivenciadas diariamente pela pessoa com TEA e seus familiares, desdobrando-se até mesmo em atividades corriqueiras, como estacionar em um local privativo para pessoas com deficiência. Em tais casos, não são raras as abordagens críticas por parte de populares por terem a limitada compreensão de que apenas pessoas com deficiência física possuem tal direito, o que, também, é induzido pelo símbolo demarcatório de tais vagas ser representativo de uma pessoa em cadeira de rodas.

<sup>56</sup> O autismo é uma condição com inúmeras alterações, simultâneas e isoladas que podem determinar o grau e sub graus todos diferentes entre si. RODRIGUES, Ida Janete. *Habilidades viso-perceptuais e motoras na Síndrome de Asperger*. 2010. Tese (Doutorado) Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.47.2010.tde-03092010-151245. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2\\_do.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2_do.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

<sup>57</sup> CAMPOS, Viviane. Autismo – do diagnóstico ao tratamento: as melhores orientações sobre o universo autista. In: PICCINATO, Ricardo (org.). *Coleção Síndromes & Distúrbios*. São Paulo: Editora Astral Cultural, 2019. p. 20.

<sup>58</sup> GUERINO, Leonardo. O Desafio do prato. *Revista Autismo e Asperger- Leitura e Conhecimento*, São Paulo, ano 2, n. 4, p. 20, 2019. ISSN 2596-0539.

Apenas com a divulgação de informações a respeito do transtorno autista poderemos encarar e entender os indivíduos com suas singularidades.

Em suma, o autismo é, pois, considerado um transtorno do neurodesenvolvimento, com quadro de comprometimento de ordem psicológica e/ou mental, que afeta o funcionamento cerebral relacionado ao processamento e armazenamento dos estímulos sensoriais e linguagem verbal e não verbal, prejudicando a capacidade de comunicação, imaginação e socialização, com conjuntos de sinais, sintomas e características nem sempre conhecidos, o que o afasta da classificação de doença por não se saber os mecanismos envolvidos e suas causas explícitas.

Por não ser uma doença, não existe nem cura nem medicamentos específicos, mas apenas tratamentos e terapias (como, por exemplo, terapia cognitivo-comportamental, comunicação por troca de figuras, fonoaudiologia, musicoterapia, terapia ocupacional e terapias assistidas por animais), a fim de proporcionar melhor qualidade de vida ao autista e sua família. Os remédios receitados costumam ser relacionados a outras dificuldades, como quando o indivíduo é extremamente agressivo ou possui outra comorbidade como epilepsia.

Resta patente que o TEA necessita de compreensão científica e social sobre o diagnóstico intelectual dos autistas, suas evoluções e possibilidades diante das dificuldades e embaraços cotidianos que eles, e suas famílias, vivem nas tentativas de serem inseridos nas atividades sociais básicas.

Devido tanto às suas dificuldades de socialização e comunicação, quanto à desinformação, o preconceito e a intolerância da grande maioria das pessoas, precisamos de mais informação e mais instrumentos (formais e informais) para exercer a solidariedade e garantir a proteção social desses indivíduos.

As mudanças sociais dependem, apenas, de nossa própria atuação, sendo certo que a inclusão dos autistas necessita muito da informação, cooperação e respeito dos seus direitos, com vistas a podermos viver todos a igualdade constitucionalmente prevista, com a correspondente dignidade reconhecida e preservada.

## 5 Considerações Finais

O autista, considerado pessoa com deficiência, passa por provações quando a questão de ser inserido de maneira igualitária na sociedade, juntamente a seus familiares, antes mesmo do diagnóstico, apesar de ser evidente a titulação dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outro indivíduo, e a necessidade de leis nacionais expressas de reconhecimento e proteção.

Verifica-se, pois, a necessidade de se trabalhar socialmente para conscientização quanto aos direitos desses cidadãos, evitando-se comportamentos agressivos, intolerantes e desrespeitosos, frutos da simples falta de informação sobre o transtorno.

O autismo, ou transtorno do espectro autista, não é uma doença, nem adjetivo a ser utilizado, mas uma condição ou característica que varia em diversos níveis e que se manifesta por comportamentos diferenciados, geralmente incluindo atraso na linguagem associado a um comprometimento na comunicação, dificuldade de interação social, isolamento e padrões de comportamento repetitivo por meio de estereotípias.

Esse quadro alimenta e fundamenta, descabidamente, o preconceito e a exclusão de milhares de indivíduos apenas por manifestarem um comportamento diverso do considerado convencional, e as pessoas com o transtorno sofrem restrições cotidianas no exercício do seu direito fundamental de ser como é.

A deficiência, de forma geral, não pode ser vista, apenas, pelas limitações físicas ou psíquicas decorrentes de uma patologia ou condição, mas deve ser apresentada à sociedade como uma nova e desafiadora possibilidade de solidariedade, eliminando obstáculos, barreiras e preconceitos.

A inclusão real das pessoas com deficiência, particularmente os autistas, está ainda muito longe de ser reconhecida e praticada, sendo necessárias políticas públicas específicas para o reconhecimento e exercício de, pelo menos, três direitos básicos.

O primeiro direito do autista corresponde ao direito à saúde, o que significa que tem direito ao seu diagnóstico precoce, sendo necessário a garantia do acesso fácil e rápido a neuropediatras ou psiquiatras infantis, com avaliação de um geneticista para se descartar a existência de uma síndrome genética. Esse primeiro passo possibilitará seu acompanhamento constante, com inclusão de terapias, estímulos e mesmo controle alimentar, o que influenciará sua socialização e desenvolvimento.

O segundo direito essencial dos autistas corresponde à inclusão social, educacional e de trabalho que, na verdade, também corresponde ao direito à saúde por fazerem parte do processo terapêutico e aperfeiçoamento de suas habilidades comunicativas e sociais.

A construção da autonomia das pessoas com deficiência, incluídos os autistas e os portadores de síndrome de Tourette e Transtorno de Déficit de Atenção com Hiperatividade (TDAH), dá-se, dentre outras formas, pelas cotas para seleção de profissionais, seja no serviço público, seja na iniciativa privada (art. 37 da Constituição Federal, artigo 5º, §2º da Lei 8112/90, e art. 93 da lei 8213/91).

No mesmo sentido, as escolas públicas e particulares devem seguir não apenas a Constituição, mas também a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 4º da lei n.º 9.394/96) e a Lei Brasileira de Inclusão (art. 4º da Lei n.º 13.146/15) que garantem direitos educacionais às pessoas com deficiência, com punições a atos discriminatórios, sendo certo que a lei n.º 13.409/16 determina cotas para pessoas com deficiência para o ingresso em universidades.

Receber uma criança autista na família ocasiona modificações claras e imediatas em suas prioridades e preocupações, juntamente à sensação de incapacidade e angústia com as perspectivas de futuro, inclusive de ordem financeira. Entendemos, pois, que o terceiro direito básico do autista corresponde à informação, assistência social, econômica, e terapêutica também de seus familiares, que devem contar com profissionais que os auxiliem a aprender as melhores formas de manejar as condutas e reconhecer as habilidades mais fortes dessas pessoas a fim de serem estimuladas.

Ademais, a situação especial de acompanhamento constante ao autista ocasiona, na grande maioria das vezes, a necessidade de vinculação exclusiva por parte, pelo menos, de um dos responsáveis, com abandono de sua vida profissional e remuneração respectiva. Defendemos, pois, a criação de benefício previdenciário próprio para situações como esta, com intuito de possibilitar a dedicação e o acompanhamento da pessoa com autismo.

Conclui-se, portanto, que, para que haja a inserção social do autista e todas as pessoas com deficiência, com a tolerância às limitações e características, é imprescindível que se aceite o direito das pessoas serem como são, cumprindo-se e aperfeiçoando-se a legislação já existente e, principalmente, mudando-se os corações e mentes para evoluirmos da tolerância ao verdadeiro respeito, e daí solidariamente nos movermos para cuidar, incentivar, apoiar e preparar para o mundo todo aquele que assim precisa, como se todos fôssemos o que verdadeiramente somos, qual seja, pais, mães, irmãos, irmãs, filhos e filhas uns dos outros.

## Referências

AGUILAR FILHO, Sidney. *Educação, autoritarismo e eugenia = exploração do trabalho e violência à infância desamparada no Brasil (1930-1945)*. 2011. 364 p. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/251194>. Acesso em: 14 jun. 2019.



ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. v. I.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios. *Lei n.º 12.764/2012: Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista*. *Revista Jus Navigandi*, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48333/lei-n-12-764-2012-direitos-da-pessoa-com-transtorno-do-espectro-autista>. Acesso em: 15 jun. 2019. ISSN 1518-4862.

ANATALINO, João. *O Deficiente na Cultura Greco-Romana – A Óptica Espartana*. São Paulo: Recanto das Letras, 2017. Código do texto: T6141362. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/artigos-de-educacao/6141362>. Acesso em: 25 abr. 2019.

ASPERGER, Hans. Os “psicopatas autistas” na idade infantil – Parte 1. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, p. 314-337, jun. 2015. ISSN 1415-4714.

ASPERGER, Hans. Os “psicopatas autistas” na idade infantil – Parte 2. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, p. 519-538, jun. 2015. ISSN 1415-4714.

ASPERGER, Hans. Os “psicopatas autistas” na idade infantil – Parte 3. *Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.*, São Paulo, p. 704-727, jun. 2015. ISSN 1415-4714.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro. RJ. 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 14 de jun. 2019.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro. RJ. 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro. RJ. 1946. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Decreto N. 3.298, de 20 de dezembro de 1999*. Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Brasília. DF. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969*. Brasília. DF. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 12, de 17 de outubro de 1978*. Brasília. DF. 1978. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc12-78.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003*. Brasília. DF. 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004*. Brasília. DF. 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Lei n.º 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Lei Berenice Piana*. Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Brasília. DF. 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm). Acesso em: 14 de jun. 2019.

BRASIL. *Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Brasília. DF. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. *Lei 13.977 de 08 de janeiro de 2020. Lei Romeo Mion*. Brasília. DF. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113977.htm). Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos da Pessoa com Deficiência. *Resultados Preliminares da Amostra – Censo 2010*. Brasília. DF. 2010. Disponível em: <https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/indicadores/censo-2010>. Acesso em: 19 jun. 2019.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE; Hilton Lôbo. *Todas as Constituições do Brasil – compilação dos textos, notas, revisão e índices*. São Paulo: Atlas, 1971. Disponível em: [http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=itemglobal&doc\\_library=SEN01&doc\\_number=000012720](http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=itemglobal&doc_library=SEN01&doc_number=000012720). Acesso em: 14 jun. 2019.

CAMPOS, Viviane. Autismo – do diagnóstico ao tratamento: as melhores orientações sobre o universo autista. In: PICCINATO, Ricardo (org). *Coleção Síndromes & Distúrbios*. São Paulo: Editora Astral Cultural, 2019.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. *A Justiça Sensível*. Perspectivas incomuns e possibilidades utópicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

DURANT, Will. *História da Civilização: Nossa Herança Clássica*. Rio de Janeiro: Editora Record, 1995. v. 2.

FARAH, Fabiana Barrocas Alves. Autismo: o desafio da inclusão na sociedade moderna. *Revista Construir Notícias*, Recife, ano 20, p. 40-43, 2020. ISSN 2236-3505. Disponível em: <https://www.construirnoticias.com.br/autismo-o-desafio-da-inclusao-na-sociedade-moderna/>. Acesso em: 01 mar. 2020.

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Trad. José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GARCIA, Vinicius Gaspar. *As pessoas com deficiência na história do mundo*. Rio de Janeiro: Bengala Legal, 2011. Disponível em: <http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>. Acesso em: 15 jun. 2019.

GARCIA, Vinicius Gaspar. Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil. *Trab. educ. saúde*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 165-187, abr. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1981-77462014000100010&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462014000100010&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 18 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1981-77462014000100010>.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade & Identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GUERINO, Leonardo. O Desafio do prato. *Revista Autismo e Asperger- Leitura e Conhecimento*, São Paulo, ano 2, n. 4, p. 20, 2019. ISSN 2596-0539.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: [https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia/caracteristicas\\_religiao\\_deficiencia\\_tab\\_uf\\_xls.shtm](https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia_tab_uf_xls.shtm). Acesso em: 19 jun. 2019.

MELO, Marilice Pereira Ruiz do Amaral. Inclusão na diversidade: a contribuição da espiritualidade e interdisciplinaridade. Educação: Fundamentos da Educação. *Revista INTERESPE*, São Paulo, n. 8, p. 100-102, jun. 2017. ISSN 2179-7498. Disponível em: <https://www.pucsp.br/interespe/revistas/downloads/revista-8-interespe-jun-2017.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TEIXEIRA, Carla Noura. A evolução histórica da proteção das pessoas com deficiência nas Constituições brasileiras: os instrumentos normativos atuais para a sua efetivação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 225-240, ago. 2016.

OLIVEIRA, Carolina. Um retrato do autismo no Brasil. Universidade de São Paulo. *Revista Espaço Aberto USP*, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.usp.br/espacoaberto/?materia=um-retrato-do-autismo-no-brasil>. Acesso em: 19 jun. 2019.

PESSOA, Amanda Carolina Santos. A diversidade brasileira, as minorias, o direito e a busca pela igualdade em contraposição às discriminações sociais. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 106, ano. 26, p. 201-223, mar./abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Governo do Estado. Fundação de Articulação e Desenvolvimento de Políticas Públicas para Pessoas com Deficiência e com Altas Habilidades no Rio Grande do Sul – FADERS. *Legislação Internacional. Rio Grande do Sul*. Disponível em: <http://www.faders.rs.gov.br/legislacao/6>. Acesso em: 18 jun. 2019.

RODRIGUES, Ida Janete. *Habilidades viso-perceptuais e motoras na Síndrome de Asperger*. 2010. Tese (Doutorado) Psicologia Clínica – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.47.2010.tde-03092010-151245. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2\\_do.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47133/tde-03092010-151245/publico/rodrigues2_do.pdf). Acesso em: 18 jun. 2019.

SERRA, Dayse Carla Genero. *Entre a esperança e o limite: um estudo sobre a inclusão de alunos com autismo em classes regulares*. Tese (Doutorado) Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Certificação digital nº 0510405/CB. Disponível em: [https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13415/13415\\_1.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/13415/13415_1.PDF). Acesso em: 15 jun. 2019.

SILVA, Otto Marques da. *A Epopeia Ignorada: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje*. São Paulo: CEDAS, 1987. Disponível em: <https://issuu.com/amaurinolascosanchesjr/docs/-a-epopeia-ignorada-oto-marques-da->. Acesso em: 22 abr. 2019.

SPÍNOLA, Grasielly de Oliveira. Autismo: o ideal e o real na efetivação da decisão jurisdicional que implementa políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 55-65, 2014. Disponível em: [https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2756/pdf\\_1](https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2756/pdf_1). Acesso em: 22 jun. 2019.

TABOSA, Agerson. *Sociologia Geral e Jurídica*. Fortaleza: Qualygraf Editora e Gráfica, 2005.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Saúde e doenças raras:** análise da judicialização do acesso ao tratamento e suas limitações

**Health and rare diseases:** analysis of judicialization about access to treatment and its limitations

Danilo Henrique Nunes

Lucas de Souza Lehfeld

# Saúde e doenças raras: análise da judicialização do acesso ao tratamento e suas limitações\*

## Health and rare diseases: analysis of judicialization about access to treatment and its limitations

Danilo Henrique Nunes\*\*

Lucas de Souza Lehfeld\*\*\*

### Resumo

O presente artigo reflete sobre as hipóteses em que o Poder Judiciário, obedecendo aos mandamentos constitucionais, busca a concretização dos direitos ali consagrados. Versa, principalmente, sobre a saúde e as doenças raras, juntamente a seu tratamento. Surge, então, a judicialização de políticas públicas, sendo uma intensificação do controle feito pelo Judiciário, face ao administrador. Os métodos serão o hipotético-dedutivo e de revisão de literatura e, a partir deles, procurar-se-á, com base nos dados coletados, inferir sobre o tema da judicialização das doenças raras, corroborando conceitos e teorias sobre os princípios do mínimo existencial e reserva do possível, para a sua aplicação em casos concretos trazidos em especial pela jurisprudência. Daí, se pode inferir que — no caso das doenças raras — é aplicável a judicialização como forma de efetivação desses direitos.

**Palavras-chave:** Saúde. Judicialização. Mínimo Existencial. Reserva do Possível. Doenças Raras.

### Abstract

The present study seeks to reflect on the hypotheses in which the Judiciary, obeying the constitutional commandments, seeks the realization of the rights enshrined therein. Mainly dealing with these about health, and rare diseases along with their treatment. Then, the judicialization of public policies arises, being an intensification of the control made by the Judiciary, vis-à-vis the administrator. The methods will be hypothetical-deductive and literature review and from them, it will be sought from the data collected to infer about the theme of the judicialization of rare diseases, corroborating with concepts and theories about the principles of minimum existence and reserve possible, for its application in specific cases brought about in particular by the jurisprudence. Hence, it can be inferred that — in the case of rare diseases — judicialization is applicable as a way of enforcing these rights.

**Keywords:** Health. Judicialization. Existential Minimum. Possible Reserve. Rare diseases.

\* Recebido em 15/02/2020  
Aprovado em 11/05/2020

\*\* Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP. E-mail: dhnunes@hotmail.com

\*\*\* Pós-Doutor em Direito. Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor dos programas de Doutorado e de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNiversidade de Ribeirão Preto/SP. E-mail: lehfeldrp@gmail.com

# 1 Introdução

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante CRFB/1988, direitos sociais foram consagrados, dentre eles o direito à saúde. Desde então, este passou a ser responsabilidade do Estado, pois é seu dever implementá-lo por meio de políticas públicas. A ineficácia do Poder Público em promover essas políticas públicas enseja a busca dos cidadãos, para materializar seus direitos previstos na Lei Maior por meio do Poder Judiciário, conhecida, popularmente, como judicialização.

Com base nos métodos hipotético-dedutivo e de revisão de literatura, o trabalho versa sobre como o fenômeno da judicialização tem se tornado uma das alternativas mais utilizadas para dirimir questões relacionadas ao acesso de medicamentos, os quais, em alguns casos, encontram-se em fase de estudo e sem registro no país. Não obstante, as interferências do Poder Judiciário não têm sido vista com bons olhos pelos gestores, pois é considerada inadequada e temerária para a concessão de medicamentos. Muitas vezes não são fiscalizados e controlados, cujas observações de eficácia não são satisfatórias, o que gera, inclusive, uma grande oneração aos cofres públicos.

Delimitando a problemática e objetivando o estudo: no rol dos fármacos mais duvidosos, enredados em demandas judiciais, estão aqueles fora do Sistema Único de Saúde (SUS), medicamentos de alto custo, medicamentos “órfãos” e medicamentos sem eficácia comprovada, sobretudo, para tratamento de doenças raras. Com a evolução da medicina, ocorre a ascendência dessas doenças ditas raras, com o surgimento de inúmeros problemas de saúde pública, o que gera grandes reflexos, principalmente em países em desenvolvimento como o Brasil, tendo em vista a falta de incentivo dos governos para os fabricantes de medicamentos considerados “órfãos”.

As indústrias farmacêuticas são compostas de empresas multinacionais e seus interesses são, inúmeras vezes, destoantes dos desígnios sociais dos países nos quais realizam suas atividades. Não há, por parte do Estado, critérios objetivos para a inserção de novos “medicamentos órfãos” nos programas de saúde, em virtude da existência de ausência até mesmo de outros medicamentos já incorporados. Calcula-se que de 6 a 8% da população mundial sejam portadores de alguma doença considerada rara<sup>1</sup>.

No Brasil, estima-se que 13 milhões de pessoas que são portadores<sup>2</sup> de doenças consideradas raras. O número exato de doenças raras existentes ainda não é conhecido, estima-se haver cerca de 6 a 8 mil delas, das quais 80% são de origem genética, 75% se manifestam na infância, 95% ainda não possuem tratamento disponível, e 30% dos pacientes acometidos morrem antes dos cinco anos de idade<sup>3</sup>. Estes são os principais motivos que conduzem as pessoas a solicitação no Poder Judiciário, na esperança de obter direito ao acesso a esses medicamentos, ainda que, por algumas vezes, não sejam registrados no país<sup>4</sup>.

De acordo com a ORPHANET, existem cerca de 80 medicamentos órfãos implementados no continente Europeu<sup>5</sup>. Já em solo brasileiro, existem, aproximadamente, 35 medicamentos para o tratamento de doenças raras garantidos pelo SUS e somente 45 remédios “órfãos” registrados pela ANVISA para tratamento de 14 doenças raras<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> EURORDIS. *O que é uma doença rara?*. Disponível em: <https://www.eurordis.org/pt-pt/content/o-que-e-uma-doenca-rara>. Acesso em: 27 ago. 2019.

<sup>2</sup> INTERFARMA. *INTERFARMA lança estudo sobre doenças raras no Brasil*. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/noticias/1546>. Acesso em: 27 ago. 2019.

<sup>3</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Doenças raras: o que são, causas, tratamento, diagnóstico e prevenção*. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/doencas-raras>. Acesso em: 27 ago. 2019.

<sup>4</sup> CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 308-326, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5676/pdf>. Acesso em: 08 maio 2020.

<sup>5</sup> ORPHANET. *Lists of medicinal products for rare diseases in Europe*. Disponível em: [https://www.orpha.net/orphacom/cahiers/docs/GB/list\\_of\\_orphan\\_drugs\\_in\\_europe.pdf](https://www.orpha.net/orphacom/cahiers/docs/GB/list_of_orphan_drugs_in_europe.pdf). Acesso em: 27 ago. 2019.

<sup>6</sup> ARNOLD, Renée, et al. *The role of globalization in drug development and access to orphan drugs: orphan drug legislation in the US/EU*

Diante dessas condições, a busca de medicamentos não implementados e até não registrados se torna constante. Não obstante, do ponto de vista do Poder Executivo, financiar um tratamento de alto custo a uma minoria, além de causar-lhe considerável impacto orçamentário, é prejudicial, também, ao interesse coletivo, uma vez que os recursos investidos poderiam beneficiar parcela maior da população.

De outro lado, no entanto, a saúde é um direito reconhecido pelo artigo 196 da CRFB/1988, além disso, este reflete outros direitos fundamentais, tais como direito à vida, à dignidade, à integridade, entre outros. É patente que a superação desses impasses apenas ocorrerá de forma mais vigorosa por meio de um marco regulatório que pondere a respeito das características específicas relacionadas ao tratamento e viabilize formas de incentivar a ampliação e a implementação de novos medicamentos órfãos na lista do SUS. Ademais, isto deve ser feito sem o comprometimento de políticas públicas e o empenho voltado aos demais medicamentos.

## 2 Aspectos jurídicos da saúde no Brasil

No Brasil, durante os períodos colonial e imperial, as condições de higiene eram extremamente precárias devido à grande dimensão continental e à excessiva imigração que se dirigia ao país. Não obstante, não houve qualquer fomento por parte do Estado para melhorar as condições de vida, permanecendo por longos anos problemas sociais relacionados à saúde, devido à falta de condições sanitárias mínimas. Devido às inúmeras mortes causadas pela falta de condições mínimas de higiene e prevenção, surge, com a Constituição de 1824, o primeiro lampejo do que viria futuramente a ser a garantia do direito à saúde, previsto no seu artigo 179, inciso XXXI, com os seguintes dizeres: “A Constituição também garante os socorros públicos”<sup>7</sup> (sic). Nos anos seguintes, até a redemocratização, a efetividade do Estado em garantir o direito à saúde restou omissa, embora já houvesse normas constitucionais a garanti-lo, o que ocasionou exponencial crescimento em serviços privados de saúde.

Em 1966 foi reconhecido o direito à saúde como intrínseco do ser humano, na Assembleia Geral das Nações Unidas. Este deve ser garantido, minimamente, pelo Estado para que seja garantida a dignidade dos cidadãos ali estabelecidos.<sup>8</sup> O ano de 1986 foi um marco histórico para o direito à saúde no Brasil, pois ocorreu a 8ª Conferência Nacional da Saúde, momento em que, pela primeira vez, a saúde foi debatida como um direito. Além disso, foi proposta a reforma do Sistema Nacional de Saúde e de novas diretrizes para uma reforma sanitária.<sup>9</sup> Tal conferência passou a considerar o direito a saúde da seguinte forma:

é a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.<sup>10</sup>

Embora, a partir de 1986, o direito à saúde tenha ganhado maior atenção, somente com a CRFB/1988 o direito à saúde foi consagrado como um direito fundamental, com previsão no artigo 196. Ou seja, com o surgimento da “Carta Cidadã”, o direito à saúde se tornou um direito subjetivo de todos, exigindo do Estado uma prestação positiva, de modo a garantir a efetividade desse direito consagrado.

and in Latin America. Disponível em: <https://f1000research.com/articles/4-57/v1>. Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

<sup>8</sup> BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (coord.); COUTO, Mônica Bonetii (org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013. p. 46

<sup>9</sup> STROZENBERG, Flora; LEITE, Luiz Otávio Ferreira Barreto. *Políticas Públicas de saúde no Brasil: gestão e judicialização*. Rio de Janeiro: Altadena, 2016. p. 310-334.

<sup>10</sup> BRASIL. *8ª Conferência Nacional de Saúde*. Relatório Final, 2011. Disponível em: [http://bvsm.sau.br/bvs/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsm.sau.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf) Acesso em: 23 set. 2018.

Tal atuação Estatal está expressamente prevista no artigo 197 da CRFB/1988. Sendo assim, há de se atentar que a saúde é um direito essencial ao ser humano e, tendo o *status* que possui, deve o Estado, como função precípua do dever-fazer, por meio de seus poderes, a implementação de tal direito, caso contrário ocorrerá o descumprimento de um mandamento constitucional.

O direito à saúde pode ser individual ou coletivo, sendo efetivado por meio de ações específicas do Poder Público no primeiro caso, e políticas públicas coletivas no segundo.<sup>11</sup> Em relação à garantia do direito à saúde pelo Estado, vale ressaltar que a criação de políticas públicas são realizadas no exercício do poder discricionário, conforme já explicado no capítulo anterior, no qual o Poder Público age com base nos critérios de conveniência e oportunidade, com intuito de utilizar recursos de acordo com as possibilidades orçamentárias e as demandas sociais.

Imprescindível, ainda, destacar que o Ente Estatal deve buscar o acesso mais amplo possível aos indivíduos, de modo a garantir o acesso do direito a saúde a todos, sem distinção, pois se trata de um direito universal no qual todos possuem o direito de se beneficiar. Logo, as políticas públicas devem ser desenvolvidas de modo a garantir o acesso a todos e a cada um individualmente.<sup>12</sup> Desse modo, verifica-se que, na realidade brasileira, a falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais, sobretudo o direito à saúde, deve-se à precariedade da implementação de políticas públicas, já que há um vasto rol de normas constitucionais e infraconstitucionais garantindo tais direitos, tornando-se um problema na execução, e não em suas garantias.

## 2.1 O Sistema Único de Saúde (SUS)

Com a chegada da CRFB/1988, foi instituído o modelo básico de organização da prestação do serviço público de saúde no Brasil, um sistema único de saúde, o qual ficou responsável pelo integral atendimento universal da população<sup>13</sup>, nos termos do artigo 198, incisos I a III, da Carta Maior. Já as atribuições de tal sistema — Sistema Único de Saúde — estão discriminadas no art. 200 da CRFB/1988. Após a Constituição tratar sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), surgiu a Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8.080/1990), que estabeleceu as diretrizes para seu devido funcionamento. Entre as diretrizes, é determinada a participação da iniciativa privada no SUS, com atuação em caráter complementar para amenizar a escassez de recursos públicos.

O SUS é organizado de forma hierarquizada e descentralizada. O gestor nacional é o Ministério da Saúde, responsável por formular, normatizar, fiscalizar, monitorar e avaliar as políticas e ações do Sistema, em parceria com o Conselho Nacional da Saúde.<sup>14</sup> Os Conselhos de Saúde possuem âmbitos de atuação diversificados (nacional, estadual e municipal), são órgãos colegiados e atuam na formulação de estratégias e no controle da execução de políticas públicas. Além disso, os estados e municípios contam com a presença de Secretarias de Saúde, que controlam as ações e os serviços de saúde em seu âmbito respectivo.<sup>15</sup>

Existem, também, outros Conselhos e Comissões que fazem parte do SUS, e são responsáveis por atribuições específicas e direcionadas, permitindo melhor eficácia para realização de políticas públicas de saúde implementadas pelo Estado. Ainda no plano infraconstitucional, existe a Lei n.º 8.124/1990 que disciplina

<sup>11</sup> VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lucia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 214, 2010.

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 644

<sup>13</sup> FREITAS, Márcia Araújo Sabino de; ARAÚJO, Maria Rizonice Negreiros de. As redes de atenção à saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 15-33, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5739/pdf>. Acesso em: 08 maio 2020.

<sup>14</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Estrutura do SUS*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/estrutura-do-sus>>. Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>15</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Responsabilidade dos Entes*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/responsabilidade-dos-entes>>. Acesso em: 23 set. 2019.



acerca da aplicação dos recursos financeiros para a efetivação da garantia do direito à saúde e dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS. Desse modo, criou-se uma estrutura normativa específica para o Sistema, conforme esclarece Nádia Marques<sup>16</sup>:

podemos destacar que os principais marcos normativos após a Constituição Federal são: a Lei 8078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor e organiza o Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor; a Lei 8080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, organizando o Sistema Único de Saúde; Decreto nº 109/91, que reorganiza o Ministério da Saúde, trazendo para sua estrutura o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social; a Portaria 1565/94, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, estabelecendo as bases para a descentralização dos serviços e ações; a Lei 9782/99, que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária; o Decreto 793/93, que estabelece a obrigatoriedade de colocação da denominação genérica de medicamentos e a Lei 9787/99, que transforma parte de suas fundamentações em Lei.

A competência nas atribuições relacionadas à saúde é comum entre os entes federados, ou seja, tanto a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis por garantir o direito à saúde aos cidadãos. A atribuição de competência relativa à saúde é comum entre os entes federativos.

O principal financiador do sistema público de saúde é a União, por meio do Ministério da Saúde. Já os Estados promovem suas próprias políticas públicas, por meio das Secretarias de Estado de Saúde, custeado por seu próprio orçamento e pelos recursos repassados pela União. Os Municípios também recebem recursos da União e do Estado em que estiverem para desenvolverem suas políticas de saúde em âmbito municipal.

Após o advento da Emenda Constitucional n.º 29/2000, tornou-se possível a intervenção federal nos Estados que descumpriram a aplicação mínima exigida da receita resultante dos impostos estaduais nos serviços públicos de saúde, conforme prevê o artigo 34, inciso VII, alínea “e”, da CRFB/1988. Pelo exposto, há de se reconhecer que o Sistema Único de Saúde foi tratado pelo constituinte para estabelecer a efetividade na prestação do direito à saúde, devendo-se considerar, principalmente, os princípios da efetividade, hierarquização e descentralização, além da universalização, equidade e integralidade.

A saúde, como um direito fundamental do cidadão, exige do Estado atuação positiva e efetiva, para que sejam atendidas todas as demandas e necessidades sociais de acordo com o mandamento constitucionalmente previsto, por meio de ações integradas, ditas políticas públicas. Entretanto, na realidade social brasileira:

um dos principais desafios para o Sistema Único de Saúde é resolver os problemas histórico-estruturais do sistema de saúde, com destaque para a superação das profundas desigualdades em saúde, com o respeito à diversidade regional e local, vindo a acarretar uma mudança substantiva no papel do Estado nas três esferas de governo, o fortalecimento da gestão pública com finalidades diferenciadas no âmbito nacional, estadual e municipal, a definição de competências para cada esfera de governo e o desenvolvimento de ações, no intuito de articular princípios nacionais de política com decisões e parâmetros locais e regionais.<sup>17</sup>

Após mais de 30 anos do surgimento do SUS, apesar do espírito idealizado pelo constituinte, o que se tem visto na realidade brasileira é a ineficiência na prestação dos serviços de saúde e as dificuldades na efetivação dos tratamentos, especialmente no que se refere à obtenção de medicamentos, conforme será exposto adiante.

<sup>16</sup> MARQUES, Nádia Rejane Chagas. *O Direito à Saúde no Brasil: Entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012. p.116-117.

<sup>17</sup> MARQUES, Nádia Rejane Chagas. *O Direito à Saúde no Brasil: Entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012. p. 124.

### 3 Fornecimento de medicamentos pelo SUS e o papel da ANVISA

Uma das grandes formas de atuação do SUS é quanto ao fornecimento de medicamentos a população de forma gratuita. A lista de medicamentos a serem fornecidos pelo SUS é realizada por portaria do Ministério da Saúde. Esse órgão busca trazer os medicamentos essenciais que o Estado deverá fornecer à população<sup>18</sup>. Convém destacar que o fornecimento gratuito de medicamentos aos usuários do SUS encontra previsão no art. 6º da Lei n.º 8.080/1990. Assim, os fármacos distribuídos pelo SUS devem incorporar a totalidade do tratamento necessário ao beneficiário. Com a necessidade de regular o fornecimento farmacêutico, foram criados conjuntos normativos que disciplinaram a: aquisição, fornecimento, produção e descarte desses medicamentos. Tais medicamentos imprescindíveis ao tratamento dos pacientes atendidos na rede pública devem ser fornecidos de forma gratuita.

Houve, também, por meio do Decreto n.º 5.090/2004, o surgimento do Programa da Farmácia Popular do Brasil, no qual passou a disponibilizar medicamentos a preço acessível aos usuários da rede privada. Esse programa se desenvolveu por meio de convênios entre os entes, gerando medicamentos de baixo custo para os cidadãos.<sup>19</sup>

O controle e a fiscalização dos medicamentos fornecidos no país são exercidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada pela Lei n.º 9.782/1999, sendo uma autarquia de regime especial, sediada no Distrito Federal e atuante em todo o território brasileiro por meio das coordenações de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados. Tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados.<sup>20</sup>

O artigo 8º, §1º, inciso I, da Lei n.º 9.782/1999 determina que “incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública” além de “considerar que bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência”, especialmente, os “medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias”. Desse modo, todos os fármacos e substâncias disponibilizadas no Brasil devem ser registradas na referida Agência. Além disso, a respeito da assistência farmacêutica existente no país, é fundamental esclarecer que o Ministério da Saúde exerce grande atuação em ações desenvolvidas para assegurar o acesso aos medicamentos requeridos pela população. A distribuição de medicamentos pelo SUS para seus usuários se dá por meio de três formas: Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF)<sup>21</sup>, Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF)<sup>22</sup> e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)<sup>23</sup>. No Componente Básico de Assistência à Saúde, estão, em sua lista, medicamentos direcionados aos planejamentos de saúde da Atenção Básica, ou seja, voltados ao atendimento inicial dos usuários. Na Atenção Básica, os propósitos principais são a prevenção, o tratamento de doenças mais simples ou o direcionamento de pacientes com enfermidades mais complexas para atendimentos mais específicos. No com-

<sup>18</sup> ARAÚJO, Kammilla Eric Guerra de; QUINTAL, Carlota Maria Miranda. A judicialização do acesso aos medicamentos em belo horizonte: uma questão sobre equidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 213-236, dez. 2018, p. 231. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5689/pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

<sup>19</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Farmácia Popular*. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/acoes-e-programas/farmacia-popular>. Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>20</sup> BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Institucional*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/institucional>. Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Componente Básico de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmacologica/medicamentos-rename/componente-basicoda-assistencia-farmacologica-cbaf>. Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>22</sup> BRASIL. *Componente Estratégico de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmacologica/medicamentos-rename/cesaf>. Acesso em: 23 set. 2019.

<sup>23</sup> BRASIL. *Componente Especializado de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmacologica/medicamentos-rename/componenteespecializado-da-assistencia-farmacologica-ceaf>. Acesso em: 23 set. 2019.

ponente Estratégico, procura-se a prevenção e o tratamento de doenças endêmicas, isto é, doenças de alta incidência em determinadas regiões. Nesse componente, a aquisição dos fármacos é realizada pelo governo federal, por meio do Ministério da Saúde, que os repassa aos Estados e, se necessário, são distribuídos aos municípios. Como exemplo, há a existência de programas de combate à tuberculose, ao HIV, à hanseníase, entre outros. Por último, o componente Especializado atenta-se com a garantia de acesso aos medicamentos disponibilizados. Esse componente guarda íntima relação com a atenção básica, visto que o tratamento se inicia naquele nível. Dessa forma, com o fito de garantir a integralidade do tratamento, conta-se com a integração de todos os entes responsáveis pela efetividade dos programas de saúde disponibilizados pelo SUS.

Tais componentes supracitados compõem a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). O RENAME integra todos os medicamentos disponibilizados pelo SUS, servindo como base para os municípios, de acordo com a realidade de cada local.<sup>24</sup> É necessário verificar em qual Componente está incluso o medicamento requerido, já que o fornecimento dos medicamentos pode variar de acordo com a sua classificação.

Os fármacos distribuídos pelo SUS são divididos em duas categorias: os básicos ou essenciais e os excepcionais. Os básicos ou essenciais são os utilizados para o tratamento de doenças mais comuns, de modo que devem estar disponíveis no SUS de forma permanente. Já os medicamentos excepcionais são indicados para doenças mais graves. Deve-se salientar que as divisões em categorias de componentes e medicamentos giram em torno da criação de políticas públicas do país que consideram o orçamento disponível para atingir a demanda social. Desse modo, a Organização Mundial de Saúde (OMS) forneceu uma lista de medicamentos dos quais ela considera essenciais para o desenvolvimento de políticas públicas com finalidade de orientar os países. Com relação aos medicamentos de alto custo, não houve qualquer orientação, de modo que cada país pudesse avaliar sua realidade social, com análise de suas necessidades e possibilidades.<sup>25</sup> Por último, deve-se esclarecer que a RENAME sofre inúmeras alterações buscando adequação à realidade social do Brasil e que essa relação de medicamentos tem o papel de garantir a racionalização do uso de recursos públicos, sobretudo por meio da utilização de fármacos de menor custo que garantam a mesma eficácia.<sup>26</sup>

## 4 Doenças raras e medicamentos órfãos

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), são caracterizadas como doenças raras aquelas que possuem uma prevalência menor ou igual a 65 casos a cada 100.000 habitantes.<sup>27</sup> São conhecidas cerca de 7.000 tipos de doenças raras, sendo em 85% dos casos de origem genética. Estima-se que existam 13 milhões de pessoas portadoras de algum tipo de doença rara no Brasil, sendo 75% desse número crianças, conforme a pesquisa da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma).<sup>28</sup>

Em âmbito brasileiro, apenas em meados dos anos 2000, o olhar para as questões que envolvem as doenças raras passou a existir de forma mais concreta com a criação de um grupo focado em genética clínica no SUS e, posteriormente, com a Política Nacional de Atenção Integral em Genética Clínica. No entanto, essas

<sup>24</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Rename*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename>. Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>25</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. The Use of Essential Drugs. Seventh Report of the WHO Expert Committee (including the revised Model List Essential Drugs). *WHO Technical Report Series 867*: Geneva, 1997. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41938/WHO\\_TRS\\_867.pdf;jsessionid=2B7144452005A702BB15A54667D542CF?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41938/WHO_TRS_867.pdf;jsessionid=2B7144452005A702BB15A54667D542CF?sequence=1). Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>26</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*. Disponível em: [http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf). Acesso em: 24 set. 2019.

<sup>27</sup> RARAS por quê? Disponível em: <https://muitosomosraros.com.br/visao-geral/raras-porque/>. Acesso em: 25 set. 2019.

<sup>28</sup> INTERFARMA. *Doenças raras: a urgência do acesso a saúde*. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/doencas-raras--a-urgencia-do-acesso-a-saude-interfarma.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

políticas eram limitadas a doenças de origem genética. Somente em 2014 foi publicada a Portaria GM/MS n.º 199 que instituiu a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras que representou um avanço para os portadores. Não obstante, o Brasil ainda tem muito a evoluir em melhoras de políticas públicas dessa temática, já que ainda não há uma legislação que facilite e incentive às indústrias a desenvolver pesquisas sobre novas tecnologias de tratamento<sup>29</sup>. De acordo com o Ministério da Saúde, atualmente as principais doenças raras encontram-se elencadas no quadro abaixo:

Quadro 1 – principais doenças raras

PRINCIPAIS DOENÇAS RARAS	
ACROMEGALIA	ANEMIA APLÁSTICA, MIELODISPLASIA E NEUTROPENIAS
ANGIOEDEMA	APLASIA PURA ADQUIRIDA CRÔNICA DA SÉRIE VERMELHA
ARTRITE REATIVA	BIOTINIDASE
DEFICIÊNCIA DE HORMÔNIO DO CRESCIMENTO – HIPOFISITARISMO	DERMATOMIOSITE E POLIMIOSITE
DIABETE INSÍPIDO	DISTONIAS E ESPASMO HEMIFACIAL
DOENÇA DE CROHN	DOENÇA FALCIFORME
DOENÇA DE GAUCHER	DOENÇA DE HUNTINGTON
DOENÇA DE MACHADO-JOSEPH	DOENÇA DE PAGET – OSTEÍTE DEFORMANTE
DOENÇA DE WILSON	EPIDERMÓLISE BOLHOSA
ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA	ESCLEROSE MÚLTIPLA
ESPONDILITE ANCILOSANTE	FEBRE MEDITARRÂNEA FAMILIAR
FENILCETONÚRIA	FIBROSE CÍSTICA
FILARIOSE LINFÁTICA	HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA
HEPATITE AUTOIMUNE	HIPERPLASIA ADRENAL CONGÊNITA

<sup>29</sup> MATOS, Amanda Mendonça. *Doenças raras e a judicialização para obtenção de medicamentos no Brasil*. Brasília: Ebooks, 2017. p. 19.

PRINCIPAIS DOENÇAS RARAS	
HIPERTENSÃO ARTERIAL PULMONAR	HIPOPARATIREOIDISMO
HIPOTIROIDISMO CONGÊNITO	ICTIOSES HEREDITÁRIAS
IMUNODEFICIÊNCIA PRIMÁRIA COM PREDOMINÂNCIA DE DEFEITOS DE ANTICORPOS	INSUFICIÊNCIA ADRENAL CONGÊNITA
INSUFICIÊNCIA PANCREÁTICA EXÓCRINA	LEUCEMIA MIELÓIDE CRÔNICA
LÚPUS ERITEMATOSO SISTÊMICO	MIASTENIA GRAVIS
MIELOMA MÚLTIPLO	MUCOPOLISSACARIDOSE TIPO I e II
OSTEOGÊNESE IMPERFEITA	PÚRPURA TROMBOCITOPÊNICA IDIOPÁTICA
SARCOMA DAS PARTES MOLES	SÍNDROME HEMOLÍTICO-URÊMICA ATÍPICA
SÍNDROME DE CUSHING	SÍNDROME DE GUILLAIN-BARRÉ
SÍNDROME DE TURNER	SÍNDROME NEFRÓTICA PRIMÁRIA EM CRIANÇAS E ADOLESCENTES
TALASSEMIAS	TUMORES NEUROENDÓCRINOS

Fonte: adaptado de Ministério da Saúde.<sup>30</sup>

Doenças raras, como o próprio nome indica, são doenças de baixíssima incidência e, por consequência, o número de medicamentos disponíveis no mercado para tratamento destas são ínfimos. Já os existentes, tanto por falta de concorrência quanto pelo alto investimento e baixa produção são vendidos a valores altíssimos em comparação com medicamentos para a maioria dos tratamentos de doenças mais comuns.<sup>31</sup> Devido à dificuldade em ser diagnosticada e as características de cronicidade, gravidade e por serem muitas vezes degenerativas ou progressivas, as doenças raras apresentam alto índice de mortalidade e dificuldade no tratamento.

Diante tal panorama, os portadores de tais doenças, bem como suas famílias, são predispostos a se tornarem vulneráveis no âmbito social, econômico e psicológico devido à existência de preconceitos, falta de recursos e carência de tratamentos.

Vale salientar que a maioria dessas doenças, ainda, não apresentam informações sobre causa, desenvolvi-

<sup>30</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Doenças Raras*. Acesso em: <http://bvsmms.saude.gov.br/ultimas-noticias/2909-28-02-dia-mundial-das-doencas-raras>. Acesso em: 20 set. 2019.

<sup>31</sup> INTERFARMA. *Doenças Raras: Contribuições para uma Política Nacional*. Edições Especiais de Saúde. ed. São Paulo: Ativa Online Editora e Serviços Gráficos, v. V, 2013. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/14-Doencas%20Raras%20-%20site.pdf> Acesso em: 16 set. 2019.

mento e cura, como consequência da carência de pesquisas e estudos nesse campo. A discussão sobre doenças raras exige a abordagem sobre seu tratamento, os denominados medicamentos órfãos. Vale ressaltar que, em apenas 5,1% das doenças raras, existe algum tipo de tratamento, em 1,8% dos casos o tratamento se dá com o uso de medicamentos órfãos, os restantes dos tratamentos são meramente paliativos.<sup>32</sup> Medicamentos órfãos, segundo a EURORDIS (*European Organisation for Rare Diseases*), são aqueles dirigidos para a cura ou a paralisação do avanço de doenças raras. Essas drogas, por se limitarem a um pequeno grupo de pessoas, geralmente sofrem relutância em serem produzidas, já que, em condições normais de comércio, não será possível a indústria farmacêutica recuperar o capital investido nos estudos e desenvolvimento da droga, ocorrendo assim a demasiada onerosidade do produto.<sup>33</sup> Os portadores dessas doenças não podem ficar em zona periférica aos avanços da ciência, somente por lhe faltarem verbas para a concretização de seus tratamentos, possuindo o direito da dignidade da pessoa humana, entre todos os outros direitos fundamentais elencados em nossa Constituição, devendo o Estado estabelecer o acesso a tais medicamentos. Várias estratégias devem ser aplicadas para implementação do direito do portador da doença, sendo a principal o acesso ao judiciário.

#### 4.1 Da judicialização de medicamentos órfãos

Primeiramente deve se ressaltar o alto custo desses medicamentos. Sob o aspecto de uma política pública de saúde, custear um tratamento extremamente oneroso resulta em uma perturbação orçamentária considerável, que servirá para uma minoria de indivíduos e que resultará em um desvio de orçamentos mais abrangente, de modo geral aos cidadãos, em serventia de uma pequena quantidade de pessoas, prejudicando, dessa forma, o interesse público da coletividade.

Todavia, esse círculo restrito de pessoas deverá ter tratamento para poderem ter uma vida igual ao restante dos cidadãos, o fato de possuírem uma doença rara não pode constituir óbice a obterem o mínimo existencial de dignidade, bem como não pode impedir a implementação do direito fundamental aqui tratado, isto é, à saúde<sup>34</sup>. Complementa Rui Barbosa:

a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.<sup>35</sup>

A judicialização de medicamentos órfãos para tratamentos de doenças raras representa um número expressivo de ações (que acarreta um déficit orçamentário<sup>36</sup>), e tem como principal questão o alto valor atribuído pela indústria farmacêutica a esses medicamentos. É grande o número de pessoas que necessitam desses fármacos para uso contínuo sem possuir condições financeiras para o acesso. Com a negativa de fornecimento pelo sistema público, esses indivíduos acessam a via judicial para obterem esse pleito.<sup>37</sup> A utili-

<sup>32</sup> SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. *Dificuldades de diagnóstico e de tratamento ainda são destaque no Dia Mundial das Doenças Raras*. Disponível em: <https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/dificuldades-de-diagnostico-e-de-tratamento-ainda-sao-destaque-no-dia-mundial-das-doencas-raras/>. Acesso em: 28 set. 2019.

<sup>33</sup> EURORDIS. *About Orphan Drugs*. Disponível em: <https://www.eurordis.org/about-orphan-drugs>. Acesso em: 28 set. 2019.

<sup>34</sup> COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias; ARAUJO, Dalvaney Aparecida. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 845-874, 2017. p. 862. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640>. Acesso em: 09 maio 2020.

<sup>35</sup> BARBOSA, Rui. *Oração Aos Moços*. Disponível em: [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf). Acesso em: 29 out. 2019.

<sup>36</sup> DIAS, Maria Socorro de Araújo; GOMES, Diógenes Farias; DIAS, Thaís Araújo; SILVA, Lielma Carla Chagas da; BRITO, Maria da Conceição Coelho; CARNEIRO NETO, Manoel de Castro. Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 133-146, 2016. p. 134. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4012/pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

<sup>37</sup> PEPE, V. L. E. et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*,

zação da via judicial para obtenção de medicamentos constantes nas listas oficiais públicas é uma via legítima de garantir o exercício integral do direito à assistência terapêutica, porém, algumas das demandas judiciais são de medicamentos não padronizados pelo SUS. No entanto, de acordo com a jurisprudência brasileira, é obrigação do poder público fornecer medicamentos que estão fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS), desde que presentes três requisitos: laudo médico que comprove a necessidade do produto, incapacidade financeira do paciente e registro do remédio na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Conforme estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp n.º 1.657.156<sup>38</sup>:

a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência.

No entanto, o caso se torna mais hermético com a existência de solicitações de medicamentos recém-lançados no mercado em que não há registro na ANVISA ou estudos clínicos suficientes para a comprovação de eficácia clínica do tratamento. Mas, ainda assim, o paciente, na esperança de alguma melhora, tenta acessá-lo via judicial.<sup>39</sup> Sendo assim, ressalta-se que, nem sempre, os casos em que o Estado se nega a subsidiar o tratamento são puramente baseados em argumentos orçamentários. Outro grande problema refere-se à incorporação do medicamento órfão ao registro da Anvisa, visto que muitos desses medicamentos foram recém-descobertos e ainda não foram analisados pela agência. Segundo a legislação da Anvisa, conforme prevê a Lei n.º 13.411/2016, os prazos máximos para a decisão final nos processos de registro serão:

I – para a categoria prioritária, de 120 (cento e vinte dias) e de 60 (sessenta dias), contados a partir da data do respectivo protocolo de priorização; II – para a categoria ordinária, de 365 (trezentos e sessenta e cinco dias) e de 180 (cento e oitenta dias), contados a partir da data do respectivo protocolo de registro.<sup>40</sup>

Essa legislação não vem sendo cumprida, com demora de anos para um medicamento receber o registro. Conquanto o doente não pode ficar ao alvedrio da morosidade da Agência, visto o risco de vida cada vez mais iminente para cada dia postergado. Assim, como a Constituição garante a todos o direito à saúde, incluindo tratamentos e fornecimento de medicamentos, essas pessoas devem ter acesso aos fármacos, desde que haja comprovação de eficácia e segurança dos mesmos. Conforme nos esclarece Fernando Aith<sup>41</sup>: são três os fundamentos para esse critério: o medicamento deve ser mais efetivo que o medicamento disponível, mais seguro que o aprovado e, no caso de não haver outro medicamento, este novo produto, deve contribuir significativamente para o tratamento do paciente.

Porém, com o advento da judicialização, alguns problemas surgiram, sendo eles: i) déficit financeiro do Estado por precisar adquirir medicamentos não previstos em orçamento, utilizando da verba para compra de medicamentos não previstos; ii) falta de medicamento a pacientes já cadastrados no programa de distribuição; iii) novos casos de judicialização, de indivíduos que já estavam devidamente cadastrados no programa de distribuição de medicamentos e regularmente recebendo seus medicamentos.

p. 2405-2414, 2010.

<sup>38</sup> BRASIL. STJ. *RECURSO ESPECIAL: REsp 1657156 RJ 2017/0025629-7*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJ: 04/05/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 out. 2019.

<sup>39</sup> SANT'ANA, J. M. B. E. A. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. *Revista Panamericana da Salud Pública*, p. 138–144, 2011.

<sup>40</sup> ANVISA. *Prazo para concessão de registro*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/medicamentos/prazos>. Acesso em: 20 out. 2019.

<sup>41</sup> AITH, Fernando Mussa Abujamra. *O direito à saúde e a política nacional de atenção integral aos portadores de doenças raras no Brasil*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewi7wvffzuPXAhXFtpAKHXU4Bx4QFggoMAA&url=http%3A%2F%2Feconomia.saude.bvs.br%2Fhildbi%2Fdocsonline%2Fget.php%3Fid%3D023&usg=AOvVaw0PybBZ413mF9j0CigZCLjV>. Acesso em: 20 out. 2019.

Isso demonstra que a judicialização da saúde, que começou com os casos de pacientes portadores do vírus HIV, torna-se cada vez mais ampla, pelos diversos motivos citados. Os processos com solicitação de medicamentos são bem diversificados. Pode-se dizer que há, principalmente, três tipos deles: pedidos de medicamentos não aprovados pela ANVISA; Pedidos de medicamentos não padronizados pelo SUS; Pedidos de medicamentos já padronizados pelo SUS.<sup>42</sup> Há inúmeros atos normativos que regulamentam o fornecimento de medicamentos e o funcionamento da ANVISA e do SUS, porém, na prática, o sistema ainda não está completamente integrado com o que foi preconizado em leis e resoluções e isso abre margem para a judicialização, principalmente envolvendo medicamentos de alto custo.

As soluções para a diminuição da judicialização de medicamentos de alto custo no Brasil estão na definição de políticas públicas que promovam uma assistência à saúde adequada e no incentivo a pesquisas e estudos sobre as doenças raras. O baixo conhecimento científico sobre medicamentos e tratamentos pelos operadores do direito, em conjunto com — em alguns casos — a falta de comprovação da eficácia de tais fármacos para doenças raras é um grande problema no país, devido à falta de políticas públicas relacionadas a tais doenças.

## **5 Doenças raras e judicialização: parâmetros após a decisão do RE N.º 657718**

Diante da temática apresentada no presente estudo, vale esclarecer à decisão tomada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no processo referente ao Recurso Extraordinário – RE n.º 657718, julgado no dia 22 de maio de 2019. Vale destacar que o supramencionado recurso extraordinário discutiu a possibilidade de o Estado ser obrigado a fornecer gratuitamente fármacos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, à luz do direito fundamental à saúde, consubstanciado nos arts. 1º, III; 6º; 23, II; 196; 198, II e § 2º; e 204 da CRFB/1988.

Anteriormente, tratou-se sobre a força normativa da Constituição e a necessidade da sua efetivação. Afirmou-se que os direitos constitucionais se convertem em direitos subjetivos dos indivíduos, tornando-se possível a tutela judicial. Dessa forma, a intervenção do Poder Judiciário determinando que a Administração Pública forneça determinados medicamentos necessários para a saúde do paciente realiza a promessa constitucional, garantindo inúmeros direitos previstos. O tema da judicialização de medicamentos é repleto de obscuridades e complexidade. No entanto, o dito julgado tratou, apenas, de uma das faces do problema, no qual se refere à atuação do Judiciário ao tratar de demandas por medicamentos sem o devido registro na ANVISA. Além da análise sobre a possibilidade de o Estado fornecer medicamentos não registrados na Anvisa, o RE n.º 657.718 tratou, também, sobre a possibilidade de compelir o Estado a fornecer fármacos que não tenham sua eficácia, segurança e qualidade atestadas pela agência reguladora nacional. Sendo assim, as discussões debatidas nesse recurso tornaram-se mais complexas, em comparação aos demais casos de judicialização da saúde, já que, além de estar relacionado a medicamentos de alto custo, os mesmos não possuíam a análise da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Dessa forma, o plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte decisão:

o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto

<sup>42</sup> SANTOS, L.; TERRAZAS, F. *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014. p. 34.



terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.<sup>43</sup>

Seguindo a decisão, o Estado não pode ser compelido a prover fármacos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária por decisões do Poder Judiciário. Além disso, o registro na ANVISA é condição para garantir a proteção da saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos medicamentos comercializados no Brasil, além de garantir o devido controle dos preços. Em se tratando de medicamentos experimentais, sem comprovação científica de eficácia e segurança ou ainda em fase de pesquisas e testes, não poderá o Poder Judiciário obrigar o Estado a fornecê-los, visto que poderia colocar em risco o indivíduo já debilitado.

Já no caso de medicamentos com eficácia e segurança devidamente comprovadas e com o período de teste concluído, mas ainda sem registro na Anvisa, o seu fornecimento por meio da tutela judicial deverá assumir caráter excepcionalíssimo e somente poderá obrigar o fornecimento pelo Estado em uma hipótese: a de irrazoável mora da Anvisa em apreciar o requerimento do registro. Ainda nesse caso, no entanto, deverá haver o preenchimento de outros três requisitos, cumulativamente, sendo eles: (i) existir requerimento do registro do fármaco no Brasil; (ii) a existência de análise e registro do medicamento pleiteado em agências de regulação do exterior confiáveis (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e, por fim (iii) a não existência de sucedâneo farmacológico registrado na Anvisa. Garante-se o direito do paciente em situação crítica de tentar lutar por sua vida e eventuais prejuízos restringiriam apenas ao próprio usuário<sup>44</sup>.

Por fim, deve-se esclarecer que, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão, necessariamente, ser propostas em face da União.

## 6 Considerações finais

O Constituinte Originário de 1988 incluiu o direito à saúde como direito social. Além disso elaborou um novo sistema de saúde, descentralizado, com maior autonomia para os entes federativos e garantindo maior participação da população, idealizando um sistema eficaz. O Sistema Único de Saúde – SUS, incorporado à realidade social brasileira, apesar de sua ideia inicial, apresenta muitas falhas, como o fornecimento de medicamentos. Então, buscou-se, por meio da criação de Componentes de Assistência Farmacêutica, melhorar a prestação do serviço.

Na prática, não há tanta facilidade em se obter o tratamento adequado na rede pública, conforme se pode constatar facilmente nos grandes veículos de mídia. Em razão dessa dificuldade, os indivíduos passaram a socorrer-se do Poder Judiciário, exigindo que seus direitos constitucionalmente previstos sejam respeitados, o que ficou conhecido como judicialização de políticas públicas relacionadas à saúde.

Embora haja a possibilidade de se exigir a garantia do direito à saúde por meio da tutela judicial, é imprescindível examinar as consequências desse procedimento no caso concreto, sopesando-se os interesses das partes envolvidas. Deve ser salientado que a decisão que estabelece o custeamento do tratamento específico para um determinado paciente implica, inevitavelmente em deixar de aplicar o recurso financeiro despendido em outras ações de saúde e que já haviam anteriormente sido previstas no planejamento do Sistema,

<sup>43</sup> BRASIL. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 657718-MG. Relator: Ministro Min. Marco Aurélio. DJ: 22/05/2019. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versão-final.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

<sup>44</sup> LAZARI, Igor de; DIAS, Sergio; BOLONHA, Carlos. Medicamentos sem registros na ANVISA: uma abordagem institucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 394-408, 2018. p. 403. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4736/pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

incluindo a obtenção de medicamentos já incluídos na rede pública. No entanto, considerando que o direito à saúde se encontra previsto em nossa Constituição Federal e deve ser efetivado por meio da realização de políticas públicas, suprimi-lo viola um direito fundamental dos cidadãos, sujeitando-os as condições precárias a que são submetidos devido as falhas na prestação dos serviços públicos de saúde.

A judicialização no sistema brasileiro é, além de instrumento democrático, no qual o indivíduo luta pelos seus direitos positivados, capaz de registrar o amplo número de casos em que há o descumprimento por parte dos Poderes constitucionalmente instituídos em cumprir suas competências estabelecidas, como por exemplo, através do fornecimento de medicamentos, e assim funciona como um indicador para melhorar o planejamento de atuação. A questão se torna mais complexa ao se tratar da judicialização sobre o quesito medicamentos órfãos, que decorre de ao menos três pontos, sendo eles: i) o alto custo do tratamento; ii) a não incorporação de inúmeros medicamentos na lista do SUS, e; iii) a falta de registros do medicamento na ANVISA.

Em relação ao primeiro ponto, resta claro que o Estado não pode esquivar-se do cumprimento de seu dever em garantir a saúde, pois tal direito está previsto constitucionalmente, nem mesmo ao invocar a reserva do possível, pois o mínimo existencial não poderá ser suprimido, visto que se destina a garantir às condições mínimas para que o indivíduo tenha uma vida digna. Quanto ao segundo ponto, já decidiu a jurisprudência pátria que é obrigação do poder público fornecer medicamentos que estão fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS), desde que presentes três requisitos: laudo médico que comprove a necessidade do produto, incapacidade financeira do paciente e registro do remédio na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Quanto ao último ponto, deve-se seguir o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal de que a Administração Pública não pode ser obrigada a prover fármacos não registrados na ANVISA por decisões judiciais, pois o registro é condição para garantir a proteção da saúde pública e a eficácia e segurança do medicamento.

Excepcionalmente, será admitida a tutela judicial para garantir medicamentos ainda não registrados, desde que, a eficácia e segurança de tal medicamento esteja devidamente comprovada através de outras Agências internacionais renomadas, haja pedido para que se realize o registro do medicamento e a ANVISA permaneça em mora e, por último, que não exista sucedâneo farmacológico devidamente registrado na Agência brasileira.

## Referências

AITH, Fernando Mussa Abujamra. *O direito à saúde e a política nacional de atenção integral aos portadores de doenças raras no Brasil*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi7wvffzuPXAhXFIPAKHXU4Bx4QFggoMAA&url=http%3A%2F%2Feconomia.saude.bvs.br%2Flidbi%2Fdocsonline%2Fget.php%3Fid%3D023&usg=AOvVaw0PybBZ413mF9j0CigZCLjV>. Acesso em: 20 out. 2019.

ANVISA. *Prazo para concessão de registro*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/medicamentos/prazos>. Acesso em: 20 out. 2019.

ARAÚJO, Kammilla Eric Guerra de; QUINTAL, Carlota Maria Miranda. A judicialização do acesso aos medicamentos em belo horizonte: uma questão sobre equidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 213-236, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5689/pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

ARNOLD, Renée, et al. *The role of globalization in drug development and access to orphan drugs*: orphan drug legislation in the US/EU and in Latin America. Disponível em: <https://f1000research.com/articles/4-57/v1>. Acesso em: 18 set. 2019.

BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (coord.); COUTO, Mônica Bonetti (org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013.

BARBOSA, Rui. *Oração Aos Moços*. Disponível em: [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf). Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. *8ª Conferência Nacional de Saúde*. Relatório Final, 2011. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf). Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Institucional*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/institucional>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. *Componente Básico de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmacutica/medicamentos-rename/componente-basicoda-assistencia-farmacutica-cbaf>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. *Componente Especializado de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmacutica/medicamentos-rename/componenteespecializado-da-assistencia-farmacutica-ceaf>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. *Componente Estratégico de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmacutica/medicamentos-rename/cesaf>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. *Farmácia Popular*. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/acoes-e-programas/farmacia-popular>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Doenças raras: o que são, causas, tratamento, diagnóstico e prevenção*. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/doencas-raras>. Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Estrutura do SUS*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/estrutura-do-sus>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. *Rename*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmacutica/medicamentos-rename>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. *Responsabilidade dos Entes*. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/responsabilidade-dos-entes>. Acesso em: 23 set. 2019.

CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 308-326, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5676/pdf>. Acesso em: 08 maio 2020.

COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias; ARAUJO, Dalvaney Aparecida. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 845-874, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640>. Acesso em: 09 maio 2020.

DHNET. *A Constituição Alemã de 1919*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

DHNET. *A Constituição Mexicana de 1917*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

DIAS, Maria Socorro de Araújo; GOMES, Diógenes Farias; DIAS, Thaís Araújo; SILVA, Lielma Carla Chagas da; BRITO, Maria da Conceição Coelho; CARNEIRO NETO, Manoel de Castro. Judicialização da saúde

de pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 133-146, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4012/pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

EURORDIS. *About Orphan Drugs*. Disponível em: <https://www.eurordis.org/about-orphan-drugs>. Acesso em: 28 set. 2019.

EURORDIS. *O que é uma doença rara?*. Disponível em: <https://www.eurordis.org/pt-pt/content/o-que-e-uma-doenca-rara>. Acesso em: 27 ago. 2019.

FREITAS, Márcia Araújo Sabino de; ARAÚJO, Maria Rizoneide Negreiros de. As redes de atenção à saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 15-33, dez. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5739/pdf>. Acesso em: 08 maio 2020.

GOMES, Eduardo Zauli. *A Judicialização da Política no Brasil e a Crise de Representatividade*. Minas Gerais: Boletim Jurídico. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4126/a-judicializacao-politica-brasil-crise-representatividade>. Acesso em: 18 set. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A judicialização é a insatisfação do povo com o que não obtém administrativamente*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI211706,11049-Ada+Pellegrini+Grinover+A+judicializacao+e+a+insatisfacao+do+povo+com>. Acesso em: 13 set. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

INTERFARMA. *Doenças raras: a urgência do acesso a saúde*. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/doencas-raras--a-urgencia-do-acesso-a-saude-interfarma.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

INTERFARMA. *INTERFARMA lança estudo sobre doenças raras no Brasil*. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/noticias/1546>. Acesso em: 27 ago. 2019.

LAZARI, Igor de; DIAS, Sergio; BOLONHA, Carlos. Medicamentos sem registros na ANVISA: uma abordagem institucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p. 394-408, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4736/pdf>. Acesso em: 09 maio 2020.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. *O Direito à Saúde no Brasil: Entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ORPHANET. *Lists of medicinal products for rare diseases in Europe*. Disponível em: [https://www.orpha.net/orphacom/cahiers/docs/GB/list\\_of\\_orphan\\_drugs\\_in\\_europe.pdf](https://www.orpha.net/orphacom/cahiers/docs/GB/list_of_orphan_drugs_in_europe.pdf). Acesso em: 27 ago. 2019.

PEPE, V. L. E. *et al.* A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*, p. 2405-2414, 2010.

RARAS por quê? Disponível em: <https://muitossomosraros.com.br/visao-geral/raras-porque/>. Acesso em: 25 set. 2019.

SANT'ANA, J. M. B. E. A. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. *Revista Panamericana da Salud Pública*, p. 138-144, 2011.

SANTOS, L.; TERRAZAS, F. *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. *Dificuldades de diagnóstico e de tratamento ainda são destaque no Dia Mundial das Doenças Raras*. Disponível em: <https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/dificuldades-de-diagnostico-e-de-tratamento-ainda-sao-destaque-no-dia-mundial-das-doencas-raras/>. Acesso em: 28

set. 2019.

STROZENBERG, Flora; LEITE, Luiz Otávio Ferreira Barreto. *Políticas Públicas de saúde no Brasil: gestão e judicialização*. Rio de Janeiro: Altadena, 2016.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lucia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. The Use of Essential Drugs. Seventh Report of the WHO Expert Committee (including the revised Model List Essential Drugs). *WHO Technical Report Series 867*: Geneva, 1997. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41938/WHO\\_TRS\\_867.pdf;jsessionid=2B7144452005A702BB15A54667D542CF?sequence=1](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/41938/WHO_TRS_867.pdf;jsessionid=2B7144452005A702BB15A54667D542CF?sequence=1). Acesso em: 24 set. 2019.

**5. OUTRAS POLÍTICAS  
PÚBLICAS EM ESPÉCIE**

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Regulação das águas:** uma análise empírica da produção normativa dos órgãos reguladores federais

**Water resources regulation:** an analyzes of federal regulatory agencies' rulemaking

Bianca Borges Medeiros Pavão

Natasha Schmitt Caccia Salinas

Thauany do Nascimento Vigar

# Regulação das águas: uma análise empírica da produção normativa dos órgãos reguladores federais\*

## Water resources regulation: an analyzes of federal regulatory agencies' rulemaking

Bianca Borges Medeiros Pavão\*\*

Natasha Schmitt Caccia Salinas\*\*\*

Thauany do Nascimento Vigar\*\*\*\*

### Resumo

Este artigo analisa a produção normativa dos órgãos reguladores das águas em nível nacional, com o objetivo de verificar se o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) e a Agência Nacional de Águas (ANA) exercem, adequadamente, suas competências regulatórias. Dentre os aspectos analisados, estão a eficiência e o planejamento da produção normativa, sua caracterização temática, bem como o nível de fragmentação do espaço regulatório das águas brasileiro. Para a presente análise, utilizou-se banco de dados próprio contendo 792 normas — 608 editadas pela ANA e 194 editadas pelo CNRH cujas variáveis permitiram endereçar as questões acima elencadas. Dentre os achados deste artigo, destacam-se: (i) frequência irregular e falta de planejamento na produção normativa; (ii) predominância de temas procedimentais/organizacionais em detrimento dos substantivos; (iii) complementaridade entre os órgãos na atividade regulatória; (iv) moderada duplicidade na produção regulatória da ANA e do CNRH; (v) inércia regulatória em temas importantes, como irrigação e serviço de adução de água bruta; (vi) desequilíbrio no tratamento normativo regional.

**Palavras-chave:** Produção normativa. Regulação da Água. Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Agência Nacional de Águas.

### Abstract

This article aims to analyze the rulemaking activity of Brazilian federal water resources agencies – namely the Water Resources National Council (WRNC) and the Water Resources Agency (WRA). Among the issues analyzed, the article focus on the efficiency and planning of the rulemaking activity, the subjects covered by the rules and the level of fragmentation of the water resources' regulatory space. In order to answer these questions, a database of 820 rules was constructed – in which 620 rules were enacted by WRA and 194 rules were enacted by WRNC. The most relevant research findings are: (i) irregular frequency and lack of planning in federal agencies' rulemaking; (ii) predominance of procedural/organizational rules over substantive rules;

\* Recebido em 10/04/2020

Aprovado em 30/04/2020

Este artigo é resultante da pesquisa “Regulação da Água” desenvolvida no Programa de Direito e Meio Ambiente (PDMA) da FGV Direito Rio com apoio financeiro da Rede de Pesquisa e Conhecimento Aplicado da Fundação Getúlio Vargas.

\*\* Pesquisadora no Programa de Direito e Meio Ambiente (PDMA) da FGV Direito Rio. Doutoranda em Políticas Públicas e Sustentabilidade pelo Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília (UnB). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Geografia (PPGG) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), especialista em gestão ambiental pela Escola Politécnica da UFRJ e geógrafa pela mesma instituição.  
E-mail: bianca.medeiros@fgv.br

\*\*\* Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu e da graduação da FGV Direito Rio. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Master of Laws (LL.M.) pela Yale University.  
E-mail: natasha.salinas@fgv.br

\*\*\*\* Assistente de Pesquisa no Programa de Direito e Meio Ambiente (PDMA) da FGV Direito Rio. Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio).  
E-mail: thauanyvigar@hotmail.com



(iii) agency coordination in the regulatory space; (iv) moderate overlapping rulemaking; (v) regulatory inaction in important matters, such as irrigation and raw water supply; (vi) unequal regional rulemaking.

**Keywords:** Rulemaking. Water Resources Regulation. Water Resources National Council. Water Resources National Agency.

## 1 Apresentação

Diversas pesquisas vêm sendo realizadas visando ampliar a compreensão sobre a gestão das águas brasileiras, sobretudo no tocante à dimensão da governança das águas. Contudo, poucos esforços foram empreendidos com intuito de dimensionar a produção normativa dos órgãos responsáveis pela regulação das águas, de forma a possibilitar um dimensionamento mais claro sobre como a atividade regulatória tem se materializado em nível nacional.

Na regulação da natureza, que inclui a agenda hídrica, há a previsão de formação de uma complexa rede de múltiplas organizações e lógicas institucionais interdependentes, sobrepostas e por vezes não hierárquicas entre si<sup>1</sup>. No caso brasileiro, além da previsão de diferentes atores, a dupla dominialidade dos recursos hídricos divide a competência regulatória entre os estados e a União, conferindo maior complexidade à sua regulação.

A regulação é um tema amplo, que compreende uma multiplicidade de dimensões analíticas. Embora a regulação não se esgote no exercício das funções de comando-controle, em geral, operadas pelo Estado, identificar o papel desempenhado pelos órgãos reguladores no espaço regulatório é fundamental. As instituições reguladoras estão sujeitas a sistemas de responsabilização e competências, os quais impactam, necessariamente, a forma como um determinado recurso ou serviço é regulado.

Assim, a perspectiva analítica deste artigo volta-se para a regulação e a formulação das estratégias regulatórias no nível normativo. O objetivo do presente artigo consiste na análise da produção normativa dos órgãos reguladores das águas em nível nacional. Para tanto, optou-se por analisar os atores envolvidos na regulação em nível nacional, notadamente a Agência Nacional de Águas (ANA) e o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), tal como previsto na Lei das Águas, Lei n. 9.433/1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos no Brasil. O CNRH é o órgão encarregado de formular a política nacional de recursos hídricos, ao passo que a ANA figura como órgão implementador.

Neste artigo, busca-se verificar, por meio da análise de sua produção normativa, como o CNRH e a ANA exercem suas competências legais. A análise da produção normativa permite também verificar a frequência em que um determinado assunto é normatizado, possibilitando mensurar se a atividade regulatória é ou não exercida de forma planejada e eficiente. Além disso, cabe analisar se há padrões nas temáticas escolhidas pelo CNRH e pela ANA em sua atividade normativa. A identificação dos temas priorizados, bem como dos negligenciados, por cada órgão, permite traçar um perfil mais preciso da atividade regulatória de cada órgão. Por fim, a análise da produção normativa possibilita identificar como os órgãos reguladores interagem no espaço regulatório. Esses órgãos podem agir de forma cooperativa, de modo que sua produção normativa será complementar, ou podem interagir de forma competitiva, produzindo normas redundantes ou até mesmo contraditórias.

A hipótese proposta é a de que os órgãos reguladores não exercem suas competências regulatórias de forma plena, omitindo-se em regular temas importantes e regulando de forma duplicada assuntos que poderiam receber tratamento distinto ou complementar.

<sup>1</sup> GUNNINGHAN, Neil; GRABOVSKY, Peter. *Smart Regulation: designing environmental policy*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Neste artigo, analisa-se, de forma sistemática, a produção normativa de ambos os órgãos, a partir de um banco de dados desenvolvido no âmbito do projeto “Regulação das Águas”, desenvolvido pelo Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio.

O presente artigo foi estruturado em cinco seções, além desta introdução. Primeiro, apresenta-se a metodologia da pesquisa. Na sequência, discute-se o arcabouço teórico-conceitual deste artigo, calcado na literatura sobre fragmentação e duplicidade de espaços regulatórios<sup>2</sup>. Na seção 4, apresenta-se o funcionamento do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), tal como previsto na Lei das Águas, buscando descrever, em apertada síntese, a atuação dos órgãos que compõem o Sistema. Por fim, apresenta-se a caracterização da produção normativa dos órgãos reguladores das águas com base nos dados empíricos levantados e analisados. O artigo finaliza com recomendações para superar alguns dos problemas identificados no espaço regulatório fragmentado de regulação das águas.

## 2 Metodologia da pesquisa

A pesquisa tem como enfoque uma investigação mais aprofundada sobre a dimensão normativa da atividade regulatória, sendo denominada como regulação normativa (Moreira, 2014). Esta envolve a edição, *ex ante*, de normas gerais e abstratas, as quais visam disciplinar a ação dos regulados, por meio da prefixação de vantagens e limites. Dentre os aspectos analisados, estão a eficiência e planejamento da produção normativa, sua caracterização temática, bem como o nível de fragmentação do espaço regulatório das águas brasileiro. Como método para desenvolver as análises propostas, optou-se pela elaboração de um banco de dados que reunisse todas as normas editadas pela ANA e pelo CNRH.

A opção pelo banco de dados se justificou em razão da falta de uniformidade observada quanto à disponibilização das informações sobre a produção de normas da ANA e do CNRH. Embora ambos os órgãos permitam livre acesso a tais informações a partir dos seus respectivos sites<sup>3</sup>, não há padronização dos dados, tampouco sistematização acerca das informações sobre os seus respectivos normativos. Essa ausência de padronização impossibilita a realização de inferências e correlações com base, exclusivamente, no acesso aos seus respectivos sites. A construção de um banco de dados é sempre útil quando “as informações que se pretende analisar, em sua versão *in natura*, não se mostram padronizadas”<sup>4</sup>.

Assim, a opção pela elaboração de um banco de dados visando à sistematização dessa produção normativa demonstrou-se como um instrumento útil, na medida em que permitiu uma organização bastante objetiva. Essa estratégia facilitou a compreensão dos dados contidos na produção normativa dos órgãos, além de auxiliar a leitura das variáveis mais relevantes para as análises propostas.

A seleção das variáveis do banco de dados foi orientada visando responder aos seguintes aspectos: (i) quantidade e frequência da produção normativa ao longo do tempo; (ii) situação das normas produzidas, se em vigência ou revogadas; (iii) tema e finalidade das normas produzidas; (iv) abrangência e distribuição regional das normas. Importante salientar que as variáveis selecionadas não se referem ao processo de produção normativa realizada pelos entes, isto é, às instâncias pelas quais o texto normativo tramitou antes de sua publicação, o tempo de tramitação antes da sua publicação, bem como os procedimentos adotados para sua confecção. O banco de dados reúne, essencialmente, informações sobre os resultados da produção normativa exercida pela ANA e pelo CNRH.

<sup>2</sup> O termo “espaço regulatório” é utilizado neste artigo para representar metaforicamente o conjunto de instituições que regulam um setor em determinado tempo e espaço. A expressão, originalmente construída por Hancher e Morand (1998), é usualmente utilizada para descrever espaços regulatórios fragmentados.

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.cnrh.gov.br/deliberacoes>. Acesso em: 01 nov. 2018; Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/institucional/SobreaAna/resolucoesana.aspx>. Acesso em: 01 nov. 2018.

<sup>4</sup> LAWLESS, Robert M. *et al. Empirical Methods in Law*. Aspen Publishers, 2010. p. 166.

A fontes dos dados foi o *site* do CNRH e da ANA, nos quais se encontra disponível para acesso público a totalidade da produção normativa dos entes desde a sua instituição até os dias atuais. A coleta dos dados foi realizada de forma manual.

A ANA e o CNRH produzem normas de diferentes naturezas, como atos autorizativos (e.g. outorgas de direitos de uso dos recursos hídricos), atos normativos (e.g. critérios para a emissão das outorgas), bem como normas de efeitos concretos, como moções e comunicações (estas restritas ao CNRH). Optou-se pela sistematização, apenas, das regras editadas com caráter normativo, tendo sido excluídas da coleta e da análise as normas que não geravam efeitos de obrigação ou estabelecimento de diretrizes e critérios quanto à regulação das águas brasileiras. O quadro a seguir identifica o volume e marco temporal dos dados coletados.

Tabela 1. Informações sobre os dados coletados

Órgão	Total de normas	Recorte temporal
Agência Nacional de Águas (ANA)	608	2001-2018
Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH)	194	1998-2018

Fonte: elaboração própria.

### 3 Fragmentação e duplicidade de competências regulatórias

A fragmentação é um fenômeno identificado na maioria dos espaços regulatórios. Sua ocorrência está associada a uma multiplicidade de organizações que possuem “competência para endereçar um problema regulatório, porém cada uma delas é responsável por solucionar uma parcela desse problema”<sup>5</sup>.

A fragmentação regulatória pode derivar de leis diversas ou de uma única lei que rege um determinado espaço regulatório. Em ambos os casos, competências regulatórias são atribuídas a mais de uma organização por critérios variados, como matéria regulada, poder político etc.

Buzbee<sup>6</sup> apresenta quatro categorias analíticas para descrever a fragmentação regulatória: temporal, vertical, horizontal (ou subjetiva) e institucional. Um mesmo espaço regulatório pode caracterizar-se por uma ou mais dessas categorias de fragmentação.

A fragmentação temporal refere-se a procedimentos e decisões que se sucedem no decorrer de um tempo para concretizar, alterar e até mesmo interromper uma agenda regulatória. Medidas legislativas, administrativas e até judiciais podem incidir sobre esse processo de fragmentação. Como será visto, a ANA foi uma agência criada no ano 2000, três anos após a edição da Lei de Águas. Essa agência reguladora não fazia, portanto, parte do esquema original pensado para gerir a Política Nacional de Recursos Hídricos.

A fragmentação vertical, por sua vez, refere-se à divisão do espaço regulatório entre os níveis políticos, seus atores e reguladores<sup>7</sup>. O art. 21, inciso XIX, da Constituição Federal atribui à União instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir os critérios de outorga de direitos de uso. Já o art. 24, inciso IV, da supracitada norma estabelece competência privativa à União para legislar sobre águas e energia, podendo uma lei complementar autorizar os Estados a também o fazerem sobre questões específicas. Além disso, a Constituição estabeleceu a dupla dominialidade das águas entre União (art. 20, inciso III), Estados (art. 26, inciso I) e, por analogia, o Distrito Federal. A Lei Nacional de Recursos Hídricos

<sup>5</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p. 189.

<sup>6</sup> BUZBEE, William W. The regulatory fragmentation continuum, Westway, and the challenges of regional growth. *Forthcoming 21 Journal of Law and Politics*, Research Paper No. 05-31, p. 1-35, 2005.

<sup>7</sup> BUZBEE, William W. The regulatory fragmentation continuum, Westway, and the challenges of regional growth. *Forthcoming 21 Journal of Law and Politics*, Research Paper No. 05-31, p. 1-35, 2005. p. 344.

estabeleceu competências regulatórias para os entes políticos que possuem domínio sobre os recursos hídricos. Desse modo, segundo a PNRH, as competências regulatórias são repartidas entre o CNRH e a ANA, na esfera federal, e os conselhos estaduais de recursos hídricos e agências ambientais, no âmbito estadual. Apesar de a União ser o órgão regulador preponderante, existe uma descentralização federativa relevante no que diz respeito à regulação do uso e exploração de recursos hídricos, tornando extremamente complexa a gestão de águas no país.<sup>8</sup>

Já a fragmentação horizontal ou substantiva está associada à matéria a ser regulada<sup>9</sup>. No contexto da Política Nacional de Recursos Hídricos, ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) foi atribuída à competência para o estabelecimento dos parâmetros e critérios sobre a qualidade das águas e ao CNRH e à ANA foram atribuídas as funções de coordenação da implementação da Política em nível nacional, além do estabelecimento dos parâmetros sobre o acesso à água e a regulação da quantidade de águas para os diferentes usuários.

Por fim, há a fragmentação institucional, que diz respeito à repartição de competências entre atores estatais e provenientes de outros setores, como a sociedade civil<sup>10</sup>. Como será visto no item seguinte, o espaço regulatório da Política Nacional de Recursos Hídricos é compartilhado por organizações estatais (e.g. ANA), mas também por órgãos multisetoriais sem personalidade jurídica (e.g. conselhos de políticas públicas e comitês de bacias).

A fragmentação regulatória pode, ou não, ser disfuncional. Ela é vista como problemática sobretudo quando há redundância ou duplicidade de competências exercidas pelos atores que atuam no espaço regulatório. A duplicidade regulatória ocorre quando dois ou mais órgãos da Administração exercem competências idênticas ou que guardam relação entre si. Ela é mais evidente quando uma ou mais leis atribuem a mesma competência regulatória para duas agências distintas<sup>11</sup>. No entanto, a duplicidade pode decorrer, também, da atribuição de competências que não são idênticas, mas que se relacionam entre si. Nesse último caso, a legislação atribui competências a duas agências para que regulem produtos diferentes, porém com o mesmo propósito, ou que regulem o mesmo produto, mas visando atingir finalidades distintas<sup>12</sup>.

A duplicidade regulatória é inevitável<sup>13</sup> e pode ou não decorrer de uma escolha intencional do legislador. Bendor<sup>14</sup> e Marisan<sup>15</sup>, no entanto, chamam a atenção para o fato de que a maioria das duplicidades não são intencionais<sup>16</sup> e decorrem de escolhas legislativas ou de decisões políticas incrementais.

Leis que atribuem competências regulatórias genéricas a duas ou mais agências geram uma situação de incerteza sobre a quem compete exercer determinada tarefa (como acontece, como será visto, com as competências vagamente atribuídas aos atores do SINGREH). Além disso, Marisan<sup>17</sup> chama a atenção para o fato de que certas leis atribuem competências regulatórias específicas a determinadas agências, sem, no

<sup>8</sup> AITH, Fernando; ROTHBARTH, Renata. O estatuto jurídico das águas no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 29, n. 84, p. 163-177, 2015. p. 166.

<sup>9</sup> BUZBEE, William W. The regulatory fragmentation continuum, Westway, and the challenges of regional growth. *Forthcoming 21 Journal of Law and Politics*, Research Paper No. 05-31, p. 1-35, 2005. p. 347.

<sup>10</sup> BUZBEE, William W. The regulatory fragmentation continuum, Westway, and the challenges of regional growth. *Forthcoming 21 Journal of Law and Politics*, Research Paper No. 05-31, p. 1-35, 2005. p. 348.

<sup>11</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p. 187.

<sup>12</sup> FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 5, p. 1131-1211, mar. 2012.

<sup>13</sup> FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 5, p. 1131-1211, mar. 2012. p. 1136; AHDIEH, Robert B. Dialectical Regulation. *Connecticut Law Review*, v. 38, n. 5, p. 863-928, 2006. p. 879.

<sup>14</sup> BENDOR, Jonathan. *Parallel Systems: redundancy in government*. University of California Press, 1985. p. 41.

<sup>15</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p. 184.

<sup>16</sup> Para esses autores, a duplicidade raramente decorre de escolhas legislativas intencionais. Além disso, os autores não rejeitam, porém minimizam, a importância das narrativas, baseadas na teoria a escolha pública, que explicam a duplicidade regulatória em razão de comportamentos racionais das agências para expandir suas competências e maximizar seu poder e orçamento.

<sup>17</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p. 192.

entanto, revogar competências regulatórias genéricas de agências predecessoras, provocando, assim, novas duplicidades.

O autor<sup>18</sup>, também, observa que a duplicidade pode derivar do fato de que agências distintas, embora criadas para solucionar problemas distintos, com o passar do tempo terminam por adotar uma mesma medida regulatória. Por fim, a duplicidade pode ocorrer em razão de disputas políticas pelo controle das agências, culminando, assim, em desenhos organizacionais disfuncionais<sup>19</sup>.

Diversas são as implicações de tal duplicidade. Sobre suas consequências negativas, a literatura enfatiza os excessivos custos governamentais para coordenar ações de duas ou mais agências, inconsistência, inefetividade e ineficiência, bem como inércia regulatória<sup>20</sup>. Entre os supostos benefícios da duplicidade estão a prevenção do risco de captura das agências, competição construtiva entre agências, seguro contra falhas regulatórias da agência concorrente, inovação regulatória, redução dos custos de monitoramento e controle e fortalecimento das demandas de grupos minoritários<sup>21</sup>. Tanto argumentos contrários quanto os favoráveis à duplicidade regulatória baseiam-se em modelos teóricos que demandam confirmação empírica.

Aqueles que enfatizam as implicações nocivas da duplicidade regulatória debruçam-se, também, sobre formas de superá-la. Os mecanismos à disposição do Estado para endereçar esse problema variam conforme o poder estatal encarregado de solucioná-lo. No âmbito do Poder Legislativo, a superação dos efeitos perversos da duplicidade pode se dar, por exemplo, com a revisão e consolidação da legislação que atribui competências regulatórias. Essa estratégia, no entanto, é muitas vezes inviável não só pela falta de recursos e capacidade institucional do poder legislativo, mas também pelos custos políticos que uma reorganização dessa natureza implica<sup>22</sup>. Ou, de forma alternativa, o Poder Legislativo pode criar instrumentos legais de coordenação das ações dos órgãos reguladores.

Já o Poder Executivo também pode promover a revisão e consolidação da legislação infralegal que tenha implicações na atribuição de competências aos órgãos reguladores. Esse poder revisional, no entanto, é limitado, já que não pode subverter as competências dos órgãos reguladores atribuídas por lei. Esse é o motivo pelo qual a literatura enfatiza a importância da atividade de coordenação regulatória por parte do poder executivo, não obstante o desequilíbrio que isto possa acarretar na repartição do poderes<sup>23</sup>.

O Poder Judiciário, por sua vez, também pode ser instado a resolver impasses em um espaço regulatório fragmentado. Ele pode, assim, validar acordos de cooperação entre agências que, porventura, sejam questionados, anular atos de uma agência que invadam a competência de outra, bem como exigir determinados comportamentos em caso de inércia regulatória provocada pela duplicidade<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p.193-194.

<sup>19</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p.195-196.

<sup>20</sup> SCHWARTZ, Teresa M. Protecting Consumer Health and Safety: the need for coordinated regulation among federal agencies. *George Washington Law Review*, v. 43, n. 4, p. 1031-1-76, 1975. p. 1032.; AHDIEH, Robert B. Dialectical Regulation. *Connecticut Law Review*, v. 38, n. 5, p. 863-928, 2006. p. 896-898.; FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 5, p. 1131-1211, mar. 2012. p. 1150-1151.; MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p. 222.

<sup>21</sup> LANDAU, Martin. Redundancy, and the Problem of Duplication and Overlap. *Public Administration Review*, v. 29, n. 4, p. 346-358, jul./ago. 1969. p. 349.; SCHWARTZ, Teresa M. Protecting Consumer Health and Safety: the need for coordinated regulation among federal agencies. *George Washington Law Review*, v. 43, n. 4, p. 1031-1-76, 1975. p. 1032-1033.; AHDIEH, Robert B. Dialectical Regulation. *Connecticut Law Review*, v. 38, n.5, p. 863-928, 2006. p. 883-898.; FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 5, p. 1131-1211, mar. 2012. p. 1151.

<sup>22</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p. 218-219.; FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 5, p. 1131-1211, mar. 2012. p. 1152.

<sup>23</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p. 204-208. FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 5, p. 1131-1211, mar. 2012.

<sup>24</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p. 208-211. FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 5, p. 1131-1211, mar. 2012.

Importante, também, mencionar que as próprias agências podem, voluntariamente, tomar medidas para superar as duplicidades<sup>25</sup>. Marizam<sup>26</sup> aponta razões pelas quais as agências podem querer evitar a duplicação, podendo ser destacado o fato de o próprio corpo técnico se importar com a eficiência da agência, evitando desperdiçar recursos governamentais. A abdicação, portanto, é o principal meio pelo qual as agências evitam a duplicação.

No caso da regulação das águas brasileiras em nível federal, é possível identificar ambos os fenômenos narrados, havendo tanto fragmentação quanto duplicidade das competências regulatórias. Os efeitos desses fenômenos para regulação do SINGREH serão analisados nos itens seguintes. A partir da investigação sobre como se dá a produção normativa dos órgãos reguladores, é possível identificar como esses atores interagem, na prática, no espaço regulatório das águas.

## 4 A Lei das Águas e o funcionamento do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos

O art. 21, inciso XIX, da Constituição Federal estabelece competência à União para instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos. Assim, em 08 de janeiro de 1997, foi editada a Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997, conhecida como Lei das Águas, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH). Esse novo marco regulatório incorpora diversos preceitos da metodologia internacional de gestão integrada das águas, apoiando-se em três eixos principais.

O primeiro refere-se à autorização prévia para a utilização do recurso<sup>27</sup>. A Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 225, caput, que os bens que integram o meio ambiente, nos quais se inclui a água, são bens de uso comum do povo.<sup>28</sup> Na Lei das Águas, a preocupação com a natureza pública da água foi traduzida por meio da previsão de um instrumento específico, a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos. A outorga concretiza uma ruptura com os padrões vigentes no Código das Águas<sup>29</sup>, no qual a água era gerida como um bem infinito. A previsão desse instrumento possibilitou a priorização de dois valores na gestão e regulação do recurso, a disponibilidade dos recursos hídricos (oferta), tomando por base a capacidade de suporte dos mananciais, e a preocupação com a qualidade das águas efluentes<sup>30</sup>. Por esse motivo, há autores que defendem não existir um direito subjetivo à outorga da água<sup>31</sup>, exceto para os casos de consumo humano e dessedentação animal.

O segundo preceito associa-se ao pagamento de taxas equivalentes ao impacto ambiental causado pelo uso do recurso, com base no Princípio do Poluidor-pagador<sup>32</sup>. Nessa perspectiva, foi prevista a criação do

<sup>25</sup> FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 5, p. 1131-1211, mar. 2012. p. 1146.

<sup>26</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p. 208-211.

<sup>27</sup> IORIS, Antonio Augusto Rossotto. The Political Nexus between Water and Economics in Brazil: A Critique of Recent Policy Reforms. *Review of Radical Political Economics*, v. 42, n. 2, p. 231-250, 2010.

<sup>28</sup> A Constituição Federal de 1988 revogou o regime de uso privado da água previsto no Código de Águas e no Código Civil Brasileiro de 1916. ESTEVES, Cristina Campos. *O regime jurídico das águas minerais na Constituição de 1988*. 2012. 251 p. Tese (Doutorado). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, 2012. BARROS, Wellington Pacheco. *A Água na Visão do Direito*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005.

<sup>29</sup> Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934.

<sup>30</sup> IORIS, Antonio Augusto Rossotto. The Political Nexus between Water and Economics in Brazil: A Critique of Recent Policy Reforms. *Review of Radical Political Economics*, v. 42, n. 2, p. 231-250, 2010.

<sup>31</sup> VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão Jurídica da Água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 99.

<sup>32</sup> Esse princípio encontra previsão no §3º do artigo 225 da CF/88: “§2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções

instrumento de cobrança pelo uso da água bruta<sup>33</sup>, voltada para os usos que são diretamente captados ou derivados dos mananciais, sejam aquelas com finalidade consuntiva ou não<sup>34</sup>. A cobrança pela outorga cumpre o importante papel de impedir que toda a sociedade arque com os custos daqueles que usam o recurso.<sup>35</sup>

O terceiro preceito está associado à constituição de fóruns que possibilitem a participação social nas deliberações quanto à gestão do recurso.<sup>36</sup> Calcado no modelo francês, esse sistema de gestão participativa difere da maioria dos países, que desenvolveram sistemas centralizados de gestão.<sup>37</sup> As instâncias previstas no marco normativo que materializam esse preceito são os conselhos nacional e estadual de recursos hídricos e os comitês de bacia hidrográfica<sup>38</sup>.

A Lei das Águas propôs uma divisão entre as entidades e os organismos que têm competência de formulação das políticas públicas e aquelas voltadas para sua execução, conforme ilustrado na figura 1. No entanto, na prática, conforme apontam Assunção e Bursztyn<sup>39</sup>, há grandes dificuldades para operacionalização desse Sistema e para a distinção entre os papéis de cada um dos seus entes. A isto soma-se o fato da Agência Nacional de Águas (ANA) ter sido instituída três anos após a publicação da Lei das Águas, sendo incorporada ao SINGREH posteriormente, por meio de sua lei criadora – a Lei n. 9.984/2000.

Outros fatores se somam às dificuldades já apontadas sobre a operacionalização do Singreh, derivadas do fato de que seu modelo foi inspirado no modelo de gestão de águas francês. Desse aspecto decorre que a materialização do SINGREH no território brasileiro vem acompanhada da necessidade de abstrações quanto às instâncias políticas e institucionais já presentes no ordenamento brasileiro. Um dos elementos a destacar está relacionado à supressão das fronteiras político-administrativas, em razão da adoção da bacia hidrográfica como unidade de gerenciamento da política, já que as bacias hidrográficas enquanto recorte natural, não obedecem ao rigor proposto pela divisão federativa. Dessa forma, temos que a regulação e a gestão dos recursos hídricos brasileiros enfrentam, em primeiro lugar, um desafio de cunho geoinstitucional<sup>40</sup>.

A Constituição Federal ressalta que o domínio das águas se divide entre a União (art. 20, III), os Estados (art. 26, I) e, por analogia, o Distrito Federal. A Lei das Águas e as posteriores alterações previstas pela Lei de criação da ANA instituíram diferentes instâncias na composição do SINGREH, e em decorrência da dupla dominialidade das águas<sup>41</sup>, tais instâncias foram organizadas tanto em nível federal, como estadual.<sup>42</sup> Na figura a seguir, é ilustrada a composição do SINGREH.

---

penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

<sup>33</sup> A aplicação da cobrança se dá em consonância com a aplicação do instrumento da outorga, tal como previsto no art. 12 da Lei das Águas.

<sup>34</sup> Usos consuntivos são aqueles em que há retirada de água do manancial para sua destinação, e.g. a irrigação, a utilização na indústria e o abastecimento humano. Já os usos não consuntivos não envolvem o consumo direto de água, como e.g. o lazer, a pesca e a navegação, pois aproveitam a água sem consumi-la.

<sup>35</sup> ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 697.

<sup>36</sup> MACHADO, Carlos José Saldanha. Recursos Hídricos e Cidadania no Brasil: limites, alternativas e desafios. *Ambiente e Sociedade*, v. 6, n. 2, p. 121-136, 2003.

<sup>37</sup> SOUZA JÚNIOR, Wilson Cabral de. *Gestão das Águas no Brasil*. Reflexões, diagnósticos e desafios. IEB. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 152.

<sup>38</sup> IORIS, Antonio Augusto Rossotto. The Political Nexus between Water and Economics in Brazil: A Critique of Recent Policy Reforms. *Review of Radical Political Economics*, v. 42, n. 2, p. 231-250, 2010.

<sup>39</sup> ASSUNÇÃO, Francisca Neta; BURSZTYN, Maria Augusta Assunção. As políticas das águas do Brasil. In: ENCUENTRO DE LAS AGUAS, 2001, Santiago. *Anais...* Santiago: Encuentro de Las Aguas, 2001.

<sup>40</sup> PIRES DO RIO, Gisela Aquino. Gestão de Águas: um desafio geoinstitucional. In: OLIVEIRA, Márcio Pinon de et al. (org.). *O Brasil, a América Latina e o mundo: espacialidades contemporâneas*. Rio de Janeiro: Lamparina/ANPEGE, 2008. p. 220-236.

<sup>41</sup> Conforme previsão dos artigos artigo 20 e 26 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

<sup>42</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Figura 1. Organização do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH)



Fonte: elaboração própria.

As atividades de planejamento do recurso são realizadas no âmbito dos comitês de bacia hidrográfica, em primeira instância, e dos conselhos estaduais e nacionais, em última instância. A gestão das bacias hidrográficas é realizada com base nos planos de recursos hídricos, os quais são, via de regra, elaborados pelas agências de bacia ou entidades delegatárias e aprovados pelos comitês de bacia hidrográfica. As agências de bacia e entidades delegatárias atuam como braço executivo dos comitês de bacia.

A implementação da política, bem como a fiscalização sobre o acesso e uso do recurso, é realizada pela ANA nas bacias federais e pelos órgãos ambientais estaduais, nas bacias estaduais. Em nível nacional, o CNRH e a ANA exercem a competência sobre a regulação das águas. O CNRH é um órgão colegiado de caráter consultivo e deliberativo componente da estrutura regimental do Ministério de Desenvolvimento Regional (MDR)<sup>43</sup>. O órgão conta com a participação de representantes do poder executivo federal e de alguns Estados. Além disso, o CNRH conta com a participação de representantes da sociedade civil em sua composição, seguindo padrão semelhante ao de outros órgãos reguladores ambientais. As suas atribuições são previstas pela Lei das Águas, e foram alteradas pela Lei n. 9.984/2000, dentre as quais incluem-se a articulação dos planejamentos nacional, regionais, estaduais e dos setores usuários elaborados pelas entidades competentes, a formulação e acompanhamento da PNRH, o estabelecimento de diretrizes para atuação do SINGREH e das diretrizes complementares para a implementação da PNRH. Após a criação da ANA, o CNRH passou a ser responsável pela manifestação das propostas encaminhadas pela Agência, tanto as relativas ao estabelecimento de incentivos, inclusive financeiros, para a conservação qualitativa e quantitativa de recursos hídricos, quanto as responsáveis por definir os critérios para o estabelecimento dos valores a serem cobrados pelo uso dos recursos hídricos de domínio da União<sup>44</sup>.

A ANA, a seu turno, é uma autarquia de regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR)<sup>45</sup>. A Agência foi criada no bojo da implementação das agências reguladoras federais brasileiras, passando a fazer parte do SINGREH três anos após a criação do Sistema. As suas competências foram estabelecidas pela Lei que a instituiu, cujo rol é extenso e inclui a operacionalização da PNRH, a fiscalização e a regulação dos corpos d'água de domínio da União.

<sup>43</sup> A Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019, alterou o art. 36 e 45 da Lei n. 9.433/1997, que alterou a estruturação e as competências do Conselho, modificando a vinculação do Conselho do Ministério de Meio Ambiente para o Ministério de Desenvolvimento Regional.

<sup>44</sup> Os valores são estabelecidos pelos comitês de bacia hidrográfica estaduais e federais. Em caso de bacias federais, os valores sugeridos pelos comitês devem ser aprovados pelo CNRH.

<sup>45</sup> A Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019, alterou o art. 3º da Lei n. 9.984/2000, que instituiu a Agência, modificando a vinculação da Agência do Ministério de Meio Ambiente para o Ministério de Desenvolvimento Regional.

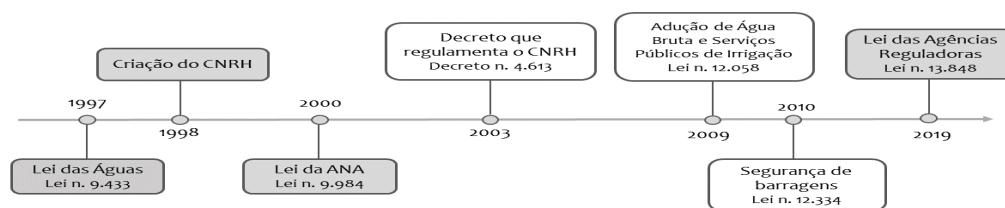


Nos anos de 2009 e 2010, foram editadas leis<sup>46</sup> que ampliaram as competências da ANA. Em 2009, foram incluídas em suas atribuições a regulação e a fiscalização da prestação dos serviços de adução de água bruta e irrigação em rios federais, caso estejam sob regime de concessão, o que incluiu entre os agentes regulados pela Agência grandes irrigantes, como a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Paraíba (Codevasf), que opera o Projeto de Integração do rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional (Pisf).

No ano de 2010, passaram a integrar seu leque de atividades aquelas relativas à regulação de barragens e a organização e gestão do Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB). As barragens reguladas pela ANA são aquelas destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais, localizadas em rios de domínio da União. Importa mencionar que não estão incluídas no rol de competências regulatórias da agência a fiscalização de barragens destinadas à acumulação de rejeitos provenientes da atividade de mineração, sendo estas reguladas no escopo de atribuições da Agência Nacional de Mineração (ANM) em nível federal e em nível estadual por agências reguladoras estaduais. A figura 2 mostra a cronologia do marco regulatório do setor.

Dado o número elevado de atores do SINGREH, a necessidade de articulação e de coordenação das ações regulatórias se torna imprescindível,<sup>47</sup> mas de difícil realização, como será demonstrado no item seguinte.

Figura 2. Cronologia do atual marco regulatório das águas



Fonte: elaboração própria.

A implementação da Política das águas se dá na operacionalização dos instrumentos dispostos no art. 5º da Lei das Águas<sup>48</sup>, dos quais dois merecem destaque: a outorga e a cobrança pelo uso da água. O ato de outorga pode ser entendido como ato administrativo de autorização, por meio do qual o Estado faculta a utilização dos recursos hídricos para aqueles que a pleiteiam. Antes da edição da Lei das Águas, a outorga era utilizada para controle apenas quantitativo do uso da água. A nova lei instituiu também o controle qualitativo sobre esse uso.<sup>49</sup>

O descumprimento dos termos da outorga ou a utilização dos recursos hídricos sem esse instrumento constitui infração e enseja a aplicação de penalidades por parte dos órgãos reguladores. A distribuição das cotas de água é realizada por meio da outorga, a partir da qual concede-se o direito de uso sobre o recurso de uma determinada bacia. Cabe, no entanto, ao CNRH a aprovação dos critérios gerais para a alocação da água. Em nível estadual, os critérios de alocação da água são tradicionalmente definidos pelas agências

<sup>46</sup> Leis n. 12.058/2009 e n. 12.334/2010.

<sup>47</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 590.

<sup>48</sup> I – os Planos de Recursos Hídricos; II – o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água; III – a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; IV – a cobrança pelo uso de recursos hídricos; V – a compensação a municípios; VI – o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

<sup>49</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito das Águas: disciplina jurídica das águas doces*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

governamentais estaduais e as prioridades em nível da bacia são definidas pelos comitês de bacia nos Planos de Bacia. Embora a orientação para a priorização dos usos e agentes seja realizada de forma descentralizada e participativa, o direito de acesso à água e o controle dos seus aspectos quantitativos e qualitativos será realizado pelo Poder Público, em âmbito estadual e federal.

A cobrança consiste em um instrumento que foi introduzido no marco regulatório das águas com o objetivo de minimizar os custos sociais e induzir o uso do recurso com base na racionalidade econômica. Assim, o usuário que quiser retirar água dos corpos hídricos deverá pagar uma taxa por litros de uso, por exemplo. Os valores para execução da cobrança são definidos pelos comitês de bacia hidrográfica e aprovados pelos respectivos conselhos estaduais e federais, a depender da dominialidade da bacia em questão.

## 5 Caracterização da atividade normativa dos órgãos reguladores das águas

A Lei de Águas possui um caráter essencialmente intransitivo<sup>50</sup>, isto é, não prevê regras e *standards* substantivos para orientar a ação dos agentes reguladores e dos regulados. Conforme aponta Salinas<sup>51</sup>, a legislação intransitiva é aquela que depende de uma ação do órgão regulador para ser implementada<sup>52</sup>. No caso da Lei de Águas brasileira<sup>53</sup>, a função de edição desses parâmetros para a implementação das políticas hídricas em nível nacional foi designada pelo texto normativo a dois órgãos: o CNRH e a ANA.

Embora a Lei das Águas e, posteriormente, a lei de criação da ANA tenham atribuído competência regulatória a esses dois órgãos, elas não definiram com precisão os limites de atuação de ambos. De forma ilustrativa, o art. 35, VI, da Lei das Águas atribuiu ao CNRH a competência para “estabelecer diretrizes complementares para a implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, aplicação de seus instrumentos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos”. Já a Lei n. 9.984/2000 atribuiu à ANA, por meio do art. 3º, II a competência para “disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos”.

Os textos sugerem uma natureza de complementariedade entre as atuações dos órgãos no tocante à edição de regras para a operacionalização dos instrumentos previstos na Lei das Águas. Contudo, conforme podemos observar nos trechos realçados, o legislador não definiu com clareza os limites da competência regulatória entre os órgãos.

A produção de normativos pelo CNRH, desde a sua criação, no ano de 1998, até o ano de 2018, totalizou 194 resoluções. A média anual de sua produção normativa equivaleu a 9 normas. Já a produção da ANA totalizou 608 resoluções, equivalendo a uma média de 34 normas por ano. Ao comparar a produção normativa dos órgãos, nota-se uma disparidade na quantidade de normas elaboradas, já que a produção normativa do CNRH representou menos de um terço da quantidade de normas editadas pela ANA.

A esse respeito, ressalta-se a natureza distinta dos órgãos, sendo o CNRH um órgão colegiado deliberativo e a ANA uma autarquia em regime especial, o que lhes confere ritos, ritmos e procedimentos distintos a serem adotados na produção normativa. No caso do CNRH, as normas produzidas estão sujeitas à aprovação do plenário, que se reúne ordinariamente duas vezes ao ano, podendo convocar reuniões extraordinárias. No melhor cenário, uma norma que foi discutida na primeira reunião ordinária do CNRH, via de regra no

<sup>50</sup> RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State. *Columbia Law Review*, v. 89, n. 3, p. 369-426, 1989. p. 381.

<sup>51</sup> SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento da ação governamental*. 2012. 234 p. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

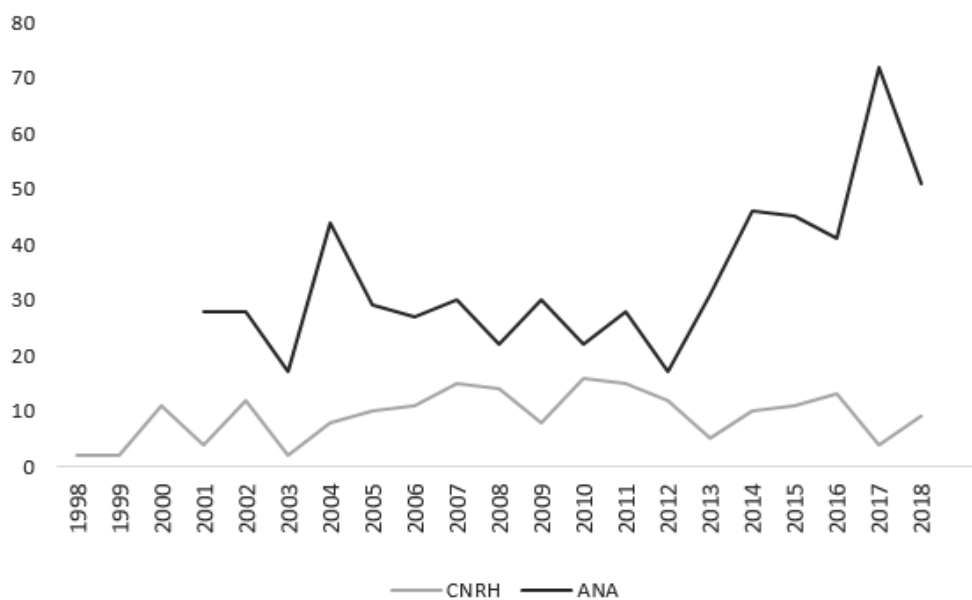
<sup>52</sup> Leis transitivas, em contrapartida, são aquelas que estabelecem regras de comportamento aos agentes regulados e, portanto, não dependem de uma ação do órgão regulador para terem efeito imediato (RUBIN, 1989, p. 381).

<sup>53</sup> Posteriormente complementada pela Lei de criação da ANA e Leis n. 12.058/2009 e 12.334/2010.

primeiro semestre, será aprovada, apenas, no segundo semestre, quando então se realiza a segunda reunião anual. Assim, esse ato normativo teria como tempo de duração para sua aprovação e publicação cerca de seis meses. No caso da ANA, a aprovação das resoluções é deliberada em reuniões da sua Diretoria Colegiada, que ocorrem, via de regra, semanalmente. O próprio ritmo da produção normativa dos órgãos demonstrou-se, portanto, relevante para explicar a disparidade identificada.

Na análise da evolução da produção normativa anual dos órgãos ao longo da série histórica de cerca de vinte anos, não foi possível identificar uma regularidade na quantidade e na frequência do estoque regulatório dos órgãos, denotando, *a priori*, uma produção casuística em ambos os casos, conforme ilustrado no gráfico 1.

Gráfico 1. Produção normativa do CNRH e da ANA por ano



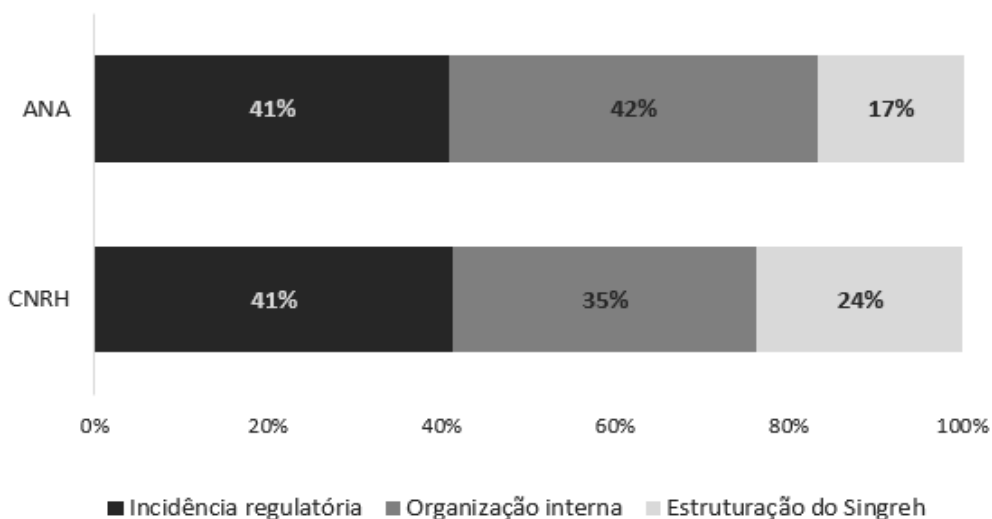
Fonte: elaboração própria.

A ausência de padrões quanto à frequência da produção normativa também é evidenciada pelo fato de que, em anos subsequentes àqueles em que a produção normativa foi acima da média anual, a produção apresentada pelo órgão se deu abaixo de sua média geral. Não foi possível identificar eventos que explicassem essa oscilação. Ao realizar um levantamento sobre a divulgação da agenda regulatória dos órgãos, observa-se que a ANA divulgou a agenda anual para o ano de 2019 em formato de resolução<sup>54</sup>. Para os demais anos, não foi possível identificar a divulgação da agenda nos respectivos sites dos órgãos.

Quanto à incidência regulatória das normas produzidas pelos órgãos reguladores das águas, verifica-se que menos da metade da produção normativa dos órgãos foi dedicada a normas de natureza regulatória. Normas regulatórias são aquelas que estabelecem direitos, deveres e obrigações, prescrevem comportamentos, definem a licitude ou ilicitude de condutas, estabelecem responsabilidades ou ainda prescrevem sanções civis ou penais. O gráfico a seguir ilustra essa proporção.

<sup>54</sup> Resolução ANA n. 05, de 15 de janeiro de 2019.

Gráfico 2. Caracterização das normas editadas



Fonte: elaboração própria.

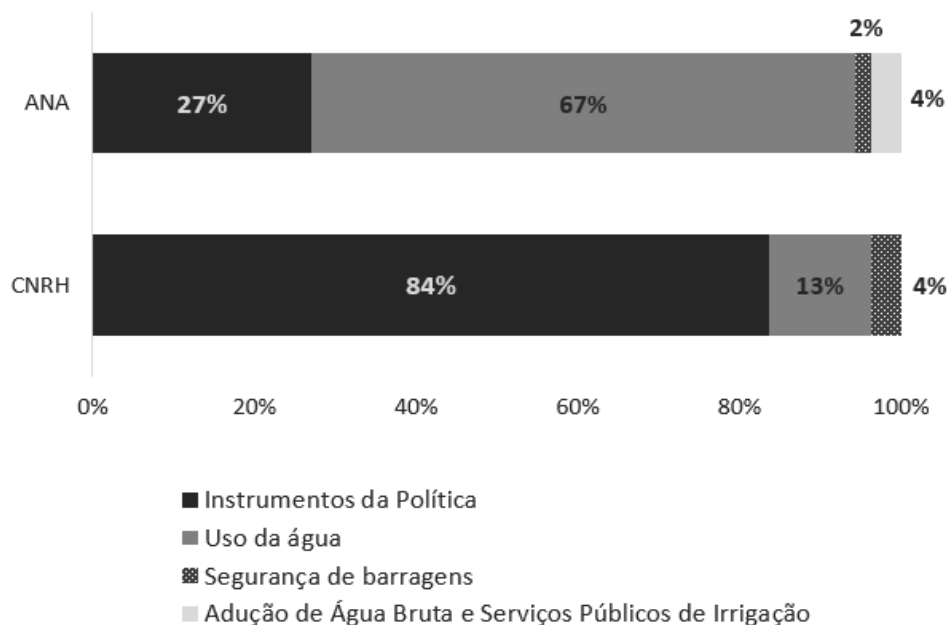
As demais normas produzidas pelos órgãos tiveram como intuito a administração e o planejamento interno dos órgãos, como a organização do calendário de reuniões, criação e funcionamento de câmaras técnicas, para o caso do CNRH, e gestão de recursos humanos e materiais, para o caso da ANA. Também foram observadas normas cujo intuito foi a estruturação e o fortalecimento do SINGREH, as quais previam a criação e o funcionamento dos comitês de bacia hidrográfica e conselhos estaduais de recursos hídricos, a autorização para a delegação de competência de agências de bacia a entidades delegatárias e a gestão dos contratos entre essas últimas.

Quanto à caracterização das normas propriamente regulatórias, verifica-se que elas tratam, sobretudo, da operacionalização dos instrumentos previstos na Lei das Águas e de parâmetros quantitativos para balizar a gestão das águas. Isso se explica pelo fato de que a Lei de Águas não revogou a competência do Conama para delimitar critérios qualitativos para a gestão do recurso. Trata-se de uma fragmentação de natureza material<sup>55</sup>, na qual o Conama seria o órgão responsável pela regulação dos aspectos de natureza qualitativa, enquanto ANA e o Conselho teriam atribuições regulatórias mais alinhadas aos aspectos quantitativos associados ao recurso.

Os temas tratados pelas normas de natureza regulatória variaram entre os órgãos. No caso da ANA, encontra-se uma maior concentração no tema “uso da água”, enquanto o CNRH concentrou sua produção normativa em “instrumentos da Política”. O gráfico a seguir ilustra a distribuição por temas.

<sup>55</sup> BUZBEE, William W. The regulatory fragmentation continuum, Westway, and the challenges of regional growth. *Forthcoming 21 Journal of Law and Politics*, Research Paper No. 05-31, p. 1-35, 2005. p. 347.

Gráfico 3. Temas das normas com incidência regulatória



Fonte: elaboração própria.

Chama atenção o fato do tema “segurança de barragens” ter sido alvo de regras pontuais por ambos os órgãos, totalizando 8 normas, sendo 3 editadas pelo CNRH e 5 editadas pela ANA. Esse tema foi incluído no rol de competências do CNRH e da ANA treze anos após a publicação da Lei das Águas, com a edição da Lei n. 12.334/2010. Nesses oito anos, no entanto, a ANA editou normas sobre esse tema em poucas oportunidades.

Quanto ao conteúdo das normas, o CNRH se ocupou da definição dos parâmetros e requisitos que devem constar nos planos e relatórios de segurança de barragens. Mais tarde, essas normas foram complementadas por resoluções da ANA, que ampliaram o nível de detalhamento das informações que deverão constar em tais planos. A ANA também estabeleceu normas sobre inspeções e revisões nas barragens e critérios para classificá-las conforme o dano potencial associado.

Outro ponto que merece destaque refere-se à competência exclusiva da ANA para a prestação do serviço de adução de água bruta e serviços públicos de irrigação, em casos de concessão em rios de domínio da união, cuja produção normativa representou, apenas, 4% de suas normas com incidência regulatória. Chama atenção, ainda, o fato de apenas 1 das normas sobre esse tema ter tido incidência nacional, a qual tratou dos procedimentos administrativos para imposição de penalidades aos prestadores dos serviços. As normas remanescentes voltaram-se para a regulação de um projeto em específico, o Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (Pisf) e o perímetro de irrigação Pontal em regime de concessão, ambos operados pela Codevasf.

Conforme observa-se no gráfico 3, o principal tema regulado pela ANA foi “uso da água”, ao passo que o principal tema regulado pelo CNRH foi “instrumentos da Política”. Pode-se afirmar que ANA e CNRH atuam de forma minimamente coordenada nessas áreas, já que cada órgão regula um desses temas de forma prioritária.

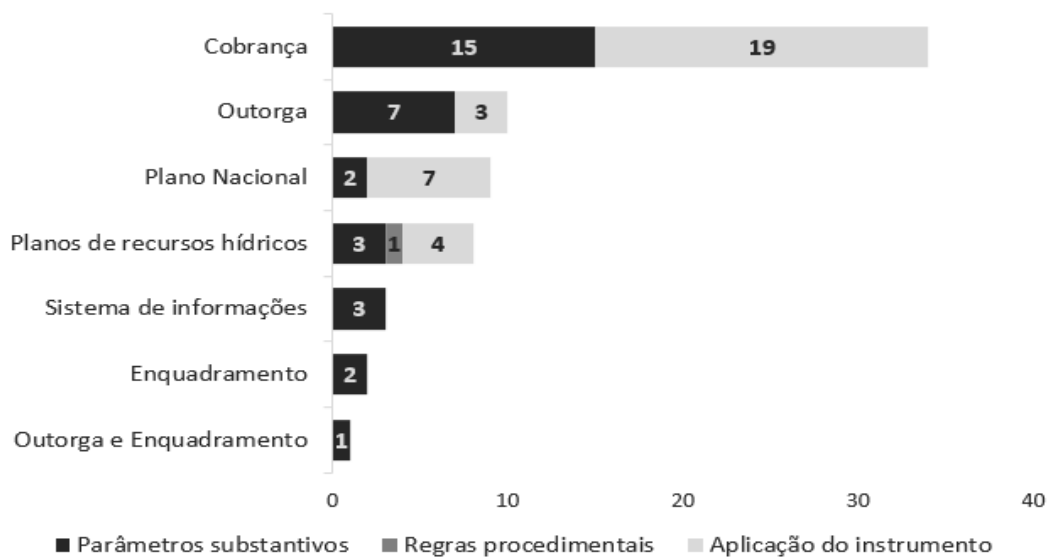
Com intuito de ampliar a compreensão sobre os limites entre a atuação dos órgãos, as normas com incidência regulatória foram classificadas em três grupamentos principais: (i) parâmetros substantivos: normas que tratam da edição de parâmetros substantivos à aplicação dos instrumentos hídricos e usos da água (e.g. definição de tipos de uso da água sobre os quais incidirá a emissão de outorga); (ii) regras procedimentais:

normas que estabelecem procedimentos, ritos, prazos e competências, as quais se restringem a delimitar o exercício de direitos que prescrevem (e.g. aprovação dos valores de cobrança pelo uso das águas para o exercício de um determinado período); e (iii) aplicação de instrumentos: normas cujos efeitos visam a operacionalizar a aplicação dos instrumentos previstos no art. 5º da Lei das Águas em uma determinada bacia hidrográfica.

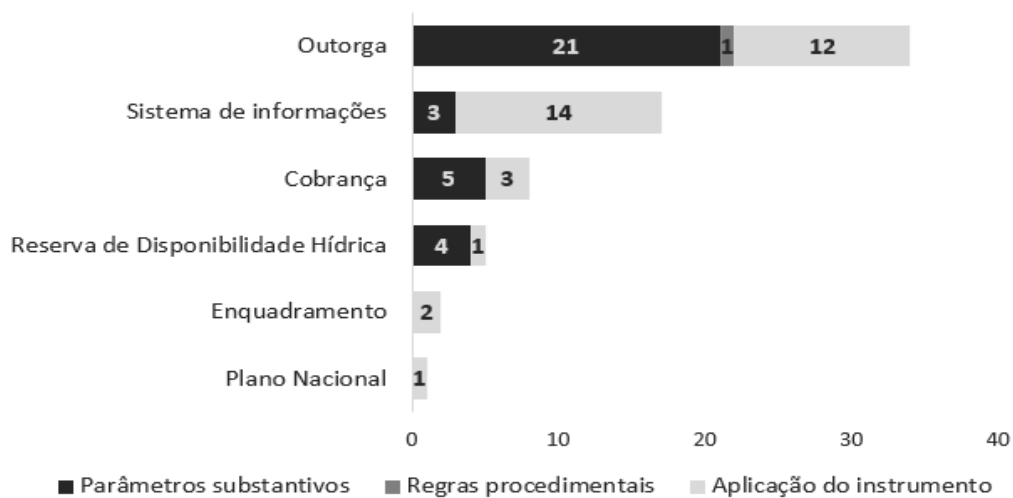
O gráfico 5 mostra como CNRH e ANA regulam o tema “instrumentos da Política.

Gráfico 4. Caracterização das normas sobre o tema instrumentos da Política

**CNRH**



**ANA**



Fonte: elaboração própria.

Quanto à distribuição das normas por tipos de instrumentos, observa-se que na prática a ANA tem ocupado maiores esforços na delimitação dos parâmetros e critérios para a operacionalização da outorga, enquanto o CNRH tem direcionado sua produção normativa mais fortemente para a delimitação dos mecanismos para a execução da cobrança.

Contudo, isto não foi impedimento para que os órgãos normatizassem a respeito de matérias semelhantes no tocante a um mesmo instrumento. Verificou-se, aqui, uma moderada duplicidade regulatória na definição de regras sobre esses instrumentos.

A “outorga” e a “cobrança” são os principais instrumentos por meio dos quais se operacionaliza a execução da Política das águas, seguindo orientações previstas nos planos de recursos hídricos. Enquanto a “outorga” tem caráter autorizativo e é o principal meio pelo qual o órgão regula a quantidade de água que está sendo usada para uma determinada finalidade, a “cobrança” tem uma natureza educativa e visa incentivar um comportamento racional dos usuários.

Quanto às normas do CNRH que tratam do instrumento “cobrança”, é possível observar que 15 delas visam ao estabelecimento de parâmetros substantivos. Dentre eles estão a fixação de critérios para a aplicação da cobrança aos usuários da água, seus mecanismos e valores, o índice para balizar o cálculo da cobrança, além do estabelecimento de prioridades para a aplicação dos recursos em um determinado período. As demais normas editadas sobre esse instrumento estiveram voltadas para a aprovação dos valores da cobrança nas diferentes bacias federais, cujos valores são discutidos pelos comitês de bacia hidrográfica e posteriormente aprovados pelo CNRH. Já a ANA editou, apenas, 8 normas sobre esse instrumento, que tratam, além da publicização, dos índices estabelecidos pelo CNRH, das normas sobre a execução de inadimplências, débitos e atrasos.

No caso dos “planos de recursos hídricos”, a ANA não editou parâmetros substantivos sobre esse instrumento. Apenas o CNRH editou 3 normas estabelecendo diretrizes para a elaboração dos planos, sobretudo quanto ao conteúdo mínimo que deverá compor esses documentos e os critérios para seleção dos projetos que deverão ser priorizados para os investimentos dos recursos advindos da cobrança pelo uso das águas em uma determinada bacia hidrográfica. Optou-se, no gráfico, por destacar as normas editadas sobre o Plano Nacional de Recursos Hídricos com intuito de identificar como se dá a atividade dos órgãos quanto a esse instrumento, o qual orienta a aplicação da Política em nível nacional. Observou-se que o CNRH ficou responsável pela edição de normas que estabeleceram as ações e metas do Plano, além de normas quanto a sua aplicação, enquanto a ANA editou, apenas, uma norma para implementação da primeira versão do Plano<sup>56</sup>.

O instrumento “outorga” concentrou os maiores esforços regulatórios da ANA, tendo sido editadas 34 normas pela agência, sendo 21 (31% do total de normas no tema instrumentos) delas estabelecendo parâmetros e critérios para balizar a operacionalização do instrumento e os tipos de usos outorgáveis, dentre os quais podemos destacar o estabelecimento de usos insignificantes e casos de dispensa de outorga, critérios quanto à outorga preventiva, outorga em rios intermitentes e efluentes. Já o CNRH editou apenas 8 normas sobre a outorga, das quais 5 implicam na regulação de direitos e deveres dos usuários de água, como critérios gerais sobre os tipos de uso de água passíveis de outorga. O CNRH também editou normas sobre usos insignificantes, outorga para efluentes, além de algumas tipologias de uso específicas, como outorga para atividade minerária e implantação de barragens. As outras 3 normas editadas pelo CNRH tratam da definição de critérios para a aplicação do instrumento de outorga em bacias hidrográficas específicas.

Nota-se, nesse caso, que temas comuns foram regulados por ambos, como o caso do estabelecimento de critérios gerais quanto aos usos outorgáveis, usos insignificantes e outorgas sobre efluentes. A redundância normativa observada nesse caso pode ser associada ao caráter genérico da legislação que atribui competências aos órgãos do SINGREH. Como visto, lacunas legislativas são uma causa comum das duplicidades regulatórias<sup>57</sup>.

Embora haja redundâncias, é a inércia regulatória que chama mais a atenção na análise da produção normativa da ANA e do CNRH. Sobre o tema “usos da água”, o CNRH produziu normas pontuais, a respeito de alguns tipos de uso específicos, ficando de fora de sua cartela regulatória a regulamentação sobre usos consuntivos como a irrigação, que consiste no uso mais consuntivo do território brasileiro. Também ficou de fora da cartela regulatória do CNRH os normativos sobre outra tipologia de uso, o abastecimento

<sup>56</sup> A segunda versão do Plano (2021-2035) encontra-se em fase de elaboração.

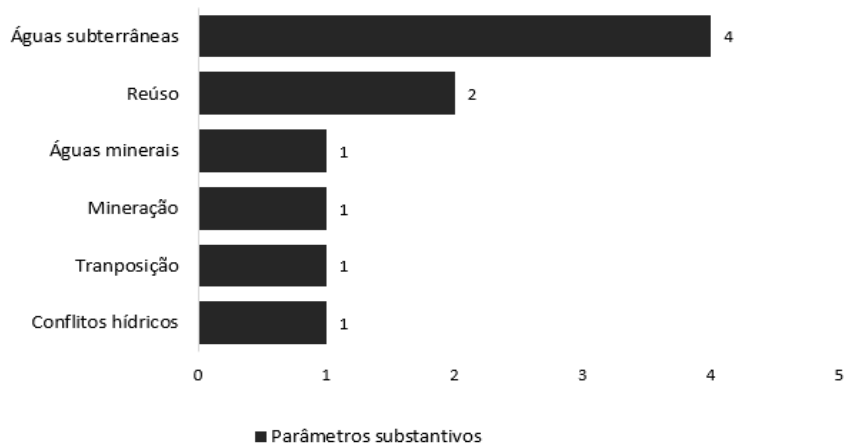
<sup>57</sup> MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011. p. 192.

humano. Embora o abastecimento humano não represente o maior consumo de água no país, ele é objeto de preocupação frequente dos gestores públicos, além do fato de ter sido designado, pelo próprio texto normativo da Lei das Águas, como um dos usos prioritários em casos de escassez. Em que pese o fato da regulação dos serviços de abastecimento e esgotamento sanitário não ter sido atribuída a ANA e ao CNRH, a edição de normas quanto à retirada da água para esses tipos de uso está prevista nas atribuições dos órgãos. A ausência de critérios e parâmetros gerais enseja uma atuação regulatória casuística.

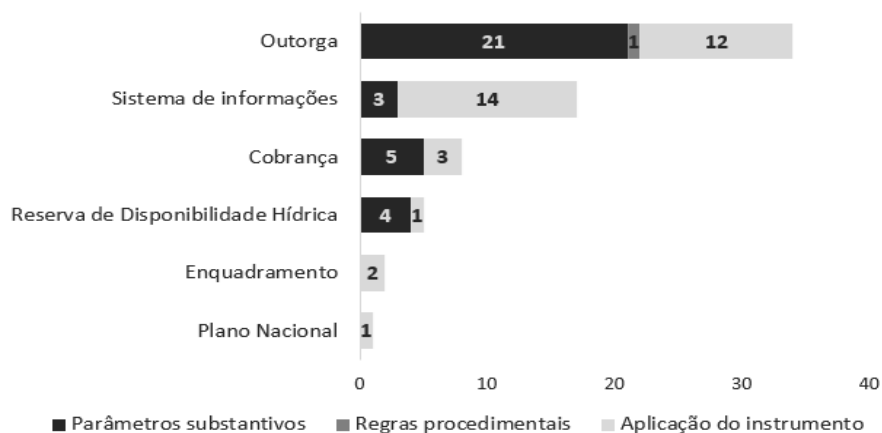
Além dessas questões, as normas do CNRH também não tratam de estabelecer parâmetros e critérios sobre um importante uso não consuntivo, mas de grande relevo para o desenvolvimento social e econômico do território brasileiro, que é a geração de energia a partir de fontes hidráulicas. A produção normativa do CNRH sobre os usos da água demonstrou-se, portanto, escassa e espalhada, tendo, apenas, o tema “águas subterrâneas” concentrado maior número de atos normativos. No gráfico a seguir, são apresentados os temas que foram objeto das normas editadas pelo CNRH e pela ANA quanto aos usos da água.

Gráfico 5. Caracterização das normas sobre usos da água

**CNRH**



**ANA**



Fonte: elaboração própria.

Já a produção da ANA sobre “usos da água” revelou-se casuística. A maior parte das normas editadas pela agência foram concentradas na definição de parâmetros visando regular um uso específico — a operação de reservatórios em bacias de domínio da União, os quais podem ter finalidades distintas (e.g. produção de água para abastecimento humano, para geração de energia e usos múltiplos). Essas normas, no entanto, não tiveram caráter genérico, isto é, não visam a estabelecer parâmetros transversais para a atividade, mas dizem respeito à regulamentação de reservatórios específicos — o que explica a alta concentração de nor-



mas sobre esse uso. Quanto à delimitação de critérios gerais para o aproveitamento hidrelétrico, foram identificadas 3 normas editadas pela ANA quanto às outorgas para empreendimentos hidrelétricos em cursos d'água de domínio da água.

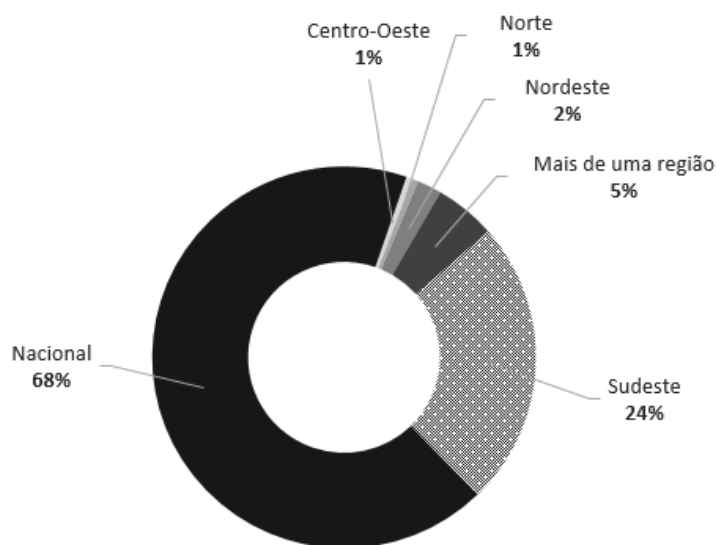
Quanto às normas sobre restrição de uso, verifica-se que elas visam estabelecer as condições para o uso múltiplo das águas em situações de escassez dadas as especificidades encontradas em determinadas bacias, pelas suas próprias sazonalidades ou especificidades hidrometeorológicas, que também remetem a regras caso a caso. Como exemplo, pode ser citada a criação do “Dia do Rio” na bacia do rio São Francisco<sup>58</sup>. Observaram-se, também, preocupações pontuais da ANA quanto à edição de normas sobre o enfrentamento de quadros de escassez, podendo ser citada a criação do grupo de assessoramento à crise hídrica enfrentada pelo estado de São Paulo nos anos de 2013 a 2015.

Assim, na análise das normas sobre os “usos da água” de forma conjuntural, identifica-se uma atividade casuística de ambos os órgãos para o estabelecimento de regras gerais sobre os usos, como águas subterrâneas, reúso, mineração, transposição e irrigação. Temas como o abastecimento público e o uso industrial não foram regulados a partir da edição de parâmetros gerais.

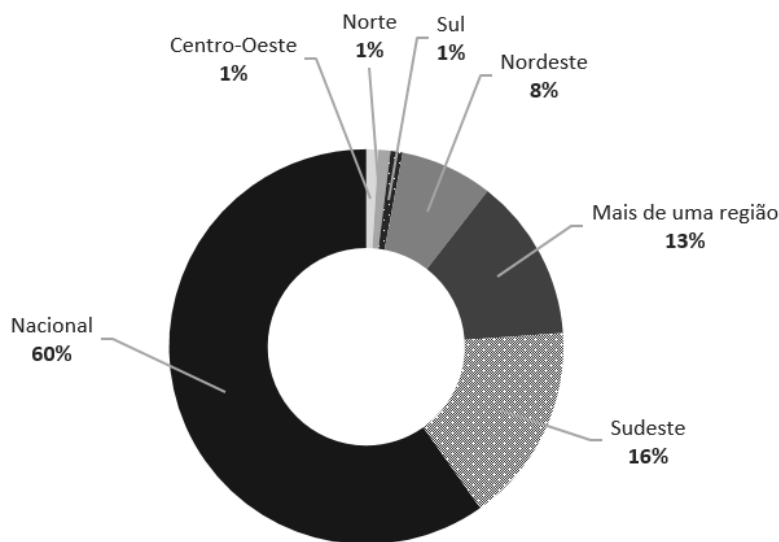
Por fim, foram analisadas as normas produzidas pelos órgãos quanto ao seu efeito territorial, visando a identificar se os parâmetros delimitados tiveram efeito de cunho nacional ou se os efeitos da norma foram aplicados para uma região específica. O gráfico 6 apresenta a distribuição dos efeitos regulatórios das normas.

Gráfico 6. Efeitos territoriais das normas produzidas pelos órgãos reguladores

#### CNRH



<sup>58</sup> O Dia do Rio estabelece a suspensão de captações de água no rio São Francisco em um dia específico da semana, as quais não sejam destinadas ao abastecimento humano e/ou a dessedentação animal.



Fonte: elaboração própria.

Tanto a ANA quanto o CNRH editaram normas majoritariamente de abrangência nacional, representando 68% e 60%, respectivamente, das resoluções por eles produzidas. Esse dado indica que a atividade normativa dos órgãos foi direcionada majoritariamente para a prospecção de normativos balizadores da implementação da Política Nacional de Águas.

Dentre as regiões que foram alvo de incidência regulatória, o Sudeste se destaca, concentrando 24% das normas editadas pelo CNRH e 16% das normas editadas pela ANA. Cabe destaque para as normas que abrangem mais de uma região, tendo a maioria delas sido endereçadas à bacia hidrográfica do rio São Francisco. Chama atenção a baixa concentração de normas para as regiões Centro-Oeste e Norte, marcadas, respectivamente, pelas suas atividades econômicas e disponibilidade hídrica, além da ausência de normas para a região Sul no caso do CNRH. A falta de padronização quanto às regiões e as bacias que receberam maior atenção do CNRH sugere ausência de planejamento para formação da agenda regulatória dos órgãos, na qual os temas são tratados caso a caso.

## 6 Considerações finais

A análise da produção normativa dos órgãos reguladores das águas em nível federal permitiu identificar que a agenda regulatória do setor tem sido definida de forma casuística, pois os temas prioritários e a frequência anual da produção normativa não se organizam linearmente. A ausência de uma agenda mais bem definida resulta em dificuldades para a formulação e a implementação de políticas hídricas transversais, dilemas que se somam àqueles já tratados por Assunção e Bursztyn<sup>59</sup> e Pires do Rio<sup>60</sup>.

Identificou-se, também, que menos da metade das normas produzidas pela ANA e pelo CNRH são de natureza regulatória. Em parte, isso se explica pelo caráter genérico da Lei de Águas, que não estabelece prazos, tampouco parâmetros substantivos, capazes de vincular e responsabilizar os órgãos reguladores em caso de inércia regulatória.

<sup>59</sup> ASSUNÇÃO, Francisca Neta; BURSZTYN, Maria Augusta Assunção. As políticas das águas do Brasil. In: ENCUENTRO DE LAS AGUAS, 2001, Santiago. *Anais...* Santiago: Encuentro de Las Aguas, 2001.

<sup>60</sup> PIRES DO RIO, Gisela Aquino. Gestão de Águas: um desafio geoinstitucional. In: OLIVEIRA, Márcio Pinon de *et al.* (org.). *O Brasil, a América Latina e o mundo: espacialidades contemporâneas*. Rio de Janeiro: Lamparina/ANPEGE, 2008. p. 220-236.

Outro aspecto que chama a atenção é a falta de clareza do arcabouço legislativo existente quanto aos limites da atuação regulatória da ANA e do CNRH. Em alguma medida, ANA e CNRH atuaram de forma coordenada, já que as normas que editam são predominantemente complementares. Como visto, a coordenação regulatória pode se dar, voluntariamente, entre as agências, sem que haja, necessariamente, a interferência externa de outro poder estatal.

Isso não impediu, no entanto, a existência de duplas incidências normativas pelos órgãos, especialmente no tocante à edição de parâmetros para a operacionalização dos instrumentos previstos na Lei das Águas. Também chama a atenção o fato da atividade normativa da ANA e do CNRH não tratar de parâmetros qualitativos da água. Como visto, a Lei de Águas não revogou a competência do CONAMA para definir os critérios qualitativos na gestão do recurso. Essa fragmentação originada pelos marcos regulatórios da agenda ambiental e hídrica chama a atenção para a necessidade de articulação entre os órgãos para constituição de uma agenda efetivamente propositiva e com capacidade de responder aos problemas que se entremeciam na gestão do recurso.

Temas importantes da gestão dos recursos hídricos não foram objeto de ação regulatória pela ANA e o CNRH, como a prestação dos serviços de adução de água bruta e irrigação em rios federais. A ANA editou apenas uma norma estabelecendo parâmetros substantivos para orientar a fiscalização do serviço de adução de água bruta, tendo restringindo-se nas demais normas a tratar da operação de um projeto específico localizado na região Nordeste, o Pisf. Tal constatação enseja novas preocupações à discussão que vem sendo engendrada quanto à capacidade dessa agência de absorver novas competências regulatórias como a agenda do saneamento básico.

Já o CNRH produziu normas pontuais sobre uso da água, ficando de fora de sua cartela regulatória a regulamentação sobre usos consuntivos de suma relevância para o desenvolvimento socioeconômico do país, como a irrigação e o abastecimento público.

No tocante à abrangência territorial das normas editadas pelos órgãos, verifica-se uma prevalência de normas com efeito nacional e, quando direcionadas a uma região específica, uma ampla disparidade na quantidade direcionada a cada uma das regiões. Regiões como Centro-Oeste e Norte, por exemplo, que se caracterizam, respectivamente, pelas atividades agropecuárias desenvolvidas e pela maior disponibilidade do recurso, juntas somaram apenas 2% da produção normativa tanto no CNRH, quanto na ANA. Em resumo, os achados da pesquisa possibilitaram identificar a premente necessidade da adoção de instrumentos de coordenação regulatória para superar as falhas na produção normativa dos órgãos. Uma agenda regulatória conjunta é um exemplo de ação que pode ser realizada para solucionar problemas de duplicidade e sobretudo de inércia regulatória.

## Referências

- AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS (ANA). *Sítio oficial*. 2018. Disponível em: <http://www.ana.gov.br/>. Acesso em: 10 out. 2018.
- AHDIEH, Robert B. Dialectical Regulation. *Connecticut Law Review*, v. 38, n. 5, p. 863-928, 2006.
- AITH, Fernando; ROTHBARTH, Renata. O estatuto jurídico das águas no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 29, n. 84, p. 163-177, 2015.
- ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ASSUNÇÃO, Francisca Neta; BURSZTYN, Maria Augusta Assunção. As políticas das águas do Brasil. In: ENCUESTRO DE LAS AGUAS, 2001, Santiago. *Anais...* Santiago: Encuentro de Las Aguas, 2001.

- BARROS, Wellington Pacheco. *A Água na Visão do Direito*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005.
- BENDOR, Jonathan. *Parallel Systems: redundancy in government*. California: University of California Press, 1985.
- BLACK, Julia. Critical reflections on regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 27, p. 271-289, 2002.
- BLANKENBURG, Erhard. The waning of legality in the concept of policy implementation, *Law and policy review*, v. 7, n. 4, p. 481-491, 1985.
- BRASIL. *Lei n. 10.881, de 09 de junho de 2004*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.881.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.881.htm). Acesso em: 10 nov. 2018.
- BRASIL. *Lei n. 12.058, de 13 de outubro de 2009*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12058.htm). Acesso em: 10 nov. 2018.
- BRASIL. *Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/19433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19433.htm). Acesso em: 10 out. 2018.
- BRASIL. *Decreto n. 4.613, de 11 de março de 2003*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4613.htm). Acesso em: 10 out. 2018.
- BRASIL. *Lei n. 12.334, de 20 de setembro de 2010*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm). Acesso em: 10 nov. 2018.
- BRASIL. *Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm). Acesso em: 05 ago. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19984.htm). Acesso em: 10 out. 2018.
- BUZBEE, William W. The regulatory fragmentation continuum, Westway, and the challenges of regional growth. *Forthcoming 21 Journal of Law and Politics*, Research Paper No. 05-31, p. 1-35, 2005.
- CARNIEL, Denize Regina. *Metodologia e Aplicativo de Banco de Dados para o Desenvolvimento Virtual de Produtos*. 2009. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Design, UFRGS, Porto Alegre, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS. *Sítio oficial*. 2018. Disponível em: <http://www.cnrh.gov.br/>. Acesso em: 10 out. 2018.
- ESTEVES, Cristina Campos. *O regime jurídico das águas minerais na Constituição de 1988*. 2012. 251 p Tese (Doutorado). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, 2012.
- FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. Agency Coordination in Shared Regulatory Space. *Harvard Law Review*, v. 125, n. 5, p. 1131-1211, mar. 2012.
- GONÇALVES, Leonardo Gomes Ribeiro. A função estatal de regulação e os problemas atuais do direito brasileiro. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá Editora, 2015. v. 1. p. 237-254.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito das Águas: disciplina jurídica das águas doces*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- GUERRA, Sérgio; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Controle político da atividade normativa das agências reguladoras no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 402-430, set./dez. 2018.
- GUNNINGHAN, Neil; GRABOVSKY, Peter. *Smart Regulation: designing environmental policy*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- HANCHER, Leigh; MORAN; Michael. Organizing Regulatory Space. In: BALDWIN, Robert *et al.* (org.). *A Reader on Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 148-172.
- IORIS, Antonio Augusto Rossotto. The Political Nexus between Water and Economics in Brazil: A Critique of Recent Policy Reforms. *Review of Radical Political Economics*, v. 42, n. 2, p. 231-250, 2010.
- LANDAU, Martin. Redundancy, and the Problem of Duplication and Overlap. *Public Administration Review*, v. 29, n. 4, p. 346-358, jul./ago. 1969.
- LAWLESS, Robert M. *et al. Empirical Methods in Law*. Aspen Publishers, 2010.
- LEITE, Luciana Lima; D'ASCENZI, Luciano. Implementação de políticas públicas no Brasil: perspectivas analíticas. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 48, p. 101-110, dez. 2013.
- MACHADO, Carlos José Saldanha. Recursos Hídricos e Cidadania no Brasil: limites, alternativas e desafios. *Ambiente e Sociedade*, v. 6, n. 2, p. 121-136, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- MARIZAN, Jason. Duplicative delegations. *Administrative Law Review*, v. 63, n. 2, p. 181-244, 2011.
- MARTINS, Márcio Sampaio Mesquita. *O poder normativo das Agências Reguladoras como instrumento de implementação de políticas públicas*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós-graduação stricto sensu, Faculdade de Direito, Universidade do Ceará, Fortaleza, 2010.
- MAZMANIAN, Daniel; SABATIER, Paul. *Implementation and Public Policy*. Glenview: Scott Foresman, 1983.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107-139.
- PIRES DO RIO, Gisela Aquino. Gestão de Águas: um desafio geoinstitucional. In: OLIVEIRA, Márcio Pinon de *et al.* (org.). *O Brasil, a América Latina e o mundo: espacialidades contemporâneas*. Rio de Janeiro: Lamparina/ANPEGE, 2008. p. 220-236.
- RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State. *Columbia Law Review*, v. 89, n. 3, p. 369-426, 1989.
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. *Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento da ação governamental*. 2012. 234 p. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- SCHWARTZ, Teresa M. Protecting Consumer Health and Safety: the need for coordinated regulation among federal agencies. *George Washington Law Review*, v. 43, n. 4, p. 1031-1-76, 1975.
- SOUZA JÚNIOR, Wilson Cabral de. *Gestão das Águas no Brasil*. Reflexões, diagnósticos e desafios. IEB. São Paulo: Peirópolis, 2004.
- VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão Jurídica da Água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para a atividade regulatória atual. *Revista de Direito Administrativo*, v. 264, p. 13-56, set./dez. 2013.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**“Let the algorithm decide”:** is human dignity at stake?

**“Deixe o algoritmo decidir”:** dignidade humana em risco?

Marcela Mattiuzzo

# “Let the algorithm decide”: is human dignity at stake?\*

## “Deixe o algoritmo decidir”: dignidade humana em risco?

Marcela Mattiuzzo\*\*

### Abstract

The goal of this article is to argue that the debate regarding algorithmic decision-making and its impact on fundamental rights can be better addressed in order to allow for adequate regulatory policies regarding recent technological developments in automation. Through a review of the literature on algorithms and an analysis of Articles 6, IX and 20 of the Brazilian Federal Law n° 13.709/2018 (LGPD) this article concludes that claims that algorithmic decisions are unlawful because of profiling or because they replace human analysis are imprecise and could be better framed. Profiles are nothing more than generalizations, largely accepted in legal systems, and there are many kinds of decisions based on generalizations which algorithms can adequately make with no human intervention. In this context, this article aims at restating the debate about automated decisions and fundamental rights focusing on two main obstacles: (i) the potential for discrimination by algorithmic systems and (ii) accountability of their decision-making processes. Lastly, the arguments put forward are applied to the current case of the covid-19 pandemic to illustrate the challenges ahead.

**Keywords:** Algorithms. Automated decisions. Decision-making. Human rights. Fundamental rights. Human dignity.

### Resumo

O objetivo deste artigo é demonstrar que o debate sobre decisões algorítmicas e seus impactos em direitos fundamentais pode ser melhor colocado a fim de permitir respostas regulatórias adequadas aos desenvolvimentos tecnológicos recentes em automação. Por meio de uma revisão de literatura sobre algoritmos e da análise dos artigos 6º, IX e 20 da Lei Federal n° 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD), o artigo conclui que alegações de que decisões algorítmicas são ilícitas porque se baseiam na criação de perfis (*profiling*) ou porque substituem a análise humana são imprecisas e poderiam ser melhor colocadas. Perfis são apenas generalizações, largamente aceitas em ordenamentos jurídicos em múltiplas situações, e há vários tipos de decisões baseadas em generalizações que podem ser tomadas por algoritmos sem necessidade de análise humana. Nesse contexto, este artigo recoloca o debate sobre decisões automatizadas e direitos fundamentais com foco em dois principais obstáculos: (i) o potencial discriminatório de

\* Recebido em 27/05/2020  
Aprovado em 06/11/2020

\*\* Doutoranda em direito comercial, mestre em direito do estado, com dissertação focada em debates sobre algoritmos, discriminação e políticas públicas, e bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Realizou intercâmbio acadêmico na University of Zurich (Suíça), com estudos focados em direito econômico europeu, e foi visiting researcher na Yale University. Participou do curso da “Escola de Formação” da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), e também dos cursos de “Constituição e Política”, “Metodologia Científica” e “Direito Constitucional” da instituição. Completou o curso jurídico da Escola de Governança da Internet do CGL.br e o curso CopyrightX, oferecido em parceria pela Universidade de Harvard e pelo ITS Rio. É membro do grupo Constituição, Política e Instituições da USP e coordenadora do Núcleo de Direito Concorrencial e Economia Digital da mesma instituição. Foi professora e coordenadora da primeira edição do curso “Proteção de Dados”, organizado pelo Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (Cedes). Foi vencedora do Prêmio Ibrac-Tim de monografias (2014) para artigos de estudantes de graduação, com o texto “Propaganda online e privacidade – o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste”, posteriormente publicado também pela Competition Policy International (CPI).  
E-mail marcela.mattiuzzo@gmail.com

sistemas algorítmicos e (ii) *accountability* em seus processos decisórios. Por fim, os argumentos levantados neste artigo são aplicados ao contexto da atual pandemia de covid-19 para ilustrar os desafios à frente.

**Palavras-chave:** Algoritmos. Decisões automatizadas. Processo decisório. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana.

## 1 Introduction

Decision-making carried out by algorithms is no longer science fiction. Beyond the automation scenario where computers simply execute tasks following detailed instructions given by human programmers, recent developments in artificial intelligence, specifically machine learning, and the emergence of Big Data<sup>1</sup> have made it possible for computers to learn from large databases and “program themselves”. Through advanced software and processors, machines are able to handle extensive data and draw conclusions from it without explicit instructions on what to look for and how, making inferences, spotting correlations and identifying patterns.<sup>2</sup>

This kind of algorithmic systems is now largely applied to problem-solving in the most relevant areas of our individual and social lives: for example, an algorithm may decide whether we get a job or whether we have access to a line of credit. In these situations, algorithms are used to analyze a variety of data from hundreds of thousands – or even millions – of people: all present and past employees of large companies, or all borrowers from a commercial bank, for instance. Based on this data, the algorithm learns to differentiate between top-performing and uncommitted employees, or reliable payers and defaulters, aggregating the identified traits to create profiles of what good employees or good payers look or behave like, and which characteristics they usually have. Then, in reference to these profiles, algorithms analyze new job or credit applicants, thus being a key element in the decision-making process of many companies and financial institutions.

In decision-making, algorithms are but one of the tools available for making predictions, i.e. using information we have to generate information we do not have. They help to infer the probability of given subjects behaving in a specific way, e.g. their chances of paying their bills on time or being a responsible employee, based on the information we feed them. The main advantages they bear is better and faster prediction in many more scenarios at cheaper prices.<sup>3</sup> In making predictions, algorithms commonly use proxies. A proxy refers to a piece of information which is considered to be representative of another piece of information, because it has been observed that those two pieces vary in similar patterns. It becomes useful in scenarios where the main information we are after is hard or even impossible to obtain. For example, one may be able to anticipate the rates of flu infestation based on search queries about flu symptoms, which means that search queries may be a good proxy for the flu. Since observing the real spread of an infectious disease in

<sup>1</sup> As the FTC notes, the essential aspects that define Big Data are volume, velocity, and variety. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Big Data, A Tool for Inclusion or Exclusion? – Understanding the Issues*. p. 1-2, Jan. 2016. Available at: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf>. Access: 1 Mayo 2020. Another fundamental aspect of Big Data worth highlighting is that it renders into data many aspects of the world never quantified before. MAYER-SCHÖNBERGER, V.; CUKIER, K. *The Rise of Big Data: How It's Changing the Way We Think*. Foreign Affairs, v. 92, n. 3, p. 29, Mayo/June, 2013. Available at: [https://www.jstor.org/stable/23526834?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/23526834?seq=1#page_scan_tab_contents). Access: 1 Mayo 2020.

<sup>2</sup> DOMINGOS, P. *Master Algorithm*. Basic Books Inc. New York, 2018. p. xi. Algorithms can be seen as a gender with two main species: systems that are entirely programmed by humans to execute specific and detailed tasks, and artificial intelligence systems (the most striking example being machine learning algorithms), which work in close resemblance with biological neural networks insofar as they learn by observing and experiencing. KNIGHT, W. The Dark Secret at the Heart of AI. *MIT Technology Review*. April 11, 2017. Available at: <https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>. Access: 3 Mayo 2020.

<sup>3</sup> AGRAWAL, A.; GANS, J. and GOLDFARB, A. Prediction Machines: The Simple Economics of Artificial Intelligence. *Harvard Business Press*, p. 24, April 17, 2018.



its early stages is hard for doctors and public health agents, this proxy may be of help for decision-makers. Naturally, this result is essentially probabilistic, since there is no causal relationship between the variables.<sup>4</sup>

There are several examples of this mechanism in place. The recruitment system designed by HireVue, for instance, ranks job candidates based on an analysis of their facial movements, word choice and speaking voice during an interview in front of a camera, and then compares the score with the ones obtained by current well-performing employees. Even though it remains possible for employers to pursue applicants poorly ranked, they mostly rely on the analysis made by the algorithm, since companies with automated hiring processes are ultimately seeking to reduce the costly human scrutiny of the numerous applications they regularly receive.<sup>5</sup>

When it comes to credit, algorithms like the ones used in the newly launched Apple Card are responsible for assessing the level of risk of different applicants and then deciding the credit limit that will be offered in each case. As with recruitment, there is usually no human participation in individual decisions: in search for reduced costs and efficiency, lenders are delegating credit assessment to machine learning systems.<sup>6</sup>

Healthcare is another field where artificial intelligence is thriving. Hundreds of thousands of patient records are fed into machine learning algorithms which then become able to determine, with extreme accuracy, patients' risk of developing certain diseases like diabetes, schizophrenia and cancer<sup>7</sup>, or their chances of dying 24 hours after being hospitalized.<sup>8</sup> These algorithms, also called learners, are used to help doctors in hospitals decide which patients have the most intensive healthcare needs and should get more doctor visits, for instance.<sup>9</sup> Ultimately, this kind of automated system may even replace human judgment altogether: recent research shows that algorithms are as accurate as human doctors in interpreting medical images, which has led policy experts in public health to suggest the possibility of letting algorithms make diagnoses in places that lack specialists.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Mayer-Schönberger & Cukier emphasize that “[c]orrelations let us analyze a phenomenon not by shedding lights on its inner workings but by identifying a useful proxy for it.” MAYER-SCHÖNBERGER, V.; CUKIER, K. *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, Think*. Houghton Mifflin Harcourt, 2013. p. 53.

<sup>5</sup> As explained by Stephen Buranyi, “the idea is that a good prospective employee looks a lot like a good current employee, just not in any way a human interviewer would notice.” BURANYI, S. How to persuade a robot that you should get the job. *The Guardian*. March 4, 2018. Available at: <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/04/robots-screen-candidates-for-jobs-artificial-intelligence>. Access: 1 Mayo 2020. For additional information, see: HARWELL, D. A face-scanning algorithm increasingly decides whether you deserve the job. *The Washington Post*. November 6, 2019. Available at: <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/10/22/ai-hiring-face-scanning-algorithm-increasingly-decides-whether-you-deserve-job/>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>6</sup> NATARAJAN, S.; NASIRIPOUR, S. Viral Tweet About Apple Card Leads to Goldman Sachs Probe. *Bloomberg*. November 9, 2019. Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-11-09/viral-tweet-about-apple-card-leads-to-probe-into-goldman-sachs>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>7</sup> That is the case of Deep Patient, a system created at the Mount Sinai Hospital in New York, trained with a database of over 700,000 patient records. For more information, see: MIOTTO, R.; LI, L.; KIDD, B.; DUDLEY, J. Deep Patient: An Unsupervised Representation to Predict the Future of Patients from the Electronic Health Records. *Scientific Reports* 6, Article n° 26094, 2016. Available at: <https://www.nature.com/articles/srep26094>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>8</sup> Algorithmic systems used in academic medical centers in the United States of America were able to predict, within 24 hours of a patient's hospitalization, their odds of dying, with over 90% accuracy. For more information, see: RAJKOMAR, A.; OREN, E.; CHEN, K. et al. Scalable and accurate deep learning with electronic health records. *npj Digital Medicine* 1, Article n° 18, 2018. Available at: <https://www.nature.com/articles/s41746-018-0029-1>. Access: 4 Mayo 2020. Other examples of similar algorithms can be found in: BURT, A. and VOLCHENBOUM, S. How Health Care Changes When Algorithms Start Making Diagnoses. *Harvard Business Review*, May 08, 2018. Available at: <https://hbr.org/2018/05/how-health-care-changes-when-algorithms-start-making-diagnoses>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>9</sup> That is the case of a system sold by Optum, a UnitedHealth Group-owned service, largely used in hospitals around the United States of America. For more information, see: PAUL, K. Healthcare algorithm used across America has dramatic racial biases. *The Guardian*. October 25, 2019. Available at: <https://www.theguardian.com/society/2019/oct/25/healthcare-algorithm-racial-biases-optum>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>10</sup> Xiaoxuan Liu, from the University Hospitals Birmingham NHS Foundation Trust and the lead author of the study comparing deep learning performance against healthcare professionals, said artificial intelligence systems could be useful in places with no experts to interpret images. DAVIS, N. AI equal with human experts in medical diagnosis, study finds. *The Guardian*. September 24, 2019. Available at: <https://www.theguardian.com/technology/2019/sep/24/ai-equal-with-human-experts-in-medical-diagnosis-study-finds>. Access: 1 Mayo 2020.

The radical changes artificial intelligence entails in healthcare may be a closer reality in Brazil today than ever before. The current coronavirus pandemic has pressured public health systems around the world and resulted in a scenario where there are not enough beds in hospitals for everyone who needs it.<sup>11</sup> Anticipating the possible shortage of Intensive Care Units (ICUs) in Brazil as the virus spreads, healthcare specialists started debating the possibility of using algorithms to decide which patients should occupy the available beds.<sup>12</sup> Among the suggested criteria for establishing priority are the chances of survival or how fast the recovery process will be – which, as seen in the examples above, machine learning algorithms can be extremely precise in predicting.

These developments have naturally raised several concerns regarding their impact on human dignity and human rights. Since algorithms mainly work by making predictions based on proxies and statistics about the behavior of groups of people, some argue that algorithmic decision-making hinders the dignity of individuals, since it fails to consider each person as an individual, rather making inferences and taking them to be part of groups.

This kind of concern has worried specialists and regulators for decades. Lee Bygrave, for instance, analyzed the 1995 European Commission Directive on data protection and noted it was already worried that the registered data-images of persons (their “data-shadow”) are often misleading, and if taken as the sole basis for decisions may “usurp the constitutive authority of the physical self” and deprive individuals of the capacity to influence decision-making processes within public and private institutions.<sup>13-14</sup>

Similarly, a 2017 resolution by the United Nations Human Rights Council noted that, in a context where Big Data and artificial intelligence enable States and business enterprises to make inferences about peoples’ physical and mental characteristics and create detailed personality profiles, “profiling may lead to discrimination or decisions that have the potential to affect the enjoyment of human rights, including economic, social and cultural rights.”<sup>15-16</sup>

Others have concerns beyond the use of statistics and the creation of profiles: they see a violation to human dignity insofar as decisions made by algorithms forego human judgment and delegate important aspects of our lives to machines. Peter Asaro, affiliate scholar at Stanford Law School’s Center for Internet and Society and co-founder of the International Committee for Robot Arms Control, argues that individuals and states have the moral and legal duty not to delegate to any automated process the authority or capability

<sup>11</sup> In March 11<sup>th</sup>, 2020, the World Health Organization declared the situation regarding the spread of the COVID-19 virus a pandemic. The Director-General’s opening remarks at the media briefing that made this assessment public can be found at: WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*. March 11, 2020. Available at: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Access: 1 Mayo 2020. In Italy, the spread has led to a collapse of hospitals in the most affected regions. For more information, see: HOROWITZ, J. and KIRKPATRICK, D. Dip in Italy’s Cases Does Not Come Fast Enough for Swamped Hospitals. *The New York Times*. March 23, 2020. Available at: <https://www.nytimes.com/2020/03/23/world/europe/italy-coronavirus-hospitals.html>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>12</sup> COLLUCCI, C. Algoritmos e inteligência artificial podem ajudar Brasil a decidir sobre leitos de UTI. *Folha de S. Paulo*. March 24, 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/algoritmos-e-inteligencia-artificial-podem-ajudar-brasil-a-decidir-sobre-leitos-de-uti.shtml>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>13</sup> BYGRAVE, L. Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling. *Privacy Law & Policy Reporter*, v. 7, p. 67–76, 2000.

<sup>14</sup> Other work that presents similar concerns include: BROWNSWORD, R. From Erewhon to AlphaGo: for the sake of human dignity, should we destroy the machines? *Law, Innovation and Technology*. V. 9, Issue 1, p. 117-153, 2017. Available at: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17579961.2017.1303927>. Access: July 11, 2020.

<sup>15</sup> UNITED NATIONS. Resolution adopted by the Human Rights Council on 23 March 2017. April 7, 2017. p. 3. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/086/31/PDF/G1708631.pdf?OpenElement>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>16</sup> Likewise, other authors from different fields have pointed towards the risks that algorithms and automation can present to human rights. See: SEEVER, N. Captivating algorithms: Recommender systems as traps. *Journal of Material Culture*. V. 24, Issue 4, p. 421-436, Dec. 2018. Available at: <https://doi.org/10.1177%2F1359183518820366>. Access: July 9, 2020; ROYAKKERS et al. Societal and ethical issues in digitization. *Ethics and Information Technology*. V. 20, March 2018, p. 127-142. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10676-018-9452-x>. Access: July 9, 2020.

to initiate the use of lethal force independently of human analysis in each and every case. Expanding from the military use of automated systems and the fundamental right to life, he further suggests that a similar duty could exist regarding any automated decisions that override human rights, in cases such as arrests and restrictions of movement, surveillance and tracking, deportation, eviction, denial of healthcare and other civil, political, economic, social, and cultural rights.<sup>17-18</sup>

Following a similar line of reasoning as the one presented above, the European General Data Protection Regulation (GDPR), which came into force in May 2018, states a general prohibition of any decision-making based solely on automated processing which significantly affects individuals.<sup>19</sup>

In Brazil, the same concern motivated an intense debate involving the data protection federal law.<sup>20</sup> The initial proposal, approved by Congress in August 2018, stated a right to request human revision of automated decisions, which became the object of disagreement between the Legislative and the Executive. After two attempts by the Executive to override Congress' decision and remove the mandatory participation of humans in the revision process<sup>21</sup>, the Presidential veto finally prevailed, by a margin of one Senator's vote.<sup>22</sup>

The tight score which settled the controversy demonstrates there is still little clarity over how algorithmic systems and automated decision-making should be regulated. To contribute to better policy designs, this article focuses on improving the diagnosis of the issue at hand. More specifically, it aims to address two different but related inquiries: (i) if the use of algorithmic systems in decision-making is indeed harming human dignity, and if so, (ii) whether that is a result of profiling, or rather a problem related to the removal of human judgment from the equation.

In order to achieve such goal, I will aim at repositioning the debate regarding algorithmic decision-making, in order to hopefully help identify the nuances in complex scenarios, and thus improve policy choices on this matter. I intend to contribute to the discussion by demonstrating that some concerns with algorithms are misplaced and should be reframed. In doing so, I intend to answer the question of how exactly human rights, and specifically the fundamental rights established in the Brazilian Constitution, are affected by algorithms in decision-making.

Part II of this article demonstrates algorithms are new decision-making tools that still resemble traditional decision methods in relevant aspects: they operate through inferences, profiles and generalizations, which are long-established and legally valid in most jurisdictions, including the Brazilian legal system, for a myriad of situations. Part II also highlights that, although there are some kinds of decisions that algorithms are unsuited to make – ones that require case-by-case assessment and the exercise of prudence, for instance –, there are several others they could adequately make with no necessary harm to human dignity. Part III goes on to sistematize the debate on algorithms and fundamental rights: it identifies discriminatory misfunction and accountability as two important obstacles in the search for lawful algorithmic decisions, and analyzes the associated regulatory challenges. Part IV recaps the main assertions of this article by means of

<sup>17</sup> ASARO, P. On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making. *International Review of the Red Cross*. V. 94, Issue 886, p. 687709, Jun. 2012. Available at: <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-886-asaro.pdf>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>18</sup> For a broader analysis of Asaro's work in light of his concern for human dignity in automated-weapons systems, see: SHARKEY, A. Autonomous weapons systems, killer robots and human dignity. *Ethics and Information Technology*. V. 21, p. 75-87, 2019. Available at: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10676-018-9494-0>. Access: 10 Jul. 2020.

<sup>19</sup> EUROPEAN UNION. General Data Protection Regulation (Regulation EU 2016/679, May 25, 2018). Article 22.

<sup>20</sup> BRAZIL. Lei Geral de Proteção de Dados (Federal Law n° 13.709, August 14, 2018).

<sup>21</sup> The first attempt was the issue of the Executive Order 869, in December 27, 2018 (known as Medida Provisória in Portuguese, a type of act issued by the Presidency that comes into force immediately but must be confirmed by Congress before officially becoming law, otherwise its effects are reversed), and the second was the Presidential veto to some items of Federal Law n° 13.853/2019, which modified the data protection federal law.

<sup>22</sup> The record of the voting can be found at: CONGRESSO NACIONAL. Votação do dispositivo 24.19.001 - § 3º do art. 20 da Lei n° 13.709, de 14 de agosto de 2018, com a redação dada pelo art. 2º do projeto. October 2, 2019. Available at: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12445/1>. Access: 1 Mayo 2020.

a concrete case analysis: it applies the findings to decision-making scenarios related to the ongoing covid-19 pandemic.

## 2 Striving for individualization and human scrutiny

Algorithmic decision-making is usually questioned by critics for its use of statistics about the behavior of groups of people to create profiles and make decisions, and/or because it often replaces human judgement. This part of the article argues this is not an entirely accurate framing for the problems raised by algorithms. First, profiles are nothing more than generalizations, and decisions based on generalizations are largely accepted in the legal system. Therefore, algorithms cannot be considered unlawful solely for employing the same methodology already used in traditional decision-making mechanisms. Second, when it comes to human analysis, general claims against automated decisions are inaccurate because they disregard the varied nature of situations that need addressing: not every decision related to human rights requires human intervention to be lawfully made. In fact, many of them are already based on generalizations and objective criteria which would be even more efficiently applied if algorithms were in place.

Regarding the first proposition, profiles are no different than generalizations. In a very broad sense, they both can be understood as any practice that associates things, people, or situations on the basis of certain characteristics that we are interested in observing or in taking into consideration. It is equally relevant to observe that generalizations and profiles often make use of proxies. As explained, a proxy is a characteristic inferred from another, given observation of both traits through time and the conclusion that they tend to vary similarly; in other words, the traits are correlated. Because many traits are unobservable, proxies allow us to infer the behavior of an invisible trait by analyzing the behavior of another.

Decisions based on generalizations are incredibly frequent in the legal system. They are, for example, the foundation of any legal statute that establishes minimum age for the performance of certain activities, such as voting, drinking alcoholic beverages or driving a car. When Brazilian law determines that only people over eighteen years old will be allowed to drive, it is assuming that, at this age – and only then –, people become physically and mentally able to safely conduct a motor vehicle – which is surely an assumption disproved in many cases. Even with safeguards in place, like the mandatory education courses and tests that precede the issuance of a driver license, we know that our method is imperfect and will prevent skilled drivers from obtaining a license while allowing less skilled ones to do so. Even if in the aggregate the 18 years-old rule holds true, it certainly does not in all scenarios. For instance, professional kart drivers who are 15 years old are probably more apt to drive a car than their non-kart driver friends who just turned 18.

Generalizations are also the basis for several public policies. When the government organizes flu vaccination campaigns, for example, it establishes risk groups that will be the main – if not the only – target of the immunization effort<sup>23</sup>, even if the highlighted characteristics (such as age, underlying health conditions, pregnancy) do not cover all the possible cases of serious complications and lethality.<sup>24</sup> In profiles and gene-

<sup>23</sup> According to the Brazilian government, the definition of priority groups for immunization campaigns is based on scientific research of mortality rates and other exposure risks regarding the illness in different populations. For more information, see: MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Vacinação contra a gripe: entenda se você faz parte do grupo prioritário*. 3 Mayo 2016. Available at: <http://www.blog.saude.gov.br/alh5s1>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>24</sup> For examples of influenza deaths outside the risk groups, see: MORTES por gripe H1N1 na região têm 33% de vítimas fora do grupo de risco. *G1 Campinas e Região*. May 13, 2016. Available at: <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2016/05/mortes-por-gripe-h1n1-na-regiao-tem-33-de-vitimas-fora-do-grupo-de-risco.html>. Access: 1 Mayo 2020. As pointed by José Geraldo Leite Ribeiro, an epidemiology professor at the Minas Gerais School of Medical Sciences, the risk groups are only patterns of people with greater chances of dying after contracting the H1N1 virus, established in Brazil and around the world by health organizations as a form of optimizing vaccination campaigns, since there are not enough vaccines available for the entire population. It does not mean that people outside the established groups are completely immune to the virus. KIEFER, S. Morte de pessoas fora da faixa de risco acende alerta para o H1N1. *Estado de Minas*. May 27, 2016. Available at: <https://www.em.com.br/app/noticia/>

ralizations currently in place, therefore, some individuals are included and some are excluded, and society accepts that this method for allocating resources is flawed.

But why, then, do we generalize, when we know the result of such generalization is imperfect? Simply put, we face a trade-off between efficiency and accuracy: we live in a world of imperfect information and limited resources where the cost of knowing for sure if a certain citizen is in fact a responsible driver is inestimable, since it would involve extensive assessment of several individual characteristics and behavior for a long period of time. Even then, we would still generalize, for the observed behavior of past conduct is not an infallible indicator of future conduct. In the case of immunization campaigns, the cost of seasonally vaccinating every human being for different types of the flu is considered too high, and even establishing new priority groups would possibly require further information about other risk factors that current research may not have yet discovered. Generalizing is, therefore, one way of turning decision-making possible: it allows us to work with the characteristics we can observe (age, approval in a test, chronic diseases etc.) and infer the information we do not access (responsibility in driving a car, risk of flu complications etc.).

On the background of concerns about profiling, there seems to be a belief that individualization is more accurate and thus always a superior form of assessment. This, however, is an assumption that should be revisited. Frederick Schauer points that this understanding is often misguided because the process by which one reaches an individualized decision is usually flawed. We often lose sight of the fact that much of what we consider to be individualized decision-making is in fact based on generalizations from past experiences. He concludes that our preference for this kind of decision-making is based on two mistakes:

an overconfidence in the empirical reliability and even the very directness of direct evidence, and an underappreciation of the essential continuity between so-called indirect or statistical evidence and evidence that on its face appears to be more individualized and thus less statistical.<sup>25</sup>

This means that, if we were to designate a public servant to individually analyze each and every citizen interested in obtaining a driver's license, with no reference to minimum age, she would still base the decision in proxies and generalizations, referring to her own understanding of what being a good driver is, based on characteristics she perceives in drivers she has known during her life. Healthcare is another example, since most individual diagnoses are based on the association of the observed symptoms with the most common illnesses for that kind of patient (age, gender etc.) in that time and location (city, climate etc.). Even when doctors resort to specific and thorough exams to fully understand the situation of that single person, they still request an exam based on the probability of that individual having a certain type of disease or complication.

If individualization was indeed always possible and if it was not riddled with the defects pointed out by Schauer, it could be advantageous to rethink and maybe expand its use in decision-making. However, because it is not (and cannot be at present circumstances), generalizing is a valid form of decision-making in many contexts. Society understands and accepts the necessity to use proxies and make inferences and generalizations, enduring a lesser degree of accuracy in a great many situations in order to turn decision-making into a feasible effort.

Bringing the debate to algorithmic decision-making, if we understand generalizations are common and tolerated by the legal system, we must admit the problem with algorithms cannot be the simple act of generalizing. Claiming algorithms fail to account for the dignity of human beings because they use proxies and make inferences based on groups of individuals is an argument that requires further enrichment: it is necessary to identify in which cases generalizations through algorithms pose a problem to the legal system, and why.

The first kind of situation in which the use of algorithms and profiling is unlawful is actually a scenario

---

gerais/2016/05/27/interna\_gerais,766671/alerta-fora-do-grupo-de-risco.shtml. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>25</sup> SCHAUER, F. *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Belknap Press. April, 2016. p. 106.

where any kind of generalization is unlawful – be it human-made or algorithmically generated. Whenever the Constitution bans inferences and demands decision based on direct evidence of specific individual behavior, algorithms are clearly unsuited, since they work with proxies and information of groups of people.

The most evident case is criminal law, where individual assessment of illegal conduct is mandatory. Many jurisdictions, including Brazil, forbid a person from being judged by someone else's crimes<sup>26</sup>, demanding a ruling according to the person's own actions or omissions in concrete cases, and not according to profiles or proxies. In these legal systems, generalization and the efficiency that may derive from it in public security policies face the limitations imposed by fundamental rights: due to the seriousness of sanctions (great restrictions to the freedom of movement), the degree of accuracy required is extremely high. Therefore, it is deemed illegal to send someone to prison based on the notion that the family to which that specific person pertains has committed crimes in the past, even if that person has never been involved in any act of the sort. It is also illegal to abstain from imprisoning someone who has committed a crime because they belong to a group deemed less prone to such actions.

That is one of the problems with the use of profiling algorithms by the police, for example. Law enforcement authorities in many cities in the United States have used “predictive policing” algorithms to create a map of the most likely places to have criminal occurrences<sup>27</sup> or a list of the people most likely to commit crimes. Therefore, a person may be a more frequent target of police frisk because she lives in a “dangerous” neighborhood or because she is friends with people with prior criminal history<sup>28</sup>, which poses a challenge to fundamental rights. It is crucial to note that, in these situations, human generalizations were a problem long before algorithmic systems were in place: empirical research shows that police officers have a longstanding practice of selecting targets for intensive action based on common traits they perceive among criminals during their time in the police force, thus using profiles to focus scrutiny.<sup>29</sup> As pointed by Andrew Ferguson, “while these predictive technologies are excitingly new, the concerns underlying them remain frustratingly old-fashioned”.<sup>30</sup> Recognizing that, in some fields, generalization is not suitable as a tool for decision-making is also admitting that algorithms should not be employed in those same fields.

The second kind of situation in which the use of algorithms is unlawful is every scenario that demands the exercise of judgment or prudence, i.e. perceiving the nuances of specific situations and being able to evaluate pros and cons, interpret and balance values or provide adequate responses to situations based on ethical or moral assessments. One of the most striking examples is precisely the one highlighted by Peter Asaro: warfare. Determinations of whether one should enter diplomatic negotiations with an opponent or initiate a war, or whether a few thousand soldiers should be sent to their deaths in order to save hundreds of thousands of others, are some scenarios where political, ethical and moral dilemmas impose themselves on decision-making.

However, the exercise of judgment is not restricted to those extreme situations. In routine judicial activity, judges are required to interpret open-ended concepts and legal provisions which often involve values. For instance, the Brazilian Criminal Code establishes that, if a crime is committed by any heinous or cruel

<sup>26</sup> BRAZIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Article 5º, XLV.

<sup>27</sup> PredPol, for example, is a startup in California specialized in making these kinds of maps. For more information, see: HUET, E. Server And Protect: Predictive Policing Firm PredPol Promises To Map Crime Before It Happens. *Forbes*. February 11, 2015. Available at: <https://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2015/02/11/predpol-predictive-policing/#229530d34f9b>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>28</sup> That is the case of an algorithm used by the Chicago Police Department. For details on how it works, see: FERGUSON, A. *The rise of big data policing: surveillance, race, and the future of law enforcement*. New York: New York University Press, 2017. p. 47.

<sup>29</sup> SINHORETTO, J. et al. A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: LIMA, C.; BAPTISTA, G.; FIGUEIREDO, I. (org.). *Segurança Pública e Direitos Humanos: Temas Transversais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 133. Coleção Pensando a Segurança Pública. v. 5. A study of this practice in the United States of America can be found in: HARRIS, D. U.S. experiences with racial and ethnic profiling: history, current issues, and the future. *Critical Criminology*. V. 14, Issue 3, p. 213–239, Sep. 2006.

<sup>30</sup> FERGUSON, A. *The rise of big data policing: surveillance, race, and the future of law enforcement*. New York: New York University Press, 2017. p. 44.

means, the sentence must be aggravated.<sup>31</sup> Evidently, the application of that rule requires interpretation of values related to what is considered cruel. While law can take the form of predictable ex ante instructions for behavior, it can also take the form of standards, which demand ex post judgments that should tailor an outcome to facts, and demand decision-makers to articulate their choices.<sup>32</sup>

In healthcare, similarly, the need for analysis of pros and cons and interpretation of values and ethical principles is evident. Whenever a doctor has to advise a patient about the possibility of an experimental and risky treatment for an illness, or whenever clinical trials, which must observe bioethical guidelines<sup>33</sup>, are submitted for approval, judgment and prudence are exercised. In these cases, the decision should not be solely left to algorithms of any kind, since they are not able to make the required evaluations. Machine learning has enabled computers to learn patterns, but not to criticize patterns according to an order of values, much less to make decisions based on an appraisal of what is right or wrong.

Currently, programming algorithms to exercise judgment is far beyond the reach of technology: we are unable to teach machines how to reach a fair decision.<sup>34</sup> In a recent study, Sandra Wachter, Brent Mittelstadt and Chris Russell analyzed jurisprudence from the European Court of Justice and national courts in the European Union and demonstrated that the assessment of discrimination cases is far too contextual to be standardized for automated application by algorithms. European courts lack well-defined patterns for illegal disparity which would hold across different cases. According to the authors, “fairness is defined by judicial intuition, not statistics”, which in turn makes it nearly impossible to automate fairness and non-discrimination.<sup>35</sup>

Not surprisingly, the discussions of ethics and algorithms often focus not on “teaching” algorithms values, but on erecting barriers to prevent them from taking certain actions: we either program the fair decision into their systems or we exclude that decision from their purview.<sup>36</sup> Once we understand algorithms are not actually “intelligent”, nor do they provide answers for each and every question that has long haunted humanity, we are able to identify situations where the use of algorithms in decision-making pose a problem to the legal system: whenever judgement or prudence are considered necessary.

That is one of the problems with some uses of algorithms in judicial matters. Around the world and also in Brazil, there have been many applications of artificial intelligence in the judicial process aiming at reducing costs and making court proceedings faster. For instance, in Pernambuco, a system called Elis lear-

<sup>31</sup> BRAZIL. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, December 7, 1940). Article 61, II, d).

<sup>32</sup> CITRON, D. Technological Due Process. *Washington University Law Review*. V. 85, Issue 6, p. 1303, 2008. Available at: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol85/iss6/2](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss6/2). Access: 1 Mayo 2020.

<sup>33</sup> The Resolution nº 466/2012 from the National Board of Health (in Portuguese, Conselho Nacional de Saúde) regulates research on humans and establishes in section III.1, for instance, the need for “social relevance” and “balance between risks and benefits”. Institutions which conduct research involving humans must also have an ethics committee to approve and supervise the studies. For more information, see: CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Manual operacional para comitês de ética em pesquisa*. 4. ed. Brasília: Ed. Ministério da Saúde, 2008. Available at: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual\\_operacional\\_comites\\_pesquisa\\_4ed.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_operacional_comites_pesquisa_4ed.pdf). Access: 1 Mayo 2020.

<sup>34</sup> In the context of military use of automated systems, there are researchers who investigate the possibility of embedding ethical analysis in algorithms from the onset (and not as a post hoc activity) to make war machines respect the principles established in international treaties (e.g. the Geneva Conventions). For an example, see: ARKIN, R.; ULAM, P.; WAGNER, A. Moral Decision-making in Autonomous Systems: Enforcement, Moral Emotions, Dignity, Trust and Deception. *Proceedings of the IEEE*. V. 100, Issue 3, p. 571-589, Mar. 2012. Suffice to say there is still no evidence of that goal being achieved, and the majority of researchers argue it most likely will not be accomplished through current technology.

<sup>35</sup> According to the authors, definitions regarding who can be considered part of a disadvantaged group and the severity and type of harm suffered, for example, require judges to make normative and political choices on a case-by-case basis. WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; RUSSELL, C. *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI*. March 3, 2020. Available at <https://ssrn.com/abstract=3547922>. Access: 1 Mayo 2020. p. 44, 64-65.

<sup>36</sup> INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS; THE UNITED NATIONS GLOBAL PULSE. *Building Ethics into Privacy Frameworks for Big Data and AI*. October 2018. Available at: [https://iapp.org/media/pdf/resource\\_center/BUILDING-ETHICS-INTO-PRIVACY-FRAMEWORKS-FOR-BIG-DATA-AND-AI-UN-Global-Pulse-IAPP.pdf](https://iapp.org/media/pdf/resource_center/BUILDING-ETHICS-INTO-PRIVACY-FRAMEWORKS-FOR-BIG-DATA-AND-AI-UN-Global-Pulse-IAPP.pdf). Access: 1 Mayo 2020.

ned from a database of more than four hundred thousand previous disputes and now decides which tax execution cases were initiated within the limitation period and correctly follow procedural rules, being able to move forward for trial.<sup>37</sup> This use of Elis seems appropriate not only because what the program analyzes is a clearly and lawfully defined concept – the rules of proceedings and the limitation period – but also because it is not responsible for trial itself, it simply helps judges more speedily analyze one aspect of decision-making. But in the United States of America, algorithmic systems have also been used for sentencing in criminal cases: the Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions, or COMPAS, a tool developed by the company Northpointe (later renamed Equivant) and adopted by the justice system in states such as Florida and Wisconsin, was used to aggravate the sentence of defendants who were considered by the algorithm more prone to committing future violent crimes.<sup>38</sup>

Giving algorithms the power to determine legal decisions means we are removing judgement and prudence from the decision process, which can pose a problem related to the application of legal standards and values – which are especially crucial in criminal sentencing. As Danielle Citron puts it, “The emergence of automation threatens to overwhelm this debate by giving rules a huge, and often decisive, advantage on the basis of cost and convenience rather than the desirability of the substantive results they produce.”<sup>39</sup>

The necessary conclusion is that algorithms are extremely useful tools that must be used without losing sight of their limitations. The same way using a hammer to cut paper will likely be ineffective, using algorithms to determine what is “fair” is doomed to failure, or at the very least will yield suboptimal results.

Differentiating between problems is crucial, since it allows us to more accurately address the concerns raised by authors like Peter Asaro. Given the intrinsic limitations in current technology relating to judgement and prudence, decisions regarding the use of lethal force cannot be delegated to algorithms without impairing the enforcement of principles and values established in domestic legislation and international treaties, since automated systems are not able to judge situations according to those standards. However, that does not mean algorithmic systems are unable to decide in every situation that involves fundamental rights, like suggested by Asaro.

With that in mind, we have so far established two scenarios where algorithms are inadequate: whenever generalizations are forbidden or whenever prudence is required. To highlight that difference, it is worth noting that there are several situations where fundamental rights are lawfully restricted through decisions based on generalizations with no examination of values or principles. For instance, in Brazil, a person who suffers from a chronic disease for which the treatment is an expensive medication to be used on a regular basis can resort to the public health system (in Portuguese, Sistema Único de Saúde, or SUS). The system imposes several criteria for the supply of this kind of medication: a standardized medical report needs to be filled and clinical protocols and therapeutic directives previously established by the Ministry of Health for the disease need to be observed. The required medication also needs to be listed in the national catalog of essential pharmaceuticals.<sup>40</sup>

Now imagine that the government decides to automate this process. Automation involves nothing more

<sup>37</sup> It remains possible for judges to review the decision made by the algorithm. FERREIRA, F. Inteligência artificial atua como juiz, muda estratégia de advogado e ‘promove’ estagiário. *Folha de S. Paulo*. March 10, 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/inteligencia-artificial-atua-como-juiz-muda-estrategia-de-advogado-e-promove-estagiario.shtml>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>38</sup> ANGWIN, J.; LARSON, J.; MATTU, S.; KIRCHNER, L. Machine Bias. *ProPublica*, May 23, 2016. Available at: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>39</sup> CITRON, D. Technological Due Process. *Washington University Law Review*. V. 85, Issue 6, p. 1303, 2008. Available at: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol85/iss6/2](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss6/2). Access: 1 Mayo 2020.

<sup>40</sup> The requirements that need to be observed by applicants are discriminated under the Specialized Component of Pharmaceutical Assistance (Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, or CEAf, in Portuguese) established in regulations from the Ministry of Health (Portaria de Consolidação nº 2/GM/MS, enacted in September 28, 2017). The clinical protocols and therapeutic directives have standards for diagnosis, eligibility of patients and specific procedures to be observed in the use of pharmaceuticals for treatment.



than turning the already existing criteria applicable by an algorithm. If generalizations existed before, they will remain there and not be novel. The main concern in this case, apparently, is not with the criteria used by the government, because they were already well-established in legislation. The question is making sure the algorithm correctly applies the criteria to specific real-case requests.

It must be said that the establishment of generalizations in the case of access to pharmaceuticals is subject to a longstanding debate. Case law throughout the country understands that everyone should have their medical needs fully contemplated by public policy, given that the right to health is set forth in the Brazilian Constitution, and therefore the establishment of generalizations through which some may be excluded from specific kinds of treatment would be unlawful. In May 2019, the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal, or STF, in Portuguese) ruled that medicines not registered before the National Agency for Sanitary Vigilance (in Portuguese, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, or ANVISA) for rare and ultrarare diseases must still be supplied by the public health system for those who need it. The decision undermines the criteria established in ANVISA's current regulation, which determines special proceedings for registration of such medications, including the establishment of a price limit. The debate is still open, as other cases on similar matters await ruling by the Supreme Court.<sup>41</sup>

The STF's reasoning is useful as an indicator of a third kind of situation where algorithms could pose a problem to the legal system: again, like the first scenario, the problem is not with algorithms themselves, but with generalizations and the exclusion that results from it. In this case, the issue is not that individual or ethical assessment is required, but rather that the exclusion of anyone from the enjoyment of a given right can in itself be a legal violation. As ruled by the STF, people who suffer from rare and ultrarare diseases have the right to access medication despite the general requirements established by ANVISA. Regardless of whether we agree with this line of thought, the relevant conclusion to this article is that the debate is prior to the emergence of automation, and is therefore a problem regarding generalizations and not algorithms.

A tentative answer to the question set forth in this section – whether algorithms present a problem because they decide based on generalizations and forgo human judgement – would therefore go in the lines of arguing algorithmic decision-making will certainly be a problem if it delegates value-based decisions to machines, given that the substance of such decisions is not something these systems are well-suited to handle. It will not be a problem in itself, however, if it automatizes generalizations already accepted and carried out by society before. As stated, there are several decisions regarding public health currently made by the use of proxies and generalizations. Therefore, the employment of algorithms in these fields is not always a problem and can actually make our decision-making process better.

Simply stating that algorithms violate human dignity because they lack human participation is imprecise. The problem is not with algorithms themselves, but with the question of how we want to deal with certain situations: do we allow generalizations in order to obtain efficiency, or do we think the situation demands an individualized assessment of concrete cases? Do we want the decision to be based on objective and detailed criteria, or do we want there to be room for judgment and principle-based decisions? If we opt for objective criteria and proxies, leaving human judgment aside can actually be better for the outcome.

Establishing that the problem with algorithmic decision-making is not simply that it is based on profiling or that it excludes human judgment does not mean that algorithms pose no challenges. Saying that profiling is allowed in several cases is not saying that every profile established by every automated system is admissible. Profiling through algorithms can entail different problems than other forms of profiling. These problems will be the subject of the next section of this article.

<sup>41</sup> The decision was made in the Extraordinary Appeal (in Portuguese, Recurso Extraordinário) n° 657.718, in May 22, 2019 (reporting Justice: Marco Aurélio). It undermines the current proceedings established by Anvisa in Resolution RDC n° 205, issued in December 28, 2017. The other cases on similar matters pending ruling by the Supreme Court are the Extraordinary Appeal n° 566.471 (reporting Justice: Marco Aurélio), where the discussion is about the obligation of the state to provide high-cost medication, and the Extraordinary Appeal n° 1.165.959 (reporting Justice: Marco Aurélio), which discusses the obligation to provide unregistered medication.

### 3 Discrimination and accountability

A large group of decisions fall outside the scope of value-based decision-making and have been subjected to generalizations long before algorithms were applied to them. In this context, if the use of algorithms is not in itself a problem, it is also not entirely devoid of concerns. This section highlights two important issues related to automated decisions: (i) algorithmic systems' misfunctions that result in discrimination and (ii) accountability of the decision-making process. It also analyzes the impact of the identified concerns on regulatory efforts.

The legal issues that may emerge out of algorithmic decision-making and that have received the most attention from academics so far are connected to the mechanics and functioning of the algorithmic system.<sup>42</sup> In these scenarios what is questionable is the model, the dataset, or the methods by which inferences are drawn from the combination of algorithm and data, which in turn may lead to biases.

There can be mistakes in the data that is captured or used by the algorithmic system – incorrect or outdated data are the most common sources of problems. For instance, if the patient records fed into an algorithm used for diagnostic purposes were incorrectly filed by doctors, the analyses produced by the algorithm would likely be wrong. There can also be errors in the algorithm itself, which include faulty coding, unintentional failures to account for part of the database, and so on. If the algorithm used for diagnosis was wrongly programmed to dismiss instead of flag signs of tumors, for example, the results would naturally be unreliable. When the algorithm somehow ignores data due to an engineering mistake, such as failure to include relevant information in its analysis, unsoundness arises.

The algorithm may also rely on biased samples: the data is not outdated or incorrect, but rather the dataset as a whole is somehow compromised, be it because it misrepresents the intended population, or because the algorithm is programmed to select only part of the dataset, thus generating questionable results.

Algorithms designed for recruitment are clearly subject to this risk. If a tech firm creates an algorithm aimed at choosing suitable candidates for a data scientist position, and that algorithm is programmed to look for people whose profiles are similar to those already hired by the firm, it will likely give enormous preference to men instead of women. The algorithm itself is not mistakenly programmed, nor is the data available “wrong”, for it accurately depicts the staff of that company. But the sample is biased, for there are more men than women in data science jobs. Even though women are no less suited for these positions, the fact that current employees are mostly male taints the sample and leads to an undesired result.

This problem is particularly cumbersome when dealing with machine learning algorithms, for in this case the dataset is not merely an input, it is also what trains the program and allows for the creation or modification of the algorithm, which means distortions may be multiplied at each iteration. This type of failure can be hard to identify, for the issue lays in the target variable selected by the algorithmic system, which for an outside observer can be extremely laborious to recognize.

An illustration of this issue can be found in the controversy surrounding the already mentioned Apple Card in the United States of America – the credit card offered by a joint venture between Apple and Goldman Sachs –, which became target of an investigation by the New York's Department of Financial Services regarding gender bias.<sup>43</sup> Women who apply for the card are supposedly being offered less credit than men in the same economic and financial situation, and although Goldman Sachs has stated that its algorithm

<sup>42</sup> See, for example, BAROCAS, S.; SELBST, A. Big Data's Disparate Impact. *California Law Review*. V. 104, n. 3, p. 671-732, Jun. 2016. Available at: <http://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2016/06/2Barocas-Selbst.pdf>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>43</sup> NATARAJAN, S.; NASIRIPOUR, S. Viral Tweet About Apple Card Leads to Goldman Sachs Probe. *Bloomberg*. November 9, 2019. Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-11-09/viral-tweet-about-apple-card-leads-to-probe-into-goldman-sachs>. Access: 1 Mayo 2020.

does not factor gender into its decision<sup>44</sup>, it remains possible that, given the historically unequal access to the banking system, the learner algorithm concluded by itself from the data it was trained with that women should be given less credit than men and used proxies to discover the gender of each applicant.<sup>45</sup>

Issues may equally arise when the algorithm stumbles upon a misleading correlation. In this case, the model works well, both in terms of the dataset and the algorithm, and there are no inherent biases in the data, but the careless use of correlations leads to misclassification. It is worth noting that this use of an algorithmic system does not reproduce a bias, it simply ignores some of the characteristics of a given person, usually because those characteristics are not available in the database, and takes the characteristics that are available as the complete picture. More often than not, this results in people being included in categories they do not belong to or that do not accurately describe them, which may have significant impact in the exercise of their fundamental rights.

That seems to be the problem with an algorithm largely used in hospitals within the United States of America to help doctors decide which patients have the most need for intensive healthcare. Recent studies have suggested that the system sold by Optum, a UnitedHealth Group-owned service, uses – as a proxy for a patient’s medical needs – the patient’s past medical expenses. The assumption is that these two variables walk hand-in-hand, and the more the patient has spent on medical care in the past, the higher the likelihood of her needing further medical attention in the future. But because of social inequalities, black people in the US have overall lower health spending than white people with similar health conditions, meaning the proxy is not well-suited for the intended purposes in case of this population and leads to a misleading correlation, which in turn leads the algorithm to flag healthier white patients for extra assistance over sicker black patients.<sup>46</sup> This is a typical case of an algorithm that was not at all intended to reproduce or create biases, but that, because of the potential limitations of the proxy chosen to generate results, could lead to unwanted discrimination.

The goal of this article is not to delve deeper into the specifics of how algorithms may lead to biases by way of faulty data collection, mistakes in training data and so forth,<sup>47</sup> but rather to claim that, although there are situations where profiling or algorithms replacing humans in decision-making constitute a problem per se, there are several other scenarios where the issue is not precisely defined by the general statement put forth by some critics of algorithmic systems. They are better stated as a problem of discrimination, i.e. a violation of the right to equality, resulting from a failure in the profiles created, which once addressed would allow the algorithm to soundly operate. As a result of the errors in the use of the algorithm, black people may get less access to healthcare, women may be offered less high-qualified jobs, and so on.

One aspect that must be highlighted is that, in Brazil, this violation to the fundamental right to equality is present both in the case of an algorithm used by the public health system for medical diagnosis – i.e.

---

<sup>44</sup> The bank’s statement regarding the controversy can be found in the company’s Twitter account. GOLDMAN SACHS BANK SUPPORT. We hear you #AppleCard. Twitter: @gsbanksupport. Available at: <https://twitter.com/gsbanksupport/status/1194022629419704320>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>45</sup> As noted by Alisha Gupta in *The New York Times*, until 1975, single, divorced or widowed women in the United States of America needed a man to co-sign their credit card applications, and it was not until 2013 that the Consumer Financial Protection Bureau urged banks and credit card issuers to consider shared incomes in the applications of stay-at-home spouses. GUPTA, A. Are Algorithms Sexist? *The New York Times*. November 15, 2019. Available at: <https://www.nytimes.com/2019/11/15/us/apple-card-goldman-sachs.html>. Access: 1 Mayo 2020. Will Knight wrote on *Wired* that a “gender-blind algorithm could end up biased against women as long as it’s drawing on any input or inputs that happen to correlate with gender”. For instance, where a person shops might be a proxy of their gender. KNIGHT, W. The Apple Card Didn’t ‘See’ Gender — and That’s the Problem. *Wired*. November 19, 2019. Available at: <https://www.wired.com/story/the-apple-card-didnt-see-genderand-thats-the-problem/>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>46</sup> OBERMEYER, Z.; POWERS, B.; VOGELI, C.; MULLAINATHAN, S. Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations. *Science*. v. 366, Issue 6464, p. 447-453, Oct. 25, 2019. Available at: <https://science.sciencemag.org/content/366/6464/447>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>47</sup> Other authors are working on uncovering these new problems. For an example, see: KROLL, J. et al. Accountable Algorithms. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 165, Issue 3, 2017. Available at: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol165/iss3/3/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol165/iss3/3/). Access: 3 Mayo 2020.

public-private relations – and in the case of a recruitment algorithm used by a private company – i.e. private relations. Unlike other jurisdictions<sup>48</sup>, the Brazilian legal system recognizes that the fundamental rights set forth in the Constitution directly apply to horizontal relations: the STF has repeatedly decided in favor of the applicability of such rights to private relations.<sup>49</sup> For instance, in 1996, a ruling by the STF obligated a French multinational company in Brazil to equally apply its internal regulations to all employees (including benefits), regardless of nationality, in light of the prohibition to discrimination which runs from the fundamental right to equality.<sup>50</sup> Fundamental rights immediately confer individuals rights against other individuals – which is an important statement given that, as illustrated, threats to fundamental rights in algorithmic decision-making often emerge from interaction among private parties.

While human decision-making has long been the subject of extensive research regarding biases<sup>51</sup>, we are still unveiling the discriminatory outcomes and other problems related to algorithmic decisions. Many of the aforementioned discriminatory results in the context of automation have already been recognized in human decision-making long before algorithms were in operation: gender bias in hiring policies is not novel, nor is the fact that the criminal justice system is biased against black people in many jurisdictions. Therefore, the mechanisms to deal with human biases are more developed when compared to solutions in automated systems. In the legal justice system, for example, one of the methods designed to contain the harmful effects of distortions in human judgement are courts of appeal, which give the parties a chance to review and correct any mistakes that the judge might have made. Similar safety mechanisms for algorithmic decision-making have yet to be devised.

As already pointed, the way we state our concerns has a direct impact on policy design. If we believe the main problem with algorithms relates to the absence of human scrutiny, we will consequently set up regulations banning most automated decisions or requiring each and every automated result to be reviewed by human beings. That seems to be what the European Union's Regulation n. 2016/679, commonly referred to as the General Data Protection Regulation (GDPR)<sup>52</sup>, chose to do: in Article 22, it states that individuals have a right not to be subject to a decision based solely on automated processing whenever such decision has legal effects regarding those individuals or similarly significantly affects him or her. It is not difficult to conclude that most decisions indeed have legal effects upon someone or affect that person in some significant way, which means that the European regulation in practice establishes an ex ante ban on many instances of algorithmic use. There are exceptions: (a) if the automated decision is necessary for a contract between

<sup>48</sup> The prevailing understanding of comparative constitutional law is that, in the United States of America, fundamental rights protections are not applicable to private relations. In the words of Mark Tushnet, “standard U.S. constitutional doctrine is that constitutional provisions do not have horizontal effect”. TUSHNET, M. The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*. V. 1, Issue 1, p. 81, Jan. 2003. Available at: <https://academic.oup.com/icon/article/1/1/79/671955>. Access: 1 Mayo 2020. However, there are several exceptions under the “state action doctrine” that allow the application of fundamentally established values to some private scenarios. For a study on those exceptions, see: GARDBAUM, S. The ‘Horizontal Effect’ of Constitutional Rights. *Michigan Law Review*, v. 102, 2003. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=437440](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=437440). Access: 1 Mayo 2020.

<sup>49</sup> Paula Gorzoni investigated the STF cases where horizontal applicability of fundamental rights was expressly debated and concluded that the Court often recognizes fundamental rights in private relations. GORZONI, P. *Supremo Tribunal Federal e a Vinculação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. 2007. p. 7-11. Available at: <http://www.sbdp.org.br/publication/supremo-tribunal-federal-e-a-vinculacao-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-entre-particulares/>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>50</sup> Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Data do acórdão: 29 de outubro de 1996.

<sup>51</sup> As noted by Ricardo Horta, the question of how to ensure democratic control of judicial decision-making is relatively old in the legal debate, and many empirical studies have already showed how humans are influenced by gender, race, politics and many other factors that go way beyond the established rational parameters of legal decision-making. HORTA, R. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. V. 9, nº 3, Dec. 2019. Available at: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6089/pdf>. Access: 3 Mayo 2020.

<sup>52</sup> It must be highlighted that the European GDPR and the Brazilian LGPD are legislations that discipline the use of personal data: they do not regulate the use of algorithms in general. Regardless, they are relevant as legal landmarks for the debate carried out in this article, since the most significant uses of algorithms involve personal data. Therefore, the rules brought about by those statutes are largely applicable in algorithmic decision-making.

the individual and the decision-maker; (b) if it is authorized by law, as long as there are safeguards protecting the individual's rights and legitimate interests; or (c) if the individual explicitly consented to the decision process. Even in cases (a) and (c), the GDPR ensures a right to obtain human revision of the outcome.

Since there are multiple situations where algorithmic decision-making is not a problem in itself, as exemplified in Part II of this article, the general prohibition of automated decisions adopted by the GDPR will likely create an unnecessary obstacle to efficiency, without always guaranteeing greater protection for individuals. For instance, if a company wishes to use an algorithm to speed up its recruitment process and analyze thousands of résumés received to select the ones that fulfill minimum requirements (such as level of education and years of experience)<sup>53</sup>, it will need a specific legal authorization to do so. In other words, the premise is that automation is not allowed, and it can only be carried out exceptionally. This solution undermines the efficiency gains, which were the goal of the automation in the first place, and does not address the real problem, that is, the lack of clarity and transparency in hiring policies.

Likewise, if the European rationale was applied to the example of public funding of medication in Brazil, and a decision was made for an algorithm to replace humans in the operation of the established legal criteria, a law would have to specifically authorize such automation, even though the algorithm in question would only apply the already sanctioned rules.

The striking misconception here is that efficiency is sacrificed with no guaranteed win to equality or any other fundamental right. The main issue with algorithms identified by the GDPR is the risk of discrimination, which is certainly a noble and justifiable goal. But such risk does not cease with the simple recourse to human scrutiny of each individual decision, and could be better addressed through different measures without impairment of the efficiency gained with automation.

A better policy choice seems to have been made in Brazil, with the enactment of the Federal Law n. 13,709/2018 (in Portuguese, *Lei Geral de Proteção de Dados*, or LGPD). In Article 6, IX, it states a general prohibition of illicit or abusive discrimination – regardless of whether it is a result of automation or any other kind of decision-making. Because the law only prohibits discriminatory behavior that results in illicit or abusive conduct, it also tacitly allows discriminatory conduct that does not lead to such results. Furthermore, Article 20, which was inspired by the GDPR, sets forth a right to revision of fully automated decisions that affect one's interests, but establishes no *ex ante* ban, or a requirement that such revision be made by a human. Thus, it appears that a scrutiny of the programming itself would suffice for compliance purposes.<sup>54</sup> Clear information about the decision process and the criteria applied by the algorithm should be provided whenever required, and if that information cannot be shared due to commercial or industrial secrecy reasons, a specialized government agency has the power to audit the algorithm in order to verify any discriminatory outcomes.

Insofar as the LGPD does not create a general ban on automation, it recognizes the possibility that discrimination may take place lawfully and plans to address it through a specialized audit of the algorithm<sup>55</sup>, which presents an opportunity to target the problem more accurately than the European regulation. Better than generally forbidding automated decisions is guaranteeing the decision process is understandable and explainable and can be audited by authorities in order to eliminate biases and reduce failures.

This regulatory solution connects with another set of problems in algorithmic decision-making: in face of the possibly faulty nature of algorithms, identifying and correcting the flaw in concrete cases can be hard. In order for someone to verify if the algorithm is working properly, what automation must ensure is some

<sup>53</sup> Many companies use applicant-tracking systems for recruitment and hiring that tend to reject up to 75% of CVs before any human sees them. HOW an algorithm may decide your career. *The Economist*. June 21, 2018. Available at: <https://www.economist.com/business/2018/06/21/how-an-algorithm-may-decide-your-career>. Access: 3 Mayo 2020.

<sup>54</sup> Since the legislation is very recent, the way courts will interpret and enforce the mentioned legal provisions is still an open question.

<sup>55</sup> The state authority in charge of implementing the federal legislation and conducting the referred audit is yet to be created.

form of transparency or accountability – which is specially challenging when machine learning is involved, since learner algorithms identify correlations beyond human understanding and ultimately program themselves. The case of Deep Patient, the algorithm used at Mount Sinai Hospital in New York to determine patients’ risk of developing certain diseases, illustrates this scenario. It anticipated the onset of psychiatric disorders notoriously difficult for doctors to predict, but the designers of the algorithm had no clue how it was able to do that, which severely impairs treatment efforts. As Will Knight wrote, “as the technology advances, we might soon cross some threshold beyond which using AI requires a leap of faith”.<sup>56</sup>

Most of today’s machine learning uses neural networks to execute decision-making, which can be extremely difficult for non-trained humans to understand. In these cases, transparency is not enough, and thus the literature has been focusing on the concept of explainability as a potential substitute. As Doshi-Velez et al. put it, the idea of explanation or explainability in decision-making refers to the reasons or justifications behind a particular outcome, rather than a general description of the decision-making process. Therefore, what they consider to be an explanation is a “human-interpretable description of the process by which a decision-maker took a particular set of inputs and reached a particular conclusion”, which is different than transparency, for being able to understand the process by which a decision was made is not the same as knowing every step taken to reach it.<sup>57</sup>

Many jurisdictions already impose an obligation of transparency and explainability upon government decisions. The Brazilian Constitution states in Article 37 that the public administration must follow the principle of publicity, and the Federal Administrative Procedure Act (Federal Law n. 9,784/1999) states that all decisions by public agents must clarify its motivations and ensure that the individuals affected are able to contest the rulings. As to the Judiciary, Article 93, IX of the Brazilian Constitution requires all rulings and their reasonings to be public. Given these requirements, the use of algorithms by the State in its decision-making processes is from the outset required to follow strict transparency and accountability criteria.

In this context, Danielle Citron presents suggestions to ensure what she calls “technological due process” in the case of governmental use of algorithms. First, she argues government agencies should refrain from automating policies which have not undergone formal or informal rulemaking. Should there be automation, the public ought to participate as much as possible in the building of the system, and government agencies should maintain audit trails to provide individuals with the reasons supporting the system’s decision on a case-by-case basis. She also suggests public hearings to clarify automated systems’ fallibility, and that systems’ source code should be public and tested by independent agents.<sup>58</sup>

The case of the aforementioned tool called COMPAS provides a clear illustration of the problems raised by algorithmic transparency and accountability. The tool was used in 2013 by the State of Wisconsin in the United States of America to sentence a man to six years in prison, based on the algorithm’s assessment that he posed a high risk of re-offending. However, the inner workings of the system were not disclosed to the defendant, and were not even accessible to the judge, it being a proprietary algorithm of a private company. Such use of algorithms clearly poses a problem for judicial due process, since it undermines the ability of defendants to fully counter the sentence and question the reasoning behind it.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> KNIGHT, W. The Dark Secret at the Heart of AI. *MIT Technology Review*. April 11, 2017. Available at: <https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>. Access: 3 Mayo 2020.

<sup>57</sup> They go on to say that an explanation should be able to answer at least one of the three following questions: (i) what were the main factors in a decision? (ii) Would changing a certain factor have changed the decision? (iii) Why did two similar-looking cases yield different decision, or vice-versa? DOSHI-VELEZ, F; KORTZ, M. *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*. Berkman Klein Center Working Group on Explanation and the Law, Berkman Klein Center for Internet & Society working paper, 2017, p. 2-3. Available at: [https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/34372584/2017-11\\_aiexplainability-1.pdf?sequence=3](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/34372584/2017-11_aiexplainability-1.pdf?sequence=3). Access: 3 Mayo 2020.

<sup>58</sup> CITRON, D. Technological Due Process. *Washington University Law Review*. V. 85, Issue 6, p. 1303, 2008. Available at: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol85/iss6/2](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss6/2). Access: 1 Mayo 2020.

<sup>59</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Loomis v. Wisconsin*: 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), cert. denied, 137 S.Ct. 2290 (2017). Despite the difficulties related to due process, the Wisconsin Supreme Court ruled against Loomis, arguing the sentence would

When it comes to the use of algorithms in private relations, transparency will be a relevant aspect of decision-making in order to ensure individuals can verify whether or not their rights are being observed. The question subsequently becomes when a right effectively exists in a concrete case, because it is then, and only then, that transparency will come into play. In the case of Optum's healthcare algorithm, for instance, New York's Department of Financial Services is currently investigating UnitedHealth Group for discriminatory practices and demanded the company demonstrates the algorithm is not racially biased.<sup>60</sup>

However, there are several scenarios where automation is present, but the existence of a right is questionable at best. For instance, in the case of advertisement, we do not need to go very far to understand that much of the decision-making regarding ads was always a process to which individuals outside of specific Madison Avenue offices were not privy to. Advertisement agencies in fact specialized in finding the best way to convey the messages their clients wished, without ever asking for anyone's consent. They already based their decision-making on clients' data - though naturally the amount of information available about each person was severely limited. Ads for cars, for example, varied a lot depending on what the target audience was perceived to be, both in terms of gender and social status. The process was the opposite of transparent, precisely because the method by which decisions were reached usually represented the real asset of the firm. But the goal was always the same: find your target audience and use the best language to reach it.

Coming back to 2020, when advertisement is largely delivered online by automated algorithms, we see a similar pattern. Ads are still targeted to specific audiences, and they are still based on what these people are perceived to enjoy. The main difference is that the amount of data available is vastly larger, which allows for different targeting strategies, more precise and more tailored. Also, rather than letting Mad Men decide who the best audience for a given product is, companies delegate that decision to algorithms.

The question that remains is if this change in process requires any adaptations in terms of procedure. The answer will be positive when we think about, for example, data collection. The way by which companies collect individuals' data to feed their algorithms is relevant, and needs to be scrutinized, which is why data protection legislation is largely focused on mechanisms for consent. But assuming such process was carried out properly, according to novel data protection legislation, is there still a right for the individual to require transparency from algorithmic decision-making?

The answer to that question can be negative for one simple reason: the lack of transparency in many advertising contexts will not correspond to a right's violation. If a search engine creates a profile to track my behavior and direct advertisements to me, and for whatever reason its algorithms come to the conclusion I enjoy spending my holidays at the beach, as long as the only outcome is an increased number of advertisements for trips to Rio de Janeiro showing up on my browser, rather than ads for trips to Campos do Jordão, it is very hard to sustain a right was violated. Despite that, as mentioned earlier, according to Article 20 of the LGPD, individuals may require revision of automated decisions which affect their interests, including the ones that establish consumer profiles.

The scenario could be different, however, if the advertisement in question related to job opportunities. Due to the relevance of the matter advertised – employment –, mistakes in the algorithm are more likely to entail rights violations, in which case transparency and explainability become crucial to assess if the decision-making process is lawful. In conclusion, there is a close relationship between how understandable an

---

have been the same had COMPAS never been consulted. However, it established that “risk scores may not be used to determine whether an offender is incarcerated [or] to determine the severity of the sentence” and that it could never be the determining factor in sentencing. For an analysis of the decision, see: STATE V. LOOMIS, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). *Harvard Law Review*. V. 130, March 10, p. 1530-1537, 2017. Available at: [https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/03/1530-1537\\_online.pdf](https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/03/1530-1537_online.pdf). Access: 3 Mayo 2020.

<sup>60</sup> EVANS, M and MATHEWS, A. New York Regulator Probes UnitedHealth Algorithm for Racial Bias. *The Wall Street Journal*. October 26, 2019. Available at: <https://www.wsj.com/articles/new-york-regulator-probes-unitedhealth-algorithm-for-racial-bias-11572087601>. Access: 3 Mayo 2020.

algorithm must be and how relevant the automated decision is to the individuals affected. Whenever there is a right at stake, explanations will be needed regarding the inner workings of the system in order to ensure it does not result in biases or inequalities.

In this context, Wachter, Mittelstadt and Russell have pointed out that algorithmic discrimination is significantly different than human discrimination: it can be more widespread and at the same time more abstract, subtle and indirect, often based on complex patterns and correlations drawn by the computer. This reality requires new methods of detection and remedy. To bridge the “accountability gap”, the authors suggest a specific method of producing statistical evidence to be used by developers in pre-emptive audits and also before European regulators and courts in investigations and rulings regarding discrimination claims.<sup>61</sup>

Coming to the end of this section, it is now hopefully clearer what the problems with algorithmic decisions usually are and what they are not. The next section will summarize the main arguments put forward in this article through an illustrative analysis of a concrete situation: the covid-19 pandemic.

## 4 Conclusion: algorithms and the case of ICU beds during the covid-19 pandemic

To cement the assertions made in this article, this section will recap the main arguments in light of the present challenges to decision-making that are emerging from the current covid-19 pandemic.

In late 2019/early 2020, a new virus emerged in the planet. It spread quickly, and though it did not cause equally severe symptoms on all contaminated individuals, many started to go into acute respiratory failure that led to the need of hospitalization and, in many cases, resulted in death. The disease caused by the new virus, later named Sars-CoV-2, is now called covid-19, and gave rise to a pandemic that, as of July 11, 2020, had claimed the lives of over 560 thousand people around the globe, and contaminated over 12.5 million.<sup>62</sup>

The group most affected by covid-19 is the elderly. Given that their immunity is already more compromised, they are leading the numbers of deaths in all countries: over 95% of the deceased are older than 60 years; more than half of all deaths occur among people aged 80 years or older. But as it has become abundantly clear, covid-19 is not exclusively dangerous for the elderly: 8 out of 10 deaths are occurring in individuals with chronic underlying conditions, particularly those with cardiovascular diseases/hypertension and diabetes. It is estimated that 10% to 15% of people under 50 years old who become infected have moderate to severe infection.<sup>63</sup> The data in the United States of America – which in early July 2020 was the country

<sup>61</sup> The proposed method is called “Conditional Demographic Disparity” (CDD) and it works as a baseline statistical measurement designed to align with European Union standards – though the authors make it clear that it does not replace judicial interpretation of discrimination claims. For details about the method, see: WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; RUSSELL, C. *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI*. March 3, 2020. Available at <https://ssrn.com/abstract=3547922>. Access: 1 Mayo 2020. p. 54-64.

<sup>62</sup> The numbers are tracked on a global scale by the World Health Organization (WHO) and can be found at: WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Health Emergency Dashboard*. Available at: <https://covid19.who.int/>. Access: July 11, 2020. The WHO’s statement regarding the compared virus lethality can be found at: WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Director-General’s opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 13 April 2020*. April 13, 2020. Available at: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--13-april-2020>. Access: 3 Mayo 2020. The H1N1 pandemic, which first started as an outbreak in April 2009, resulted in over 18,000 deaths worldwide as of August 2010, and moved to the post-pandemic period in September 2010. WHO’s reports on the H1N1 pandemic can be found at: WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Situation updates - Pandemic (H1N1) 2009*. Available at: <https://www.who.int/csr/disease/swineflu/updates/en/>. Access: 3 Mayo 2020.

<sup>63</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION’S REGIONAL OFFICE FOR EUROPE. *Statement – Older people are at highest risk from COVID-19, but all must act to prevent community spread*. Copenhagen, April 2, 2020. Available at: <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/statements/statement-older-people-are-at-highest-risk-from-covid-19-but-all-must-act-to-prevent-community-spread>. Access: 3 Mayo 2020.



with the greatest numbers of cases and deaths – indicates that hospitalization of younger people is relevant: between March 1<sup>st</sup>, 2020, and April 11<sup>th</sup>, 2020, the cumulative hospitalization rate among individuals aged 18 to 49 years old was 10 per 100,000, compared to an overall rate of 20 per 100,000.<sup>64</sup>

Because covid-19 impacts the lungs, it is common for patients to need help breathing and oxygenating. Therefore, hospitalization usually means admission in intensive care units (ICUs), where ventilators are available. Globally, the need for intensive care unit admission is present in approximately 10% of all infection cases.

The reality of this scenario first became clear in Italy, the European epicenter of the pandemic. The country failed to implement sufficient measures to slow down the spread of the virus in its early stages, which caused severe damage. The region of Lombardy, where the city of Milan is located, was the first to be gravely impacted. In March 3<sup>rd</sup>, 2020, there were already reports of the collapse of the healthcare system.<sup>65</sup> Twenty days later, healthcare professionals were faced with a tragic challenge, having to choose which patients would receive care and which would not, given that there were not enough intensive care beds available for all.<sup>66</sup>

The problem is not exclusive of Europe. Given that the virus is new and populations have yet to develop immunity to it, and considering its high transmission rate, a study by the Imperial College London warned that, without any control measures to slow down the spread, the demand for ICU beds would be, at its peak, thirty times greater than the number of beds available both in the United States of America and in Great Britain.<sup>67</sup> In other words, there would be a collapse, and the countries' health systems would simply be unable to handle the patient intake. The problem is even more serious if we consider that the existing beds are already used to provide assistance to patients who need it for reasons other than covid-19.

Since some countries have failed to take sufficient measures to minimize contagion and thus hospitalization, their healthcare systems have collapsed, and became unable to admit all patients in need of care. Such was the case in Italy, but it is also the case of some regions in Brazil<sup>68</sup>, and possibly of the entire country, depending on how the scenario evolves in the coming months.

Amidst this scenario, health care professionals are faced with the need to decide to whom they will provide assistance. In Brazil, the situation is even worse, because there was already a shortage of ICU beds prior to the spread of the coronavirus.<sup>69</sup> As Daniel Neves Forte, president of the Bioethics Committee at Sírío-

<sup>64</sup> According to the numbers available on April 21, 2020. The data are constantly updated as more information from hospitalizations become available. For the most recent number in the United States of America, see: CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. U.S. Department of Health & Human Services. *Laboratory-Confirmed COVID-19-Associated Hospitalizations*. Available at: [https://gis.cdc.gov/grasp/covidnet/COVID19\\_3.html](https://gis.cdc.gov/grasp/covidnet/COVID19_3.html). Access: April 21, 2020.

<sup>65</sup> AL-ARSHANI, S. The healthcare system in Italy's Lombardy region is so strained from the new coronavirus that officials are asking doctors to come out of retirement and nursing students are being fast-tracked to graduation. *Business Insider*. March 3, 2020. Available at: <https://www.businessinsider.com/italys-lombardy-regions-healthcare-system-is-crumbling-to-covid-19-2020-3>. Access: 3 Mayo 2020.

<sup>66</sup> According to reports of doctors in the city of Bergamo, the health system went “far beyond the tipping point”: most intensive care unit beds were being reserved for coronavirus patients with “a reasonable chance to survive”, while older patients stopped being resuscitated. HOROWITZ, J.; KIRKPATRICK, D. Dip in Italy's Cases Does Not Come Fast Enough for Swamped Hospitals. *The New York Times*. March 23, 2020. Available at: <https://www.nytimes.com/2020/03/23/world/europe/italy-coronavirus-hospitals.html>. Access: 3 Mayo 2020.

<sup>67</sup> FERGUSON, N.; LAYDON, D. et al. *Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*. Imperial College London. March 16, 2020. p. 7. Available at: <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>. Access: 3 Mayo 2020.

<sup>68</sup> Even though efforts are being made to expand the number of beds available, the states of Amazonas, Pará, Rio de Janeiro and Pernambuco already have occupancy rates of over 90%. PITOMBO, J.; BARBON, J. et al. Mesmo com novos leitos para Covid-19, UTIs brasileiras têm alta taxa de ocupação. *Folha de S. Paulo*. April 28, 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/mesmo-com-novos-leitos-para-covid-19-utis-brasileiras-tem-alta-taxa-de-ocupacao.shtml>. Access: 4 Mayo 2020.

<sup>69</sup> RACHE, B.; ROCHA, R. et al. *Necessidades de Infraestrutura do SUS em Preparo à COVID-19: Leitos de UTI, Respiradores e Ocupação Hospitalar*. Instituto de Estudos para Políticas de Saúde. Nota Técnica n° 3. March 2020. Available at: <https://ieps.org.br/wp-content/uploads/2020/04/IEPS-NT3.pdf>. Access: 5 Mayo 2020.

-Libanês, one of the leading healthcare complexes in Brazil, has stated, every doctor who works in Brazilian ICUs makes “Sophie’s choices” everyday; sometimes, there are ten or even twenty patients pledging for a single hospital bed.<sup>70</sup>

In trying to address the problem, one of the suggested alternatives has been the development of algorithms that help triage and rank patients, determining priorities in ICU admissions. According to Forte, he was part of a research conducted by the Medical School at the University of São Paulo that aimed at developing one such tool, with the goal of bringing transparency to the decision-making process. As reported by the newspaper *Folha de São Paulo*, the proposed tool uses guidelines and criteria approved by the Federal Board of Medicine (in Portuguese, Conselho Federal de Medicina) and the Brazilian Association for Intensive Medicine (in Portuguese, Associação Brasileira de Medicina Intensiva), and works from a standard questionnaire filled by the doctor requesting the ICU bed, which includes, for example, information on whether the patient has any underlying conditions.

In light of the questions raised in the previous sections, the first problem that appears is not truly a problem with algorithms, but will likely be indistinctly merged with the discussion of algorithmic use, and therefore should be urgently identified and separated, if it is to be correctly addressed. Reports from the covid-19 pandemic in Europe revealed scenarios where a patient with heart disease and on the wait for a kidney transplant contracted the coronavirus and had his death precipitated by a doctor’s decision to give the available ventilator to a younger coronavirus patient who had better chances of surviving. The family members of people who faced similar situations – and ultimately died from not receiving medical attention – raised the question of whether citizens were not wrongfully abandoned by the state, which should have been more prepared.<sup>71</sup>

On the one hand, doctors highlight the scarcity of beds and medical supplies and the need to established guidelines to employ the existing resources as well as possible. Dr. Marco Vergano, for example, an anesthesiologist based in Turin and chairman of an ethics committee for his medical specialty, was responsible for drafting emergency recommendations for Italian doctors allocating scarce beds among the increasing number of patients, and stressed that the focus on the needs of the community, rather than on one single patient, is a recommendation many doctors are following. On the other hand, people with disabilities have contested existing regulations in the United States that allows for medical care to be rationed in detriment of their survival.<sup>72</sup>

This debate brought about by the covid-19 pandemic is, first and foremost, a dispute on whether there is an individual right to treatment, and what this right would entail in concrete scenarios. Like the controversy related to the public funding of medication in Brazil, the problem is not with the possible use of algorithms in decision-making, but with the generalizing decision itself, which excludes individuals from the needed

<sup>70</sup> COLLUCCI, C. Algoritmos e inteligência artificial podem ajudar Brasil a decidir sobre leitos de UTI. *Folha de S. Paulo*. March 24, 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/algoritmos-e-inteligencia-artificial-podem-ajudar-brasil-a-decidir-sobre-leitos-de-uti.shtml>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>71</sup> As reported by the *New York Times*, the Spanish sports director of a Honda motorcycling racing team, Oscar Haro, released a video in which he said that his father had died after not being given a respirator: “I cannot understand how a person like my father who had been working since he was 15, paying into the system, died because there are no respirators, because they could not treat him anymore,” Mr. Haro said. He blamed the Spanish authorities for failing to prepare adequately, even after witnessing the spread of the coronavirus in China and Italy. HOROWITZ, J.; KIRKPATRICK, D. Dip in Italy’s Cases Does Not Come Fast Enough for Swamped Hospitals. *The New York Times*. March 23, 2020. Available at: <https://www.nytimes.com/2020/03/23/world/europe/italy-coronavirus-hospitals.html>. Access: 1 Mayo 2020.

<sup>72</sup> Ariella Barker, a fellow at the Harvard Kennedy School of Government, states that “the existence of draconian laws that call for medical rationing during a public health emergency makes it clear that I will certainly be left to die if our hospitals reach capacity”. She argues against a Tennessee regulation that allows for people with Ehlers-Danlos syndrome to be legally denied critical care if they require assistance with activities of daily living. “It must be clear to us and the nation that disabled lives matter. Anything less is an undeniable statement that our lives are expendable and our mental health is irrelevant”. BARKER, A. Those with disabilities have a right to survive the coronavirus pandemic. *The Boston Globe*. March 30, 2020. Available at: <https://www.bostonglobe.com/2020/03/30/opinion/those-with-disabilities-have-right-survive-coronavirus-pandemic/>. Access: 4 Mayo 2020.

medical attention. The public health systems around the globe and in Brazil are already taking emergency measures to multiply the number of available beds<sup>73</sup>, but ultimately, as with the STF's ruling for patients with rare and ultrarare medical conditions, the Judiciary could decide that the government is obliged to make room for all patients who need care, which could mean the construction of more field hospitals, for example.

Aside from this first problem, other issues arise. Dr. Vergano claims, for example, that admitting a person with fewer chances of surviving in the ICU in detriment of healthier patients would be immoral. On the other hand, Roger Severino, the director of the Office for Civil Rights at the United States Department of Health and Human Services, claims medical providers cannot discriminate on the basis of disabilities, race or age when deciding who would receive lifesaving medical care during the coronavirus pandemic, and that civil rights laws “protect the equal dignity of every human life from ruthless utilitarianism”.<sup>74</sup>

Here, the main issue is what ethical standard is embraced by the legal system and should be applied to solve the current crisis. Because this debate is absolutely central, this question ought to be answered before any algorithm is put in place. If we come to the conclusion that the utilitarian approach is to be adopted, then algorithms like the one suggested by Daniel Forte could be successfully employed, since they would simply use the information provided by the questionnaire regarding the patient's health condition and allow for a faster and more standardized calculation of the patient's odds of surviving. In terms of precision, machine learning would probably be even more efficient than Forte's algorithm: as already mentioned, learner algorithms have proved successful in predicting deaths in hospitalized patients with extreme accuracy, beyond human doctors' understanding. If, however, we reject the utilitarian notion that the available resources should be used to maximize the number of survivors, regardless of the costs to individual groups, and opt for a case-by-case judgement call by the doctor in the field, for instance, algorithms would be unsuited, since prudence and fairness cannot be taught to computers.

There is yet another observation to be made regarding this issue. Whether or not the ethical debate results in the adoption of algorithms, it is important to highlight that the decision may not be even for all covid-19 patients. In Brazil, the healthcare system is both public and private – public care is handled by the SUS, whereas private care is handled by hospital and facilities not managed by the state. In a scenario where poorer people are subject to strictly utilitarian calculations and richer patients are able to obtain the needed medical treatment in a case-by-case analysis of their individual needs and desires, there would be a severe violation to the fundamental right to equality, likely resulting in discrimination against the poor.<sup>75</sup>

A third issue arises. As the virus spreads and death rates rises, it becomes clearer that an individual's chances of surviving the infection are closely related to race. In the state of Illinois, where African-Americans make only 15% of the total population and 28% of the people infected by the coronavirus, they correspond to 43% of covid-19 deaths so far. In Michigan, African-Americans are 14% of the State's population, but correspond to nearly 33% of the infected and 40% of the deceased. Another example is Louisiana: a third

<sup>73</sup> Many State governments in Brazil have constructed field hospitals, hired more healthcare professionals and purchased ventilators and other necessary medical equipment to temporarily expand the capacity of the public health system to deal with the virus spread. For an example of these measures, see: RUPRECHT, T. Hospitais de campanha: como vão funcionar e por que são tão importantes. *Saúde*. April 9, 2020. Available at: <https://saude.abril.com.br/medicina/hospitais-de-campanha-como-vaofuncionar/>. Access: May 5, 2020.

<sup>74</sup> FINK, S. U.S. Civil Rights Office Rejects Rationing Medical Care Based on Disability, Age. *The New York Times*. March 28, 2020. Available at: <https://www.nytimes.com/2020/03/28/us/coronavirus-disabilities-rationing-ventilators-triage.html>. Access: 4 Mayo 2020.

<sup>75</sup> Virginia Eubanks highlights that “we all inhabit this new regime of digital data, but we don't all experience it in the same way”. She argues marginalized groups are much more vulnerable to automation that reinforces exclusion, in a “feedback loop of injustice”. While she calls for a deep change in the cultural understandings and political responses to poverty, she also proposes some palliative principles to orient technological designs for now. Engineers and data scientists involved in the creation of automated systems should answer two questions to assess social and economic implications of their designs: “Does the tool increase the self-determination and agency of the poor? Would the tool be tolerated if it was targeted at non-poor people?”. EUBANKS, V. *Automating Inequality: how high-tech tools profile, police and punish the poor*. New York: St. Martin's Press, 2018. p. 10-11, 168.

of its population is African-American, but up to 70% of the people who died from covid-19 are African-Americans.<sup>76</sup> In Brazil, the statistics are also disturbing: in a two-week period in April, there was a fivefold rise in the number of deaths by covid-19 among black people, compared to a threefold increase in deaths among white people in the same interval. A similar discrepancy was found in the number of hospitalizations caused by the virus in that timespan.<sup>77</sup>

Although the numbers are preliminary, many specialists have argued that they reveal the inequalities that have historically structured the American and Brazilian societies. Jason Silverstein, lecturer and writer-in-residence in the department of global health and social medicine at Harvard Medical School, highlights that “black people in the United States have, since slavery, been systematically overexposed to health risks while also being deprived of healthcare”.<sup>78</sup> According to him, many studies point to racial health disparities in chronic illnesses such as asthma, arthritis, aggressive breast cancer, kidney disease, heart failure, maternal mortality, lung disease, chemical exposures, and overall life expectancy – and many of those conditions severely reduce the patient’s ability to fight the covid-19.

Given this scenario, a supposedly “neutral” algorithm designed to save as many lives as possible could ultimately result in racial bias in many regions, since black people have overall less access to healthcare than white people, and thus are more likely to have underlying health conditions that would motivate the refusal of an ICU bed, when compared to white patients. Similarly to the case of the algorithm provided by Optum, even when the algorithm does not explicitly consider race, the correlations it is based on might result in racial disparity, which in turn possibly results in a violation to equality.

The final problem relates to transparency. When it comes to the algorithm proposed by Forte, this issue seems to be correctly addressed, since the criteria set forth are the same already put forward by the CFM and the AMIB, which are currently used by attending physicians, and the objective is precisely bringing transparency to the decision-making process. However, machine learning algorithms – which as mentioned could be even better at determining the most efficient way of employing existing resources to save the higher possible number of lives –, would definitely pose a challenge to transparency and explainability. When this technology is applied, as already pointed, computers program themselves, and humans, even specialists, can have trouble explaining the reasoning adopted by the machine. This obstacle could severely impair scrutiny efforts to verify whether or not it reproduces any biases or violates equality, unless explainability is designed into the system. The effort to establish “explainability by design” has been discussed elsewhere,<sup>79</sup> but faces a curious challenge. Some authors argue that there is a trade-off between complexity and accuracy, meaning that the more complex a system is, the more accurate its decision-making process. In other words, making a system understandable and preserving accuracy requires a method other than simplification.<sup>80</sup>

The main goal of this article was to identify and detail the concerns around algorithmic decision-making, highlighting their specificities so that regulation and the public debate regarding the employment of algo-

<sup>76</sup> NEGROS enfrentam índices alarmantes de contaminação pelo coronavírus nos EUA. *Folha de S. Paulo*. April 8, 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/negros-enfrentam-indices-alarmanetes-de-contaminacao-pelo-coronavirus-nos-eua.shtml>. Access: 4 Mayo 2020.

<sup>77</sup> MUNIZ, B.; FONSECA, B.; PINA, R. Em duas semanas, número de negros mortos por coronavírus é cinco vezes maior no Brasil. *Pública*. May 6, 2020. Available at: <https://apublica.org/2020/05/em-duas-semanas-numero-de-negros-mortos-por-coronavirus-e-cinco-vezes-maior-no-brasil/>. Access: 26 Mayo 2020.

<sup>78</sup> SILVERSTEIN, J. Being Black in America Is a Health Risk. It’s Time for Reparations. *Vice*. June 19, 2019. Available at: [https://www.vice.com/en\\_us/article/5973yq/the-healthcare-case-for-reparations-hr40?utm\\_content=1586356292&utm\\_medium=social&utm\\_source=VICE\\_twitter](https://www.vice.com/en_us/article/5973yq/the-healthcare-case-for-reparations-hr40?utm_content=1586356292&utm_medium=social&utm_source=VICE_twitter). Access: 4 Mayo 2020.

<sup>79</sup> For example, LEE et al. An explainable deep-learning algorithm for the detection of acute intracranial hemorrhage from small datasets. *Nature Biomedical Engineering*. V. 3, Issue 3, p. 173-182, 2019. Available at: <https://www.nature.com/articles/s41551-018-0324-9.pdf?origin=ppub>. Access: July 11, 2020.

<sup>80</sup> KLEINBERG, J.; MULLAINATHAN, S. Simplicity Creates Inequity: Implications for Fairness, Stereotypes, and Interpretability. *arXiv Cornell University*. Article n° 1809.04578v1 [cs.LG]. August 2018. Available at: <https://arxiv.org/abs/1809.04578v1>. Access: 4 Mayo 2020.

thms can adequately address them. In healthcare and in policy design more broadly, successful treatments are largely dependent on solid diagnoses. Hopefully, this article will contribute to better policies in the present covid-19 crisis but also in upcoming challenges related to the evermore pervasive use of algorithmic systems for decision-making.

## References

AGRAWAL, A.; GANS, J. and GOLDFARB, A. Prediction Machines: The Simple Economics of Artificial Intelligence. *Harvard Business Press*, Apr. 17, 2018.

AL-ARSHANI, S. The healthcare system in Italy's Lombardy region is so strained from the new coronavirus that officials are asking doctors to come out of retirement and nursing students are being fast-tracked to graduation. *Business Insider*. Mar. 3, 2020. Available at: <https://www.businessinsider.com/italys-lombardy-regions-healthcare-system-is-crumbling-to-covid-19-2020-3>. Access: 3 Mayo 2020.

ANGWIN, J.; LARSON, J.; MATTU, S.; KIRCHNER, L. Machine Bias. *ProPublica*, Mayo 23, 2016. Available at: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Access: 1 Mayo 2020.

ARKIN, R.; ULAM, P. and WAGNER, A. Moral Decision-making in Autonomous Systems: Enforcement, Moral Emotions, Dignity, Trust and Deception. *Proceedings of the IEEE*. v. 100, Issue 3, p. 571-589, Mar. 2012.

ASARO, P. On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanization of lethal decision-making. *International Review of the Red Cross*. v. 94, Issue 886, p. 687709, June 2012. Available at: <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-886-asaro.pdf>. Access: 1 Mayo 2020.

BARKER, A. Those with disabilities have a right to survive the coronavirus pandemic. *The Boston Globe*. March 30, 2020. Available at: <https://www.bostonglobe.com/2020/03/30/opinion/those-with-disabilities-have-right-survive-coronavirus-pandemic/>. Access: Mayo 4, 2020.

BAROCAS, S. and SELBST, A. Big Data's Disparate Impact. *California Law Review*. V. 104, n. 3, p. 671-732, Jun. 2016. Available at: <http://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2016/06/2Barocas-Selbst.pdf>. Access: 1 Mayo 2020.

BURANYI, S. How to persuade a robot that you should get the job. *The Guardian*. March 4, 2018. Available at: <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/04/robots-screen-candidates-for-jobs-artificial-intelligence>. Access: 1 Mayo 2020.

BURT, A. and VOLCHENBOUM, S. How Health Care Changes When Algorithms Start Making Diagnoses. *Harvard Business Review*, Mayo 08, 2018. Available at: <https://hbr.org/2018/05/how-health-care-changes-when-algorithms-start-making-diagnoses>. Access: 1 Mayo 2020.

BYGRAVE, L. Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling. *Privacy Law & Policy Reporter*, v. 7, p. 67-76, 2000.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. U.S. Department of Health & Human Services. *Laboratory-Confirmed COVID-19-Associated Hospitalizations*. Available at: [https://gis.cdc.gov/grasp/covidnet/COVID19\\_3.html](https://gis.cdc.gov/grasp/covidnet/COVID19_3.html). Access: April 21, 2020.

CITRON, D. Technological Due Process. *Washington University Law Review*. Volume 85, Issue 6, 2008. Available at: [http://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol85/iss6/2](http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss6/2). Access: 1 Mayo 2020.

COLLUCCI, C. Algoritmos e inteligência artificial podem ajudar Brasil a decidir sobre leitos de UTI. *Fo-*

lha de S. Paulo. March 24, 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/algoritmos-e-inteligencia-artificial-podem-ajudar-brasil-a-decidir-sobre-leitos-de-uti.shtml>. Access: 1 Mayo 2020.

CONGRESSO NACIONAL. *Votação do dispositivo 24.19.001 - § 3º do art. 20 da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, com a redação dada pelo art. 2º do projeto*. October 2, 2019. Available at: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12445/1>. Access: 1 Mayo 2020.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Manual operacional para comitês de ética em pesquisa*. 4. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008. Available at: [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/manual\\_operacional\\_comites\\_pesquisa\\_4ed.pdf](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/manual_operacional_comites_pesquisa_4ed.pdf). Access: 1 Mayo 2020.

CORMEN, T. H., *Algorithms Unlocked*. MIT Press, 2013.

DAVIS, N. AI equal with human experts in medical diagnosis, study finds. *The Guardian*. September 24, 2019. Available at: <https://www.theguardian.com/technology/2019/sep/24/ai-equal-with-human-experts-in-medical-diagnosis-study-finds>. Access: 1 Mayo 2020.

DOMINGOS, P. *Master Algorithm*. Basic Books Inc. New York, 2018.

DOSHI-VELEZ, F. and KORTZ, M. *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*. Berkman Klein Center Working Group on Explanation and the Law, Berkman Klein Center for Internet & Society working paper, 2017. Available at: [https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/34372584/2017-11\\_aiexplainability-1.pdf?sequence=3](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/34372584/2017-11_aiexplainability-1.pdf?sequence=3). Access: Mayo 3, 2020.

EUBANKS, V. *Automating Inequality: how high-tech tools profile, police and punish the poor*. New York: St. Martin's Press, 2018.

EVANS, M and MATHEWS, A. New York Regulator Probes UnitedHealth Algorithm for Racial Bias. *The Wall Street Journal*. October 26, 2019. Available at: <https://www.wsj.com/articles/new-york-regulator-probes-unitedhealth-algorithm-for-racial-bias-11572087601>. Access: Mayo 3, 2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *Big Data, A Tool for Inclusion or Exclusion? – Understanding the Issues*. January, 2016. Available at: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf>. Access: 1 Mayo 2020.

FERGUSON, A. *The rise of big data policing: surveillance, race, and the future of law enforcement*. New York: New York University Press, 2017.

FERGUSON, N.; LAYDON, D. et al. *Report 9: Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand*. Imperial College London. March 16, 2020. Available at: <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-NPI-modelling-16-03-2020.pdf>. Access: Mayo 3, 2020.

FERREIRA, F. Inteligência artificial atua como juiz, muda estratégia de advogado e ‘promove’ estagiário. *Folha de S. Paulo*. March 10, 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/inteligencia-artificial-atua-como-juiz-muda-estrategia-de-advogado-e-promove-estagiario.shtml>. Access: 1 Mayo 2020.

FINK, S. U.S. Civil Rights Office Rejects Rationing Medical Care Based on Disability, Age. *The New York Times*. March 28, 2020. Available at: <https://www.nytimes.com/2020/03/28/us/coronavirus-disabilities-rationing-ventilators-triage.html>. Access: Mayo 4, 2020.

GARDBAUM, S. The ‘Horizontal Effect’ of Constitutional Rights. *Michigan Law Review*, v. 102, 2003. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=437440](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=437440). Access: 1 Mayo 2020.

GORZONI, P. *Supremo Tribunal Federal e a Vinculação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. 2007. Available at: <http://www.sbdp.org.br/publication/supremo-tribunal-federal-e-a-vinculacao-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-entre-particulares/>. Access: 1 Mayo 2020.

- GUPTA, A. Are Algorithms Sexist? *The New York Times*. November 15, 2019. Available at: <https://www.nytimes.com/2019/11/15/us/apple-card-goldman-sachs.html>. Access: 1 Mayo 2020.
- HARRIS, D. U.S. experiences with racial and ethnic profiling: history, current issues, and the future. *Critical Criminology*. v. 14, Issue 3, p. 213–239, Sep. 2006.
- HARWELL, D. A face-scanning algorithm increasingly decides whether you deserve the job. *The Washington Post*. November 6, 2019. Available at: <https://www.washingtonpost.com/technology/2019/10/22/ai-hiring-face-scanning-algorithm-increasingly-decides-whether-you-deserve-job/>. Access: 1 Mayo 2020.
- HOROWITZ, J.; KIRKPATRICK, D. Dip in Italy's Cases Does Not Come Fast Enough for Swamped Hospitals. *The New York Times*. March 23, 2020. Available at: <https://www.nytimes.com/2020/03/23/world/europe/italy-coronavirus-hospitals.html>. Access: 1 Mayo 2020.
- HORTA, R. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 9, n. 3, Dec. 2019. Available at: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6089/pdf>. Access: Mayo 3, 2020.
- HOW an algorithm may decide your career. *The Economist*. June 21, 2018. Available at: <https://www.economist.com/business/2018/06/21/how-an-algorithm-may-decide-your-career>. Access: Mayo 3, 2020.
- HUET, E. Server And Protect: Predictive Policing Firm PredPol Promises To Map Crime Before It Happens. *Forbes*. February 11, 2015. Available at: <https://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2015/02/11/pred-pol-predictive-policing/#229530d34f9b>. Access: 1 Mayo 2020.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PRIVACY PROFESSIONALS; THE UNITED NATIONS GLOBAL PULSE. *Building Ethics into Privacy Frameworks for Big Data and AI*. October 2018. Available at: [https://iapp.org/media/pdf/resource\\_center/BUILDING-ETHICS-INTO-PRIVACY-FRAMEWORKS-FOR-BIG-DATA-AND-AI-UN-Global-Pulse-IAPP.pdf](https://iapp.org/media/pdf/resource_center/BUILDING-ETHICS-INTO-PRIVACY-FRAMEWORKS-FOR-BIG-DATA-AND-AI-UN-Global-Pulse-IAPP.pdf). Access: 1 Mayo 2020.
- KIEFER, S. Morte de pessoas fora da faixa de risco acende alerta para o H1N1. *Estado de Minas*. Mayo 27, 2016. Available at: [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/05/27/interna\\_gerais,766671/alerta-fora-do-grupo-de-risco.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2016/05/27/interna_gerais,766671/alerta-fora-do-grupo-de-risco.shtml). Access: 1 Mayo 2020.
- KLEINBERG, J.; MULLAINATHAN, S. Simplicity Creates Inequity: Implications for Fairness, Stereotypes, and Interpretability. *arXiv Cornell University*. Article n° 1809.04578v1 [cs.LG]. August 2018. Available at: <https://arxiv.org/abs/1809.04578v1>. Access: 4 Mayo 2020.
- KNIGHT, W. The Apple Card Didn't 'See' Gender — and That's the Problem. *Wired*. November 19, 2019. Available at: <https://www.wired.com/story/the-apple-card-didnt-see-genderand-thats-the-problem/>. Access: 1 Mayo 2020.
- KNIGHT, W. The Dark Secret at the Heart of AI. *MIT Technology Review*. April 11, 2017. Available at: <https://www.technologyreview.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>. Access: 3 Mayo 2020.
- KROLL, J. et al. Accountable Algorithms. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 165, Issue 3, 2017. Available at: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol165/iss3/3/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol165/iss3/3/). Access: Mayo 3, 2020.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V. and CUKIER, K. *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, Think*. Houghton Mifflin Harcourt, 2013.
- MAYER-SCHÖNBERGER, V. and CUKIER, K. *The Rise of Big Data: How It's Changing the Way We Think*. *Foreign Affairs*, v. 92, n. 3, Mayo/Jun. 2013. Available at: [https://www.jstor.org/stable/23526834?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/23526834?seq=1#page_scan_tab_contents). Access: 1 Mayo 2020.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Vacinação contra a gripe: entenda se você faz parte do grupo prioritário*. Mayo 3, 2016. Available at: <http://www.blog.saude.gov.br/alh5s1>. Access: 1 Mayo 2020.

MIOTTO, R.; LI, L.; KIDD, B.; DUDLEY, J. Deep Patient: An Unsupervised Representation to Predict the Future of Patients from the Electronic Health Records. *Scientific Reports* 6, Article n° 26094, 2016. Available at: <https://www.nature.com/articles/srep26094>. Access: 1 Mayo 2020.

MORTES por gripe H1N1 na região têm 33% de vítimas fora do grupo de risco. *G1 Campinas e Região*. Mayo 13, 2016. Available at: <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2016/05/mortes-por-gripe-h1n1-na-regiao-tem-33-de-vitimas-fora-do-grupo-de-risco.html>. Access: 1 Mayo 2020.

MUNIZ, B.; FONSECA, B.; PINA, R. Em duas semanas, número de negros mortos por coronavírus é cinco vezes maior no Brasil. *Pública*. Mayo 6, 2020. Available at: <https://apublica.org/2020/05/em-duas-semanas-numero-de-negros-mortos-por-coronavirus-e-cinco-vezes-maior-no-brasil/>. Access: 26 Mayo 2020.

NATARAJAN, S.; NASIRIPOUR, S. Viral Tweet About Apple Card Leads to Goldman Sachs Probe. *Bloomberg*. November 9, 2019. Available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-11-09/viral-tweet-about-apple-card-leads-to-probe-into-goldman-sachs>. Access: 1 Mayo 2020.

NEGROS enfrentam índices alarmantes de contaminação pelo coronavírus nos EUA. *Folha de S. Paulo*. April 8, 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/negros-enfrentam-indices-alarmanetes-de-contaminacao-pelo-coronavirus-nos-eua.shtml>. Access: Mayo 4, 2020.

OBERMEYER, Z.; POWERS, B.; VOGELI, C.; MULLAINATHAN, S. Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations. *Science*. v. 366, Issue 6464, p. 447-453, Oct. 2019. Available at: <https://science.sciencemag.org/content/366/6464/447>. Access: 1 Mayo 2020.

PAUL, K. Healthcare algorithm used across America has dramatic racial biases. *The Guardian*. October 25, 2019. Available at: <https://www.theguardian.com/society/2019/oct/25/healthcare-algorithm-racial-biases-optum>. Access: 1 Mayo 2020.

PITOMBO, J.; BARBON, J. et al. Mesmo com novos leitos para Covid-19, UTIs brasileiras têm alta taxa de ocupação. *Folha de S. Paulo*. April 28, 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrio-e-saude/2020/04/mesmo-com-novos-leitos-para-covid-19-utis-brasileiras-tem-alta-taxa-de-ocupacao.shtml>. Access: 4 Mayo 2020.

RACHE, B.; ROCHA, R. et al. *Necessidades de Infraestrutura do SUS em Preparo à COVID-19: Leitos de UTI, Respiradores e Ocupação Hospitalar*. Instituto de Estudos para Políticas de Saúde. Nota Técnica n° 3. March 2020. Available at: <https://ieps.org.br/wp-content/uploads/2020/04/IEPS-NT3.pdf>. Access: Mayo 5, 2020.

RAJKOMAR, A.; OREN, E.; CHEN, K. et al. Scalable and accurate deep learning with electronic health records. *npj Digital Medicine* 1, Article n° 18, 2018. Available at: <https://www.nature.com/articles/s41746-018-0029-1>. Access: Mayo 4, 2020.

RUPRECHT, T. Hospitais de campanha: como vão funcionar e por que são tão importantes. *Saúde*. April 9, 2020. Available at: <https://saude.abril.com.br/medicina/hospitais-de-campanha-como-vaio-funcionar/>. Access: Mayo 5, 2020.

SCHAUER, F. *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*. Belknap Press. April, 2016.

SILVERSTEIN, J. Being Black in America Is a Health Risk. It's Time for Reparations. *Vice*. June 19, 2019. Available at: [https://www.vice.com/en\\_us/article/5973yq/the-healthcare-case-for-reparations-hr40?utm\\_content=1586356292&utm\\_medium=social&utm\\_source=VICE\\_twitter](https://www.vice.com/en_us/article/5973yq/the-healthcare-case-for-reparations-hr40?utm_content=1586356292&utm_medium=social&utm_source=VICE_twitter). Access: Mayo 4, 2020.

SINHORETTO, J. et al. A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: LIMA, C.; BAPTISTA, G. and FIGUEIREDO, I. (org.). *Segurança Pública e Direitos Humanos: Temas Transversais*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. *Coleção Pensando a Segurança Pública*. v. 5.

STATE V. LOOMIS, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). *Harvard Law Review*. v. 130, March 10, p. 1530-1537, 2017.



Available at: [https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/03/1530-1537\\_online.pdf](https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2017/03/1530-1537_online.pdf). Access: 3 Mayo 2020.

TUSHNET, M. The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*. v. 1, Issue 1, Jan. 2003. Available at: <https://academic.oup.com/icon/article/1/1/79/671955>. Access: 1 Mayo 2020.

UNITED NATIONS. Resolution adopted by the Human Rights Council on 23 March 2017. April 7, 2017. Available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/086/31/PDF/G1708631.pdf?OpenElement>. Access: 1 Mayo 2020.

WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; RUSSELL, C. *Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI*. March 3, 2020. Available at <https://ssrn.com/abstract=3547922>. Access: 1 Mayo 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Situation updates - Pandemic (H1N1) 2009*. Available at: <https://www.who.int/csr/disease/swineflu/updates/en/>. Access: 3 Mayo 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*. March 11, 2020. Available at: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Access: 1 Mayo 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 13 April 2020*. April 13, 2020. Available at: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--13-april-2020>. Access: Mayo 3, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO Health Emergency Dashboard*. Available at: <https://covid19.who.int/>. Access: Mayo 3, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION'S REGIONAL OFFICE FOR EUROPE. *Statement – Older people are at highest risk from COVID-19, but all must act to prevent community spread*. Copenhagen, April 2, 2020. Available at: <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/statements/statement-older-people-are-at-highest-risk-from-covid-19,-but-all-must-act-to-prevent-community-spread>. Access: Mayo 3, 2020.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Das acepções dos direitos dos  
refugiados às vozes silenciadas  
nas políticas públicas**

**From acceptance of refugee  
rights to the voices silenced in  
public policies**

Thaís Araújo Dias

Monica Mota Tassigny

# Das acepções dos direitos dos refugiados às vozes silenciadas nas políticas públicas

## From acceptance of refugee rights to the voices silenced in public policies

Thaís Araújo Dias\*\*

Monica Mota Tassigny\*\*\*

### Resumo

O fenômeno do refúgio desafia contextos políticos e éticos por se relacionarem com violação de direitos humanos. O Brasil é considerado país acolhedor, todavia, o âmbito normativo é condizente com a realidade? Este estudo objetiva analisar evidências científicas sobre o instituto do refúgio, sua correlação com os direitos humanos e os desafios na concretização destes. Trata-se de revisão integrativa que permitirá síntese da produção do conhecimento acerca dessa emergente problemática por meio do diagnóstico de perspectivas e desafios da concretização de direitos e inserção social dos refugiados. Selecionaram-se artigos publicados na interface de dados do Portal de Periódicos CAPES, após adoção de critérios de elegibilidade: disponíveis na íntegra, sem restrições de idioma e ano de publicação. Utilizou-se como palavras-chaves: refúgio, refugiados e direitos humanos, interligados pelo operador booleano *AND*. Para o detalhamento do processo de busca, recorreu-se ao fluxograma *Preferred Reporting Items for Systematic Reviews and Meta-Analyses* (PRISMA). Amostra constituída por 20 artigos. Análise permitiu caracterização da produção científica a fim de desenvolvimento de três categorias analíticas: Caracterização da produção científica acerca do fenômeno do refúgio frente aos direitos humanos; Acepções de refugiado expressas no sistema jurídico brasileiro e nos documentos internacionais refletidas na literatura corrente; e Políticas públicas brasileiras e refúgio: a necessidade de ouvir a voz dos refugiados. A síntese apreciativa do fenômeno do refúgio conduziu a compreensão da complexidade que envolve a situação, sua múltipla determinação e avanços no âmbito legal e normativo; com expressivos desafios para a implementação de políticas públicas que respondam aos compromissos assumidos.

**Palavras-chave:** Refugiados. Refúgio. Direitos Humanos. Revisão Integrativa.

### Abstract

The refugee phenomenon challenges political and ethical contexts as they relate to human rights violations. Brazil is considered a welcoming country. However, is the normative scope consistent with reality? This study aims to analyze scientific evidence about the institute of refuge, correlation with human rights and the challenges in achieving these. This is an integrative

\* Recebido em 20/04/2020  
Aprovado em 20/11/2020

\*\* Mestranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza - PPGD UNIFOR. Pesquisadora-bolsista pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FUNCAP.

\*\*\* Professora titular da Universidade de Fortaleza, do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional - PPGD UNIFOR. Doutora em Sócio-Economie du développement - Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales e em Educação pela Universidade Federal do Ceará.

review that will allow synthesis of the production of knowledge about this emerging problem through the diagnosis of perspectives and challenges of the realization of rights and social insertion of refugees. Articles published in the CAPES Journal Portal data, were selected after the adoption of eligibility criteria: articles available in full, without language restrictions and year of publication. The keywords used were: refuge, refugees and human rights, linked by the Boolean operator AND. For the detailing of the search process, the Preferred Reporting Items for Systematic Reviews and Meta-Analyses (PRISMA) flow chart was used. Sample consisting of 20 articles. Analysis allowed the characterization of scientific production in order and the development of three analytical categories: Characterization of scientific production about the phenomenon of refuge in the face of human rights; Acceptance of refugees expressed in the Brazilian legal system and in international documents reflected in current literature; and Brazilian public policies and refuge: the necessity to hear the voice of refugees. The appreciative synthesis of the refuge phenomenon led to an understanding of the complexity surrounding the situation, its multiple determination and advances in the legal and normative scope; with significant challenges in the implantation and implementation of public policies that respond to the commitments assumed.

**Keywords:** Refugees. Refuge. Human Rights. Integrative Review.

## 1 Introdução

Os fluxos migratórios, forçados ou não, fizeram e fazem parte da evolução humana. O instituto do refúgio, como espécie de migração forçada, também não é recente e perpassa por diferentes concepções, as quais se expressam nas legislações vigentes e em doutrinas jurídicas. A problemática em torno dos refugiados é oriunda da vulnerabilidade prévia que estes apresentam por meio de violação ou ameaça de violação de direitos no país de origem ou onde residem. Os motivos que atingem esse grande contingente humano são múltiplos, abrangem, por exemplo, as perseguições políticas, raciais, religiosas e os conflitos armados. Nesse contexto, tais indivíduos sentem-se obrigados a abandonarem o seu local de origem ou de residência em busca de proteção.

Portanto, é possível observar que se trata de temática que se relaciona de forma intrínseca com os direitos humanos. A relevância desta enquanto objeto de estudo está vinculada ao fato de que a existência de grupos de refugiados não se restringem mais a determinada localidade ou a determinado continente. É possível considerar a existência de uma crise global que desafia os contextos políticos e éticos. O Brasil é considerado internacionalmente como “País Receptor” ou “País de Acolhida”. Essa qualidade atribuída ao Estado Brasileiro é oriunda de sua moderna e ampla legislação para atender e abrigar as necessidades dos refugiados. Esse diferencial fez com que a Organização das Nações Unidas o reconheça como referência para os demais países no assunto refugiados. Apesar de tal reconhecimento no âmbito normativo, é necessário observar se a referida proteção é efetivada por meio de políticas públicas.

O questionamento “o que é um refugiado?” e sua respectiva é de suma relevância na presente abordagem pois, por meio da caracterização como refugiado, o imigrante se torna sujeito de direito com destinações de proteções humanitárias singulares. Portanto, percorrer a linha do tempo por meio de bases históricas e conceituais do instituto do refúgio é também observar a consecução de direitos aos refugiados. Nessa trilha há documento internacionais e nacionais para responder o questionamento: o que é um refugiado?

O triunfo de documentos internacionais que visam à proteção dos direitos dos refugiados ocorreu após período marcado por hostis violações aos direitos humanos e ocasionou a saída, alheia à vontade, de grande contingente populacional dos seus respectivos países de origem. Tais documentos, frutos de cooperações internacionais propunham zelo aos direitos humanos e aos direitos dos refugiados com a finalidade de promoção da dignidade da pessoa humana. O compromisso da proteção dos refugiados e dos seus direitos não

se limita ao âmbito internacional, sendo necessária participação ativa do Estado com a finalidade de tutelar e efetivar direitos a estes.

O Brasil, como signatário de diversos documentos internacionais de proteção aos refugiados, assume o dever, diante destes, da concretização dos seus respectivos direitos. Todavia, a adoção de políticas públicas no âmbito brasileiro possui dificuldades de concretização no que concerne à eficácia e à eficiência. Compreender os refugiados como sujeitos que possuem “o direito a ter direitos” é o primeiro passo para destacar a relevância da voz ativa destes enquanto sujeitos ativos das políticas que são destinadas a estes.

Nesse sentido, compreende-se como relevante a inclusão dessa temática como necessário campo de estudo no âmbito acadêmico. Pois se trata de problemática emergente que pode e deve ser abordada no âmbito governamental, institucional, social e científico. Os artigos científicos representam expressões concretas das pesquisas, portanto, realizar a análise por meio da revisão integrativa permite diagnosticar as perspectivas e desafios da concretização de direitos e de inserção social dos refugiados. Ademais, a análise da produção do conhecimento permite condensar as problemáticas e direcionar para proposições de atenuação das insuficiências do fenômeno.

Para suprir, em parte, essa lacuna, o presente estudo objetiva analisar as evidências científicas sobre o instituto do refúgio e a sua correlação com os direitos humanos e os desafios na concretização destes direitos expressos na literatura brasileira disponibilizado pelo Portal CAPES. Para tanto, caracterizou-se a produção científica brasileira acerca do fenômeno do refúgio frente aos direitos humanos, prosseguiu-se com o exame das acepções de refugiados expressas no sistema jurídico brasileiro e nos documentos internacionais refletidas na literatura corrente e discorreu-se sobre a necessidade de ouvir a voz dos refugiados, considerando as políticas públicas brasileiras e o instituto do refúgio.

## 2 Itinerário metodológico

Foi realizada busca de artigos publicados na interface de dados do Portal de Periódicos CAPES e não fora encontrada produção acadêmica similar a este artigo, garantindo caráter inédito. Dessa feita, elegeu-se a Revisão Integrativa (RI) como tipologia de estudo para analisar o objeto de interesse: Direitos humanos dos refugiados.

A Revisão Integrativa é uma tipologia de pesquisa que visa sintetizar resultados de pesquisas sobre tema ou questão, de maneira sistemática, ordenada e abrangente e que fornece informações mais amplas ao integrar diversos estudos sobre determinado tema/problema, constituindo um novo corpo de conhecimento<sup>1</sup>. Com base nessas premissas, configura-se como tipo de pesquisa oportuno para a consecução do objetivo aqui expresso. Os referidos autores acrescentam que a RI produz resultado de qualidade quando realizada com base num método que lhes confira validade.

Esta pesquisa seguiu o método proposto por Mendes, Silveira e Galvão<sup>2</sup>: para realização de RI, a partir das fases: (1) Identificação do tema e questão de pesquisa, (2) Critérios de elegibilidade, (3) Fontes de informações, (4) Estratégia de busca, (5) Coleta dos dados e (6) Análise dos resultados.

Com base no exposto, esta RI se orientou pelo questionamento: Quais evidências os periódicos científicos informam sobre Direitos Humanos dos refugiados? E, para respondê-la, definiu-se os seguintes critérios: artigos disponíveis sem restrições de idioma e ano de publicação, tendo como fonte para a coleta de

<sup>1</sup> ERCOLE, Flávia Falcí; MELO, Laís Samara de; ALCOFORADO, Carla Lúcia Goulart Constant. Revisão integrativa versus revisão sistemática. *Revista Mineira de Enfermagem*, v. 18, n. 1, p. 9-12, 2014. p.11.

<sup>2</sup> MENDES, Karina Dal Sasso; SILVEIRA, Renata Cristina de Campos Pereira; GALVAO, Cristina Maria. Revisão integrativa: método de pesquisa para a incorporação de evidências na saúde e na enfermagem. *Texto contexto – enferm.*, Florianópolis, v. 17, n. 4, p. 758-764, dez. 2008. p. 761.

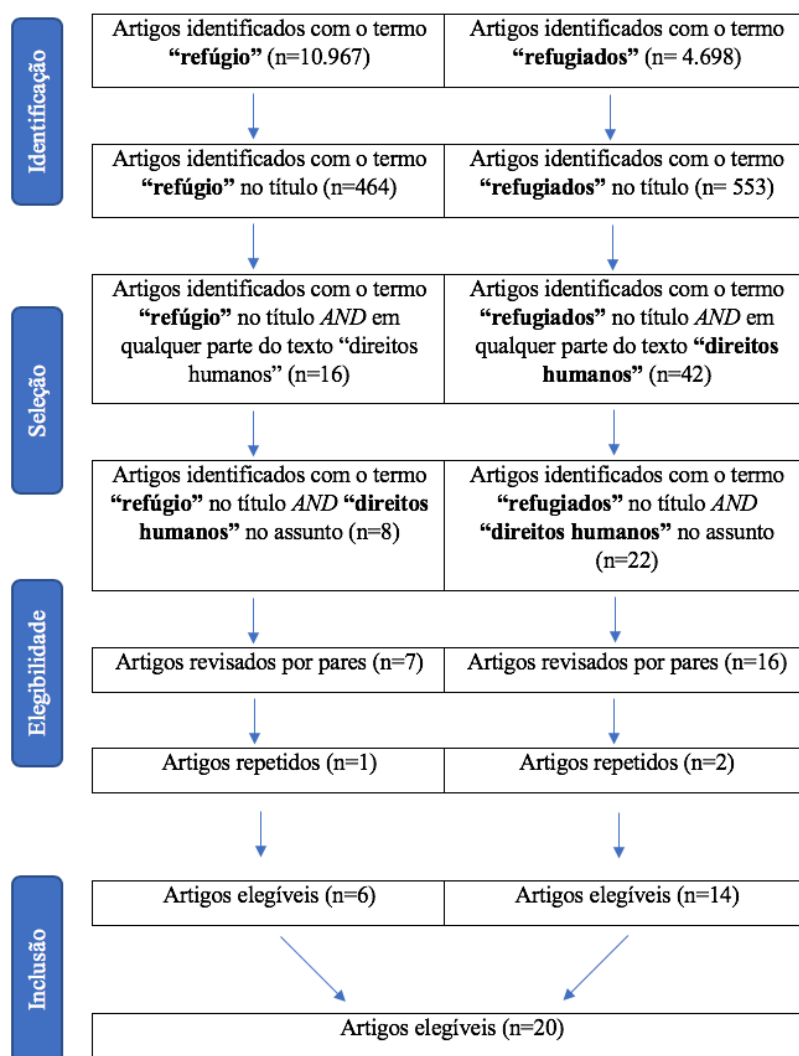
dados o Portal de Periódicos CAPES.

As estratégias de busca seguiram-se com a seleção das palavras chaves: refúgio, refugiados e direitos humanos, interligados pelo operador lógico *booleano AND* para subsidiar uma pesquisa mais ampla. Utilizou-se o fluxograma do *Preferred Reporting Items for Systematic Reviews and Meta-Analyses* (PRISMA) para apresentar o processo de seleção dos estudos incluídos nesta RI, conforme Figura 1.

A Coleta dos dados, a partir da identificação dos artigos, foi realizada no mês de setembro e a apreensão das informações nos meses de outubro a dezembro de 2019. Adotou-se roteiro para extração dos dados, considerando-se o periódico da publicação, o qualis do periódico, o ano de publicação e a vinculação institucional dos autores para caracterização da publicação.

Para fins de análise dos artigos, foram considerados: pergunta/hipótese dos estudos, objetivo, metodologia e a correspondência entre os resultados alcançados e a questão desta revisão. Por fim, os movimentos que orientaram a delimitação das categorias analíticas foram: comparações e contrastes entre artigos que permitissem a identificação de padrões comuns e singularidades, desconsiderando as particularidades e construindo evidências em um desencadeamento lógico de ideias com vistas a responder à questão da pesquisa.

Figura 1 – Detalhamento do processo de seleção dos estudos conforme recomendação PRISMA. Período de realização da busca: setembro de 2019. Fortaleza, CE, 2019



Fonte: Elaborado pelo autor.

### 3 Caracterização da produção científica brasileira acerca do fenômeno do refúgio frente aos direitos dos refugiados

A análise dos 20 artigos que orientaram esta revisão integrativa será apresentada em três sessões: Caracterização da produção científica acerca do fenômeno do refúgio frente aos direitos humanos; Acepções de refugiado expressas no sistema jurídico brasileiro e nos documentos internacionais refletidas na literatura corrente; e Políticas públicas brasileiras e refúgio: a necessidade de ouvir a voz dos refugiados. Cada sessão apresenta uma face do fenômeno estudado, seja a (in)visibilidade dele no meio científico, seja a tessitura conceitual polissêmica ou inconclusa normativamente, seja a face das políticas públicas examinadas a partir dos direitos humanos; ao tempo em que as análises apresentadas nessas sessões se completam ao permitirem a análise das evidências científicas sobre o instituto do refúgio e sua correlação com os direitos humanos e os desafios na concretização destes.

Os artigos selecionados foram publicados em 16 periódicos científicos. Destaca-se a concentração maior em um periódico, Revista *Videre*, que publicou quatro artigos. A representação do possível impacto da circulação do conhecimento produzido e sistematizado pode ser dimensionado a partir do reconhecimento da qualidade do periódico no qual o artigo é publicado.

A avaliação da qualidade do periódico, no Brasil, ocorre por meio de critérios parametrizados, definidos pela Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de nível Superior (CAPES), denominado Qualis Capes. Na métrica vigente, os periódicos, após avaliados, são caracterizados em estratos decrescentes de A1 (o mais elevado) a C (peso zero), como representação indicativa de qualidade; passando pelos extratos A2, B1, B2, B3 e B4<sup>3</sup>.

Para fins desta análise, elegeram-se quatro áreas de avaliação do Qualis por compreender que estas coadunam diretamente com o objeto em apreço: refúgio e direitos humanos. As áreas analisadas foram: Direito, Ciência Política e Relações Internacionais, Sociologia e Interdisciplinar.

Registra-se que os artigos selecionados para esta revisão integrativa foram todos publicados em periódicos classificados no Qualis Capes, a maioria foi publicado em periódicos que apresentavam Qualis em, pelo menos três das quatro áreas estudadas, com variação de extratos de A1 a C. No que concerne a área do Direito, apenas três dos 16 periódicos não apresentaram classificação no período estudado. Destaca-se que 20 artigos publicados, 50% (10) foram publicados em periódicos com Qualis igual ou superior ao extrato B1 para a área do Direito, correspondendo a seis periódicos, conforme pode ser visualizado no Quadro 01, a seguir.

Quadro 01 - Distribuição dos periódicos selecionados para o estudo segundo Qualis CAPES (2013-2016)<sup>4</sup> e número de artigos publicados. Fortaleza - CE: 2019

Título do Periódico	Qualis (2013-2016)				Nº de Artigos
	Direito	Ciência Política e Relações Internacionais	Sociologia	Interdisciplinar	
Universitas Ciências da Saúde - UniCEUB	*	*	*	B4	1
Revista Internacional de Direitos Humanos	A2	B1	*	A2	1

<sup>3</sup> COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Cursos avaliados e reconhecidos por região*. 2019. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/quantitativos/quantitativoRegiao.jsf> Acesso em: 29 nov. 2019.

<sup>4</sup> COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Webqualis*. 2016. Disponível em: <http://qualis.capes.gov.br/webqualis> Acesso em: 05 nov. 2019.

Título do Periódico	Qualis (2013-2016)				Nº de Artigos
	Direito	Ciência Política e Relações Internacionais	Sociologia	Interdisciplinar	
Revista Brasileira de Política Internacional	A1	A1	A2	*	2
Meridiano 47	B2	B2	B2	B2	1
Revista Brasileira de Ciências Sociais	A1	A2	A1	A1	1
Revista de Sociologia e Política	B1	A1	B1	B1	1
Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana	B2	B1	*	*	1
Revista Videre	B1	B3	*	B4	4
Universitas Relações Internacionais -UniCEUB	B4	B4	*	*	1
Psicologia USP	*	B1	*	A2	1
Revista de la Secretaría del Tribunal Permaente de Revisión	B3	B3	*	B4	1
Revista de Estudos Empíricos em Direito	B1	B5	B3	B4	1
Fórum Linguístico-UFSC	*	*	*	B1	1
Revista Diálogo	B5	B3	B4	B4	1
Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD.	C	B2	B5	A2	1
Espaço Jurídico	A1	*	B3	B1	1
<b>Total</b>					<b>20</b>

\* Não pontua na avaliação do Qualis no quadriênio 2013-2016.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Na sequência, os artigos inseridos nesta RI são analisados quanto ao ano de publicação, título do artigo, palavras chaves, autores e instituições vinculadas, conforme pode ser verificado no Quadro 02. Espera-se com essas variáveis reconhecer como o estudo do fenômeno do refúgio se apresenta no meio científico nacional.

Quanto ao ano de publicação, identificou-se a publicação de um artigo nos anos de 2007, 2009 e 2010 e dois artigos no ano de 2012. A partir de 2014, percebe-se tendência no crescimento do número de artigos publicados, sendo três em 2014, quatro em 2015, três em 2017, quatro em 2018 e até setembro de 2019, um artigo havia sido publicado. Tais resultados expressam que o fenômeno do refúgio e sua relação com os direitos humanos têm apresentado interesse crescente e contínuo de pesquisadores.

É provável que esse interesse seja reflexo dos crescentes motivos ensejadores de deslocamentos forçados de cidadãos de seus países de origem. As estatísticas demonstram que o fenômeno dos refugiados é mundial,



ascendente e atinge países antes não afetados, se configurando como questão de grade relevância<sup>5</sup>.

Em relação ao idioma, 17 foram publicados em português do Brasil, dois em inglês e um em espanhol. Esses artigos envolveram 30 autores, quatro destes se configuraram como autores em dois artigos, os demais têm o nome grafado em um dos artigos analisados.

No que concerne à veiculação institucional dos autores, temos envolvimento de 14 universidades brasileiras e seis universidades estrangeiras situadas nos países: Itália, Bélgica, França e Estados Unidos. Ademais, há autoria vinculada ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ). E, em dois artigos, os autores não apresentaram filiação institucional. Quanto à distribuição regional das universidades brasileiras de veiculação dos autores, observa-se predominância na região Sudeste com 9 universidades distribuídas nos estados de São Paulo (seis), Rio de Janeiro (duas) e Espírito Santo (uma); seguida da região Centro-oeste com publicações vinculadas a quatro universidades situadas no Estado do Mato Grosso do Sul e no Distrito Federal, cada um com duas instituições. Tem-se uma universidade na região, no estado de Santa Catarina e não houve identificação de filiação dos autores a universidades situadas nas regiões Nordeste e Norte, conforme Quadro 02.

Quadro 02 - Distribuição dos artigos selecionados para o estudo segundo título, palavras-chaves, autores, instituições e ano. Fortaleza - CE: 2019

Nº	Título	Palavras Chaves	Autor(es)/Instituição	Ano
1	Refugiados no Brasil: Estigma, Subjetividade e Identidade	Subjetividade social; Diáspora, Preconceito racial, Direitos humanos.	Glória Maria Pereira José Bizerril UniCEUB	2007
2	The legitimate security interests of the State and international refugee protection	Segurança; Direitos Humanos, Proteção Internacional de Refugiados.	Juan Carlos Murillo González ACNUR	2009
3	Re-democratization and human rights: refugee policy in Brazil	Refugiados; Direitos humanos; Redemocratização brasileira.	Julia Bertino Moreira Unicamp	2010
4	O reconhecimento da categoria de refugiados ambientais pela ordem jurídica internacional: possibilidades e desafios	Mudanças climáticas; Direitos humanos; Refugiados.	Janaína Freiburger B. Peixe Católica de Santa Catarina.	2011
5	Os direitos humanos dos humanos sem direitos: refugiados e a política do protesto	Refugiados; Direitos humanos; Cidadania; Humanitarismo; Mobilidade.	Carolina Moulin*	2011

<sup>5</sup> SILVA, Daniela Florêncio da. O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas. *Revista brasileira de Estudos de População*, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 163-170, abr. 2017. p. 164-165.

Nº	Título	Palavras Chaves	Autor(es)/Instituição	Ano
6	Direitos Humanos e refúgio: uma análise sobre o momento pós-determinação do status de refugiado	ACNUR; Direitos humanos; Política internacional; Refugiados.	Thais Silva Menezes Rossana Rocha Reis USP e UNB	2014
7	Direitos Humanos e refúgio: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado	Refúgio; Perseguição; Regime internacional dos refugiados; Direitos humanos; Violação de direitos humanos.	Rossana Rocha Reis Thais Silva Menezes UNB e USP	2014
8	Refúgio e realidade: desafios de definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil	Refúgio; Direitos humanos; Direito dos refugiados; Direito internacional dos direitos humanos, República Democrática do Congo.	Aryadne B. Waldely; Bárbara G. das Virgens; Carla Miranda J. de Almeida  UFRJ e Universidade de Paris 3 –Sorbonne Nouvelle e European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation	2014
9	Brasil: possibilidades do instituto jurídico dos refugiados ambientais no contexto dos Direitos Humanos	Refugiados; Direitos Humanos; Refugiados Ambientais.	César Augusto S. da Silva UFGD	2015
10	<b>Reassentamento solidário e políticas públicas para refugiados no Brasil</b>	Refugiados, Reassentamento Solidário; Direitos Humanos.	Raul Felix Barbosa UFES	2015
11	Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio	Direitos humanos, Políticas migratórias; Desigualdades; Migrações.	Carmem Lussi*	2015
12	Imigração haitiana e o Brasil: considerações sobre a negativa caracterização do refúgio (RP)	Direito de Refúgio, Direitos Humanos, Haitianos, <i>Non refoulement</i>	Marcos Caio Lopes Moro César Augusto S. da Silva UFGD	2015
13	Derecho Internacional de los Refugiados en el siglo XXI: Desafíos al Estado Brasileño	Direitos humanos, Proteção do indivíduo, Refúgio	Eraldo Silva Jr. UERJ	2017
14	<b>Refugiados, responsabilidade e governança.</b>	Refugiados; Governança; Direitos Humanos; Migrações.	Raul Felix Barbosa; Viviane Mozine Rodrigues UFES e PUC-SP	2017

Nº	Título	Palavras Chaves	Autor(es)/Instituição	Ano
15	<b>Sul-Americanos na Grande São Paulo: pesquisa-ação na Conferência Nacional de Migração e Refúgio e o diagnóstico dos imigrantes sobre a marginalização de direitos no Brasil</b>	Imigração; Sul-americanos, Mercosul; Comigrar.	Cynthia Soares Carneiro USP	2017
16	“É um problema de todo mundo”: Conceitos, métodos e práticas no ensino de português para refugiados.	Ensino de Línguas para refugiados; Refúgio; Direitos Humanos.	Bruno Deusdará; Poliana Coeli Costa Arantes; Ana Karina Brenner UERJ, ACNUR, ONU e FA- PERJ.	2018
17	Sem “direito a ter direito”? Lendo os protestos de refugiados enquanto autonomia política	Refúgio; Precariedade; Direitos Humanos.	Brunilda Pali; Katrin Kremmel; Fabricio Pontin FWO, KU-Leuven-Bélgica, Universidade de Vienna, Universidade de Illinois,	2018
18	Refugiados e Conflitos internacionais: o caso da região dos Grandes Lagos Africanos	Conflitos internacionais; Região dos Grandes; Refugiados; Migração; Direitos humanos; Lagos Africanos.	Sérgio Luiz Cruz Aguilar; Mariana M. Saes Braga UNESP	2018
19	Direitos Humanos e refugiados: relações entre regimes internacionais construídos no sistema ONU	Direitos humanos; Refugiados; Regimes internacionais.	Julia Bertino Moreira Janine Hadassa Oliveira Marques de Borba/ Universidade da Bretanha Ocidental (França) e UFABC	2018
20	O direito de partir dos refugiados no direito cosmopolita	Direito cosmopolita; Refugiado; Direito de partir; Direitos humanos; Hospitalidade.	Thaís Magrini Schiavon e Lisandra E. de Mello Aguirre UNIOESTE	2019

\* Pesquisadores autônomos. Sem vinculação institucional expressa na publicação.

Fonte: Elaborado pelo autor.

É possível perceber concentração da produção científica relacionada a temática dos refugiados e direitos humanos na região Sudeste. Esse resultado permite concordar com o já exposto na literatura, que a pós-graduação brasileira é maior responsável pela geração, desenvolvimento e uso do conhecimento científico<sup>6</sup>. As análises da distribuição das universidades, às quais os autores são veiculados, guardam semelhanças, quando se considera o número de artigos publicados, com a distribuição dos Programas de Pós-graduação

<sup>6</sup> SOARES, Paulo César. Contradições na pesquisa e pós-graduação no Brasil. *Estud. an.*, São Paulo, v. 32, n. 92, p. 289-313, abr. 2018. p. 292.

nas regiões brasileiras. Dados disponíveis no site da CAPES revelam que o maior número de programas de Pós-graduação está na região Sudeste (1997), seguida da região Sul (984), Nordeste (946), Centro-Oeste (387) e Norte (275)<sup>7</sup>.

Com base nas palavras-chaves referidas nos artigos, 17 artigos grafaram os termos refúgio/refugiados e direitos humanos. Os demais (três), embora não tenham registrados os dois termos como chaves, registraram um deles e uma outra palavra diretamente relacionada, a exemplo de migrações. Cumpre registrar, no entanto, que esses mesmos artigos expressam, em seus títulos, o termo refúgio. Estão cunhadas, ainda, palavras-chaves que foram categorizadas de modo a expressar a complexidade do fenômeno estudado, a saber: motivos ensejadores de refúgio (perseguição, preconceito racial, mudanças climáticas, refugiados ambientais e desigualdades); proteção aos refugiados (proteção ao indivíduo, mobilidade, cidadania, humanitarismo, segurança, hospitalidade); áreas do direito vinculados à temática ou sobre os direitos dos refugiados (direito cosmopolita, direito de partir, direitos dos refugiados, direito ao refúgio); políticas relativas ao refúgio (política internacional, proteção internacional aos refugiados, regimes internacionais, políticas migratórias, ACNUR, Mercosul, Comigrar); Fenômenos relacionados ao refúgio (reassentamento, migrações, imigrações, *Non refoulement*) e outras palavras relativas ao contexto e sua complexidade (precariedade, subjetividade social, diáspora, governança, redemocratização brasileira, conflitos internacionais e ensino de língua para refugiados).

Foi possível identificar, ainda, que 4 artigos apresentaram os locais de estudo relativos às palavras-chaves: República Democrática do Congo, haitianos, sul-americanos, região dos Grandes Lagos Africanos. Referem-se a pesquisas cujos desenho metodológico constituem estudo de caso, embora o número de artigos que seguiram esse desenho seja superior àqueles que refletiram as palavras-chave.

Essa amplitude da complexidade do refúgio e sua relação com os direitos humanos expressa quer nos títulos dos artigos, quer nas palavras chaves evidenciam o quão interdisciplinar se apresenta este fenômeno que ultrapassa limites geográficos e de soberania nacional e apresenta repercussões de cunho social, político, cultural, econômico e normativo. Constitui-se, pois, problema humanitário e transnacional. A temática dos direitos humanos deve pautar o escopo do Estado-nação<sup>8</sup> e, para fins de concretização de direitos, a institucionalização das políticas públicas que são produtos das medidas governamentais<sup>9</sup>.

#### **4 Acepções de refugiado expressas no sistema jurídico brasileiro e nos documentos internacionais refletidas na literatura corrente**

Reconhecer os significados impressos nas acepções do termo “refugiado” é compreender a complexidade das implicações destes significados para usufruto do reconhecimento do refugiado como tal. Portanto, como sujeito titular de direito. Por conseguinte, somente aqueles identificados como refugiados estarão aptos a receber assistência humanitária, a qual é vital para grupos que buscam abrigo.

Essa relevância é demonstrada nos artigos da presente revisão integrativa, por meio das abordagens epistêmicas e métodos e adotados em 15 dos 20 artigos analisados. No escopo destes, o conceito de refugiados expresso é concernente com a norma vigente, a partir de uma análise da evolução dos documentos interna-

<sup>7</sup> COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Cursos avaliados e reconhecidos por região*. 2019. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/quantitativos/quantitativoRegiao.jsf> Acesso em: 29 nov. 2019.

<sup>8</sup> TASSIGNY, Monica Mota; SANTOS Jahyra Helena Pequeno. Direitos humanos internacionais e o escopo nação: a exigência de normas transculturais de proteção à mulher na visão de Martha Nussbaum. *Revista Jurídica Lusó-Brasileira – RJLB*, Lisboa, v. 4, p. 189-210, 2018. p. 202.

<sup>9</sup> PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Medidas provisórias e políticas públicas: uma análise do papel do Congresso Nacional nas políticas de saúde no governo Dilma (2011-2016). *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p.54-74, 2018. p. 63.

cionais e/ou do sistema jurídico brasileiro, a partir da Lei 9.474 de 22 de julho de 1997. É possível observar que, no âmbito acadêmico, a produção sobre refúgio é crescente, conforme a sessão anterior, todavia os autores do artigo 16 consideram que as causas dos refúgios não são debatidas e combatidas. Acrescentam que estas são, até mesmo, incentivadas pelas grandes potências<sup>10</sup>.

A crítica apresentada é indutora de reflexão, qual seja: o avanço em estudos sobre os refugiados não garante, na mesma medida, a prospecção de políticas e ações dirigidas para atuar sobre as raízes do problema. Pelo exposto, não se desconsidera a importância de bases normativas de proteção aos direitos dos refugiados, nas quais se assenta a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento precursor do sistema internacional da proteção da pessoa humana. A promulgação desse importante documento foi pedra angular pela internacionalização dos Direitos Humanos, reconhecendo não somente um rol de direitos, mas, determinando aos Estados a responsabilidade de efetivação de direitos e, por conseguinte, a proteção de valores essenciais a dignidade do homem. Outrossim, enseja-se que haja aplicação de direitos e atuação sobre os determinantes do problema.

Os direitos civis e políticos foram basilares nas construções dos documentos, sendo priorizados frente aos direitos sociais, econômicos e culturais. Essa destinação específica a determinados direitos está associada aos países “influentes” que participaram da construção dos referidos documentos. Os autores do artigo 19 compreendem que essa primordialidade é dada diante da influência dos Estados Unidos da América e de outros países ocidentais no processo de institucionalização do regime internacional dos refugiados. Ademais, aduzem que a segurança nacional se sobrepõe a perspectiva humanitária destinada ao refúgio<sup>11</sup>. Diferentemente da argumentação expressa no artigo 02, no qual o autor manifesta a compreensão que há nos instrumentos de proteção aos refugiados devido ao equilíbrio entre as necessidades humanitárias e a soberania nacional<sup>12</sup>.

Diante da necessidade de conciliar as distintas intenções das Nações, houve o favorecimento da perspectiva tradicional de soberania estatal, a Convenção realiza delimitação restrita diante dos motivos ensejadores do refúgio. A soma desses fatores resulta em limitação da responsabilidade estatal diante dessa problemática, em especial, dos demais direitos fundamentais e sociais.

O primeiro documento legal internacional que estabelece conceito sobre refugiados é a já referida Convenção de 1951<sup>13</sup>, relativa ao Estatuto dos Refugiados. Nesta, houve a manutenção da proteção aos indivíduos que já haviam sido tutelados por diplomas anteriores e acrescentou nova aplicação ao termo refugiado. Entretanto, em seu artigo 1º, apresenta (de)limitação temporal no que concerne a um dos critérios que caracterizam um refugiado:

Art. 1º : Para fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa: c) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> DEUSDARÁ, Bruno; ARANTES, Poliana Coeli Costa; BRENNER, Ana Karina. “É um problema de todo mundo”: conceitos, métodos e práticas no ensino de português para refugiados. *Fórum Linguístico*, Florianópolis, v. 15, n. 3, p. 3226-3240, out. 2018. p. 3238.

<sup>11</sup> MOREIRA, Julia Bertino; BORBA, Janine Hadassa Oliveira Marques de. Direitos Humanos e refugiados: relações entre regimes internacionais construídos no sistema ONU. *Moções: Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Dourados, v. 7, n. 14, p. 59-90, dez. 2018. p. 63.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional aos refugiados. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 121-137, jun. 2009. p. 133.

<sup>13</sup> Referenciada nos artigos 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 13, 14, 16, 18, 19 e 20.

<sup>14</sup> ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Convenção de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados*. Genebra: ACNUR, 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf) Acesso em: 21 out. 2019.

Além da limitação temporal, é possível observar, no mesmo documento, que há limitação geográfica como critério de caracterização de refugiado:

B. Para fins da presente Convenção, as palavras “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”, do artigo 1º, seção A, poderão ser compreendidos no sentido de ou a) “Acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa”<sup>15</sup>.

Com a finalidade de dar maior amplitude ao conceito de condição de refugiado e, por conseguinte, dar maior aplicabilidade a esses dispositivos, o Protocolo de 1967 trouxe como modificação ao texto da Convenção de 1951, a retirada dos dizeres: “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951”.

A Convenção de Genebra de 1951 é o advento documental internacional de proteção específica aos refugiados, esta surge no contexto de pós-Segunda Guerra Mundial, a exemplo da Declaração Internacional de Direitos Humanos de 1948. A necessidade de criação de regime internacional de direitos humanos e regime internacional relativo aos refugiados é oriunda das maciças violações de direitos humanos no período bélico que dentre os povos mais atingidos, destaca-se a comunidade judia que diante do antissemitismo foi perseguida e, conseqüentemente, buscou países adversos do seu de origem para sobrevivência, conforme realçado no artigo 13<sup>16</sup>.

No que concerne a essa relação necessária entre os direitos humanos, por conseguinte, a declaração dos Direitos Humanos e a interpretação da Convenção de Genebra de 1951 e do Protocolo de 1967 o artigo 19 destaca a fragilidade no regime internacional referente aos refugiados diante da ausência de mecanismos de monitoramento da Organização das Nações Unidas (ONU) de fiscalização da concretização por parte dos estados-membros no que fora objetivado com a criação dos documentos. Esse contexto coloca em xeque a eficácia e estão vinculados à não articulação entre refúgio e direitos humanos<sup>17</sup>.

No que concerne à necessidade de compreender, de forma conjunta, o fenômeno do refúgio e o regime internacional de direitos humanos, os autores do artigo 07 desta RI asseveram que a interpretação da Convenção de 1951 não pode ser desvinculada da ideia de direitos humanos pois o instituto do refúgio não pode ser possível de compreensão, caso seja negligenciada a égide dos direitos humanos<sup>18</sup>.

Outro marco importante que trouxe contribuições conceituais que refletem, diretamente, a consecução de direitos aos refugiados foi a Declaração de Cartagena, a qual estendeu a aplicabilidade prevista na Convenção de Genebra de 1951 para os países americanos. Nesta, o termo refugiado referenciava àquela pessoa que:

[...] tivesse fugido de seu país porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira ou conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública<sup>19</sup>.

A insuficiência do conceito de refugiado adotado pela referida Convenção resultou na criação de documentos regionais que abordassem as realidades vivenciadas pelas respectivas regiões e ampliação do que seria considerado como refugiado. É advento da Declaração de Cartagena o uso de “violação maciça dos direitos humanos” como motivo ensejador do refúgio. O documento regional possui importância adicional

<sup>15</sup> ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Convenção de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados*. Genebra: ACNUR, 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf) Acesso em: 21 out. 2019.

<sup>16</sup> SILVA JR., Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao Estado brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 5, n. 10, p. 196-215, out. 2017. p. 200-203.

<sup>17</sup> MOREIRA, Julia Bertino; BORBA, Janine Hadassa Oliveira Marques de. Direitos Humanos e refugiados: relações entre regimes internacionais construídos no sistema ONU. *Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Dourados, v. 7, n. 14, p. 59-90, dez. 2018. p. 89.

<sup>18</sup> REIS, Rossana Rocha; MENEZES, Thais Silva. Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 22, n. 49, p. 61-83, mar. 2014. p. 81.

<sup>19</sup> ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Declaração de Cartagena, de 22 de novembro de 1984*. p. 3. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos>. Acesso em: 18 nov. 2019.

por conseguir realizar vínculo entre as vertentes da proteção do indivíduo e o direito internacional dos refugiados, conforme expresso no artigo 13<sup>20</sup>.

No âmbito nacional, o Brasil ratificou as proteções internacionais já previstas e por meio da Lei Nacional de Refúgio há o estabelecimento de critérios mais amplos de reconhecimento dos refugiados quando comparados com os outros documentos internacionais. Somado a isso, a Lei 9.474 de 1997 também estabelece procedimento nacional específico para o reconhecimento desse contingente populacional que se sente obrigado a sair do seu país de origem, em busca de proteção no Brasil. Para os autores do artigo 08, esse contexto demonstra que o Estado brasileiro possui posicionamento vanguardista na temática<sup>21</sup>.

Os critérios nacionais de reconhecimento de refugiados encontram-se no artigo 1º da Lei 9.474/97:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – Devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se proteção de tal país;

II – Não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – Devido à grave e generalizada **violação de direitos humanos**, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país<sup>22</sup>.

O advento oriundo dessa normatividade brasileira permite afirmar que, no âmbito jurídico, a legislação brasileira além de recepcionar a totalidade dos princípios contemplados pela Convenção de Genebra de 1951 e pelo Protocolo de 1967 das Nações Unidas, apresenta-se como inovadora ao Promulgar a Lei 9.474/97, caracterizada como uma das legislações mais modernas no contexto mundial. Essa característica atribuída a Lei Nacional de Refúgio se dá pelo fato de incluir as discussões contemporâneas sobre o tema.

É importante destacar que o Brasil se apresenta como exceção na legislação destinada à proteção do refúgio, e como expressa o artigo 14, os governos não tendem a ser suscetíveis à adoção de definição mais ampla do que os documentos internacionais sobre “quem é um refugiado”<sup>23</sup>.

É convergente entre os artigos que realizam análise de caso concreto, a partir de análise jurisprudencial ou litigiosa — artigos 04, 08 e 12 — que é dificultoso a adequação estrita dos casos empíricos à esfera normativa. O artigo 08 realiza estudo com fulcro na análise do caso concreto de um atleta do Congo e propõe que, embora a legislação brasileira seja avançada na temática, as interpretações por parte do Poder Judiciário devem ser mais inclusivas e abrangentes sobre o conjunto normativo da temática do refúgio<sup>24</sup>.

A problemática conceitual prossegue na análise dos referidos documentos, pois traz limitações a determinadas situações não incluídas no escopo normativo e que, portanto, dificulta a proteção humanitária a todos os que estão em situações de migrações forçadas que se assemelham aos refugiados, a exemplo daqueles que

<sup>20</sup> SILVA JR., Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao Estado brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 5, n. 10, p. 196-215, out. 2017. p. 203.

<sup>21</sup> WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves das; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão de. Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil. *REMHU, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, Brasília, v. 22, n. 43, p. 117-131, dez 2014. p. 129.

<sup>22</sup> BRASIL. *Lei n. 9474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19474.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm) Acesso em: 20 fev. 2018.

<sup>23</sup> BARBOSA, Raul Felix; RODRIGUES, Viviane Mazine. Refugiados, responsabilidade e governança. *Revista Videre*, v. 9, n. 17, p. 203-219, ago. 2017. p. 217.

<sup>24</sup> PEIXER, Janaína Freiburger Benkendorf. O reconhecimento da categoria de refugiados ambientais pela ordem jurídica internacional: possibilidades e desafios. *Meridiano 47*, v. 12, n. 123, p. 23-31, jan./fev. 2011. p. 34.; WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves das; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão de. Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil. *REMHU, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, Brasília, v. 22, n. 43, p. 117-131, dez 2014. p. 117; MORO, Marcos Caio Lopes; SILVA, Cesar Augusto Silva da. Imigração haitiana e o Brasil: considerações sobre a negativa de caracterização do refúgio. *Revista Videre*, v. 6, n. 11, p. 16-33, jul. 2015. p. 16

migram por razões ambientais, os quais não se encontram no rol taxativo dos documentos internacionais.

Desastres ambientais afetam todo o planeta. No entanto, inexistente regulamentação internacional apta a tratar desta situação, sendo aqueles afetados pela situação exposta, reconhecidos como migrantes ecológicos. Situação que se configura como limitadora, uma vez que a estes nem sempre é conferido o status de refugiados ambientais, sob à égide da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, o que dificulta a proteção jurídica em âmbito internacional<sup>25</sup>.

Na presente revisão integrativa foram identificados três artigos – 04, 09 e 12 – que tratam especificamente sobre a problemática conceitual de refúgio referente aos migrantes ecológicos<sup>26</sup>. O artigo 12 realiza análise do caso concreto da imigração haitiana no Brasil por meio de decisão judicial negativa de caracterização do fluxo migratório haitiano como refúgio ambiental, situação que teve como motivo ensejador um terremoto, e que, por conseguinte, não coaduna com o princípio do *non refoulement* – não devolução<sup>27</sup>. A limitação do juízo pela observação apenas literal normativa descaracteriza a Declaração de Cartagena, visto que, por meio de técnica hermenêutica, é possível alocar catástrofe natural como causa de refúgio, ademais, é recorrente na doutrina a consideração de motivo ambiental como espécie de refúgio<sup>28</sup>.

Todavia, os autores Moro e Silva<sup>29</sup> compreendem que a negativa de caracterização não violou os direitos humanos dos migrantes haitianos, pois essa corrente restritiva estava em harmonia com o ordenamento jurídico brasileiro de proteção aos direitos humanos com fulcro no visto humanitário. Entretanto, diferentemente do que fora abordado pelos autores, compreende-se que não caracterizar o fluxo migratório haitiano como refugiados ambientais apresenta problemáticas que perpassam a ótica epistêmica e ocasiona violação de direitos humanos, pois o retorno ou o não recebimento desses indivíduos, sob as proteções adequadas a essa espécie de fluxo migratório, é romper com o ordenamento jurídico brasileiro, com os documentos internacionais de refúgio e de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário e que possuem como fulcro o *non refoulement*.

A abordagem, no caso concreto dos haitianos, pelo Poder Executivo é, a partir do artigo 13, eminentemente com o foco na segurança nacional e pelo Poder Judiciário sob o prisma das relações internacionais. Entretanto, é necessário que haja o reenquadramento, por parte dos poderes, para o instituto do refúgio enquanto protético de direitos humanos<sup>30</sup>.

Os fenômenos ambientais desafiam os conceitos tradicionais dos motivos caracterizadores do refúgio e, por conseguinte, de quem seriam os refugiados. Embora o Brasil possua moderna e ampla legislação voltada para a temática, a Lei 9.474/97 não abrange os denominados refugiados ambientais. A partir de análise crítica, o artigo 09 afirma que os conceitos e definições rígidas estão inertes diante das mudanças sociais e políticas que são constantes, para o autor, é necessário para a temática, maior grau e maturação política<sup>31</sup>. Uma forma para alterar esse quadro seria reformas dos documentos internacionais e do Estatuto dos Re-

<sup>25</sup> MATOS, Ana Carolina Pereira; MONT'ALVERNE, Tarin Frota. O regime internacional do clima e a proteção aos "refugiados climáticos": quais desafios da cop 21? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 45-55, 2012. p. 56.

<sup>26</sup> PEIXER, Janaína Freiberger Benkendorf. O reconhecimento da categoria de refugiados ambientais pela ordem jurídica internacional: possibilidades e desafios. *Meridiano 47*, v. 12, n. 123, p. 23-31, jan./fev. 2011. p. 34; SILVA, César Augusto S. Brasil: possibilidades do Instituto Jurídico dos Refugiados Ambientais no contexto dos direitos humanos. *Revista Videre*, Dourados, v. 5, n. 10, p. 16-29, jul./dez. 2013. p. 16; MORO, Marcos Caio Lopes; SILVA, Cesar Augusto Silva da. Imigração haitiana e o Brasil: considerações sobre a negativa de caracterização do refúgio. *Revista Videre*, v. 6, n. 11, p. 16-33, jul. 2015. p. 16.

<sup>27</sup> MORO, Marcos Caio Lopes; SILVA, Cesar Augusto Silva da. Imigração haitiana e o Brasil: considerações sobre a negativa de caracterização do refúgio. *Revista Videre*, v. 6, n. 11, p. 16-33, jul. 2015. p. 16.

<sup>28</sup> MORO, Marcos Caio Lopes; SILVA, Cesar Augusto Silva da. Imigração haitiana e o Brasil: considerações sobre a negativa de caracterização do refúgio. *Revista Videre*, v. 6, n. 11, p. 16-33, jul. 2015. p. 30.

<sup>29</sup> MORO, Marcos Caio Lopes; SILVA, Cesar Augusto Silva da. Imigração haitiana e o Brasil: considerações sobre a negativa de caracterização do refúgio. *Revista Videre*, v. 6, n. 11, p. 16-33, jul. 2015. p. 32.

<sup>30</sup> SILVA JR., Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao Estado brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 5, n. 10, p. 196-215, out. 2017. p. 214.

<sup>31</sup> SILVA, César Augusto S. Brasil: possibilidades do Instituto Jurídico dos Refugiados Ambientais no contexto dos direitos humanos. *Revista Videre*, Dourados, v. 5, n. 10, p. 16-29, jul./dez. 2013. p. 27.



fugiados — Lei 9.474/97 — com o objetivo de abranger esses que até então são considerados deslocados ambientais<sup>32</sup>.

Peixer<sup>33</sup>, autor do artigo 4, compreende que o conceito de refugiado deve ser revisto pois, se deve considerar a proteção integral do ser humano e, para tal, é necessário que consiga abarcar o máximo de aplicação possível. Essa perspectiva coaduna com a já referida defesa apresentada pelos autores dos artigos 09 e 12, para quem é essencial o uso do termo refugiado ambiental com o intento que para que esse tipo de fluxo migratório possua os direitos e políticas públicas coerente com a situação de vulnerabilidade prévia e atenção humanitária, como é previsto para as demais tipologias de refúgio que estão previstas nos documentos internacionais e no âmbito normativo nacional. A defesa de ampliação do instituto do refúgio não objetiva o seu enfraquecimento, mas, sim, fortalecê-lo<sup>34</sup>.

Essa problematização apresentada, que inicialmente parte da égide conceitual e metodológica, também sustenta as práticas de acolhimento dos refugiados nos países e, com destaque, no Brasil. A proposta idealizadora de acolhimento e promoção igualitária, por mais avançada que seja a legislação brasileira destinada a temática, ainda não é a realidade observada pelos refugiados que possuem como destino o Brasil. O artigo 16 dessa RI tenciona a necessidade de (re)pensar a inclusão dos refugiados, com fulcro na perspectiva democrática e promotora de direitos. Os autores destacam os direitos sociais — dentre eles saúde, educação e emprego — como requisitos para que haja inserção efetiva, pois, o refúgio é “um problema de todo mundo”<sup>35</sup>.

O Brasil foi o primeiro país na América do Sul a aderir ao regime internacional para os refugiados e o pioneiro na elaboração de legislação pátria destinada específica na área<sup>36</sup>. Todavia, ainda há um longo caminho de construção de políticas para os refugiados que consigam suprir com os desafios e demandas não cumpridas. Buscando, em especial, atendimento mais eficiente<sup>37</sup>. Para tanto, a centralidade de observação do refugiado, enquanto indivíduo em situação de vulnerabilidade prévia, deve ser alcançada pelas políticas públicas destinadas a eles por serem os protagonistas de tais. Importante destacar que o modo desigual que o refugiado é recebido no Brasil não é falha, apenas, institucional ou legal, mas também, da própria sociedade civil e da mídia, conforme atestam os autores do artigo 16<sup>38</sup>.

## 5 Políticas públicas brasileiras e refúgio: a necessidade de ouvir a voz dos refugiados

Soberania nacional, fronteira, cidadão e Estado permeiam o instituto do refúgio. Immanuel Kant<sup>39</sup>, por meio de sua filosofia criticista na obra *A paz perpétua*, trata das relações internacionais, vislumbrando o alcance de paz ideal, a qual é reconhecida pelo autor como inalcançável. Entretanto, as premissas defendidas pelo filó-

<sup>32</sup> SILVA, César Augusto S. Brasil: possibilidades do Instituto Jurídico dos Refugiados Ambientais no contexto dos direitos humanos. *Revista Videre*, Dourados, v. 5, n. 10, p. 16-29, jul./dez. 2013. p. 27.

<sup>33</sup> PEIXER, Janaína Freiberg Benkendorf. O reconhecimento da categoria de refugiados ambientais pela ordem jurídica internacional: possibilidades e desafios. *Meridiano 47*, v. 12, n. 123, p. 23-31, jan./fev. 2011. p. 38.

<sup>34</sup> PEIXER, Janaína Freiberg Benkendorf. O reconhecimento da categoria de refugiados ambientais pela ordem jurídica internacional: possibilidades e desafios. *Meridiano 47*, v. 12, n. 123, p. 23-31, jan./fev. 2011. p. 39.

<sup>35</sup> DEUSDARÁ, Bruno; ARANTES, Poliana Coeli Costa; BRENNER, Ana Karina. “É um problema de todo mundo”: conceitos, métodos e práticas no ensino de português para refugiados. *Fórum Linguístico*, Florianópolis, v. 15, n. 3, p. 3226-3240, out. 2018. p. 3238.

<sup>36</sup> MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. *Revista brasileira de política internacional*, Brasília, v. 53, n. 1, p. 111-129, jul. 2010. p. 119.

<sup>37</sup> MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. *Revista brasileira de política internacional*, Brasília, v. 53, n. 1, p. 111-129, jul. 2010. p. 126.

<sup>38</sup> DEUSDARÁ, Bruno; ARANTES, Poliana Coeli Costa; BRENNER, Ana Karina. “É um problema de todo mundo”: conceitos, métodos e práticas no ensino de português para refugiados. *Fórum Linguístico*, Florianópolis, v. 15, n. 3, p. 3226-3240, out. 2018. p. 3238.

<sup>39</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua*: um projeto filosófico. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. p. 194.

sofo, em sua concepção, são acessíveis a partir da efetivação das condições estipuladas pelo mesmo. O artigo 20 da presente revisão integrativa ressalta o Princípio da Hospitalidade Universal que, associada com os documentos internacionais de defesa dos direitos humanos, deve guiar os Estados quando se referir a imigração<sup>40</sup>.

A hospitalidade universal não é apenas uma percepção filantrópica, mas direito inerente ao estrangeiro de não ser tratado com hostilidade em virtude de sua vinda ao território de outro. Discutir imigração traz à tona o imperativo ético da hospitalidade, pois há milhões em busca de um local de sobrevivência e encontro mínimo com a paz. Kant faz reflexão complexa de ser aplicada no contexto da soberania territorial ao afirmar que, originariamente, ninguém tem mais direito do que o outro a estar num determinado lugar Terra em virtude do que o autor denomina de direito da propriedade comum da superfície da Terra<sup>41</sup>.

Essa complexidade não deve ser afastada dos debates, pois, embora a obra de Kant seja produzida no século XVIII, vários documentos internacionais possuem o sopro filosófico kantiano, em especial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e esta permanece em vigência. Assim como a hospitalidade universal é fonte de inspiração para a Carta de Direitos Humanos. Todavia, o artigo científico n.º 06 destaca que os interesses dos Estados soberanos determinam o rumo da proteção dos refugiados, essa autonomia inerente à soberania estatal reforça que, embora haja documentos internacionais de proteção ao refúgio, a proteção se dá, de fato, por meio dos países de acolhida e a sua respectiva adoção de políticas<sup>42</sup>.

A dificuldade de resposta positiva aos fluxos dos refugiados deve-se, em parte, a própria natureza internacional e nacional da problemática. Quando se observam sujeitos, como refugiados, que possuem vulnerabilidade prévia e direitos contingenciados, remete-se, também, ao âmbito ético e moral. Seguindo essa égide, o artigo 06 afirma que as lacunas de pesquisas na área também precisam ser supridas, por meio de perpassar o diagnóstico da temática e adentrar em análises<sup>43</sup>. Para tanto, segue-se a análise sobre as políticas públicas brasileiras direcionadas à proteção dos refugiados com base no Princípio da Igualdade e observando a necessidade de haver a voz ativa dos pertencentes a esse fluxo migratório.

No Brasil, as políticas públicas aos refugiados têm como parâmetro a já referida Lei 9.474/97, também denominada estatuto dos refugiados, a qual adotou definição ampliada de refugiados de modo a abarcar os indivíduos que fugiam de violações generalizadas de direitos humanos em seu Estado de nacionalidade, conforme expresso em seu art. 1º, inciso III. Tal definição resulta em valoração da situação política e institucional do País e sua respectiva relação com a situação individual do solicitante, procurando, inclusive, avaliar até que ponto a vida e a liberdade do solicitante encontram-se ameaçadas<sup>44</sup>.

Nas duas décadas que antecederam a entrada em vigor da Lei 9.474/97, o ACNUR se constituía no principal agente de proteção dos refugiados no país. O artigo 10 realiza apanhado histórico e afirma que a partir da entrada em vigor do novo diploma normativo a proteção dos refugiados é institucionalizada, tendo como principal dispositivo o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE)<sup>45</sup>. Considerando-se que as atribuições do CONARE são de análise dos pedidos de refúgio e declaração do reconhecimento da condição de refugiado, de perda ou cessação desta; além de orientar na proteção, assistência e apoio aos migrantes na condição de refugiados no território nacional; decorre que compete a esse colegiado a elaboração de políticas públicas voltadas a esse segmento.

<sup>40</sup> SCHIAVON, Thais Magrini; AGUIERRE, Lissandra Espinosa de Mello. O direito de partir dos refugiados no direito cosmopolita. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 20, n.1, p. 85-104, 2019. p. 89

<sup>41</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. p. 22.

<sup>42</sup> MENEZES, Thais Silva; REIS, Rossana Rocha. Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento pós-determinação do status de refugiado. *Revista brasileira de política internacional*, Brasília, v. 56, n. 1, p. 144-162, 2013. p. 158.

<sup>43</sup> MENEZES, Thais Silva; REIS, Rossana Rocha. Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento pós-determinação do status de refugiado. *Revista brasileira de política internacional*, Brasília, v. 56, n. 1, p. 144-162, 2013. p. 158-159.

<sup>44</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis. A lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. In: ARAÚJO, N.; ALMEIDA, G. A. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 163.

<sup>45</sup> BARBOSA, Raul Felix. Reassentamento solidário e políticas públicas para refugiados no Brasil. *Universitas Relações Internacionais*, v. 73, n. 2, p. 17-23, 2015. p. 19.

Importante anunciar que reconhecer as políticas públicas brasileiras para refugiados é compreender que estas vão além de critérios para concessão de refúgios. Essa premissa assemelha-se à defesa apresentada no artigo 11, no qual os autores afirmam que políticas migratórias englobam todo um sistema que vai desde a atenção para que a população migrante tenha acesso universal àquelas. Podendo, às vezes, serem necessárias políticas específicas para que os direitos sejam garantidos<sup>46</sup>.

O Brasil se encontra nos primeiros passos nas respostas às demandas específicas da população migrante. Esta constatação está expressa no artigo 10 desta revisão integrativa. Para quem, no âmbito brasileiro, há política pública voltada para a recepção, concessão e proteção dos refugiados, orientada pela consecução dos direitos humanos, entretanto, as Leis relativas à segurança pública e segurança nacional criam amplos empecilhos na recepção de estrangeiros no país<sup>47</sup>.

Silva<sup>48</sup> atribui a relativa ineficácia das políticas públicas brasileiras aos refugiados à falta de coordenação. Para o referido autor, entraves e limites governamentais para as políticas refletem a indefinição de papéis entre Ministério da Justiça, Ministério das Relações Exteriores e Ministério do Trabalho. Barbosa<sup>49</sup>, autor do artigo 10, assevera que esses entraves podem estar relacionados ao pouco conhecimento e participação popular, ficando restrita a Cáritas Arquidiocesana o encargo de representação da sociedade civil. Desde a década de 1970, essa instituição de cunho social tem exercido importante papel na recepção de refugiados no país e na inserção desses na sociedade brasileira.

Adicionalmente, embora, no sistema brasileiro, todos os atos administrativos devem ser sujeitados à revisão do Poder Judiciário, este tem adotado o entendimento que a concessão de refúgio constitui ato típico das relações internacionais, de competência privativa do Executivo. Desse modo, atribui caráter amplamente discricionário ao instituto, embora não devesse ser, conforme assinala o autor do artigo 13, Silva Júnior<sup>50</sup>. O artigo 10 também trata, e corrobora, dessa discussão ao afirmar que órgãos que deveriam assumir o papel de orientar sobre o refúgio, na maioria das vezes, não possuem competência para fazê-lo, e, dessa forma, surge mais barreira do que postura mediadora em relação à recepção do imigrante no Brasil<sup>51</sup>.

Uma análise atenta ao fenômeno migratório pode permitir perceber eventuais desigualdades e incongruências nas políticas públicas, algumas vezes naturalizadas entre os autóctones. É possível observar, por exemplo, o trabalho escravo que muitos estrangeiros são vítimas, com violação de leis trabalhistas. Como se vê, este não é um problema, apenas, migratório; é o que atesta o autor do artigo 11<sup>52</sup>. Políticas públicas que correspondam ao desafio do refúgio, e das demais espécies de migração, devem possuir abordagem interdisciplinar e serem integradas com outras políticas, contextualizadas e capazes de reconhecer a complexidade da temática. Dentre essa complexidade, deve haver a ciência de que os fluxos migratórios possuem perfis diferentes e que, para tanto, as políticas a serem adotadas devem observar as singularidades<sup>53</sup>.

O esforço da implementação de políticas públicas adequadas e efetivas impactam não somente o go-

<sup>46</sup> LUSSI, Carmem. Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 136-144, ago. 2015. p. 139-142.

<sup>47</sup> BARBOSA, Raul Felix. Reassentamento solidário e políticas públicas para refugiados no Brasil. *Universitas Relações Internacionais*, v. 73, n. 2, p. 17-23, 2015. p. 22.

<sup>48</sup> SILVA, César Augusto S. Brasil: possibilidades do Instituto Jurídico dos Refugiados Ambientais no contexto dos direitos humanos. *Revista Videre*, Dourados, v. 5, n. 10, p. 16-29, jul./dez. 2013. p. 260-261.

<sup>49</sup> BARBOSA, Raul Felix. Reassentamento solidário e políticas públicas para refugiados no Brasil. *Universitas Relações Internacionais*, v. 73, n. 2, p. 17-23, 2015. p. 18-19.

<sup>50</sup> SILVA JR., Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao Estado brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 5, n. 10, p. 196-215, out. 2017. p. 213.

<sup>51</sup> BARBOSA, Raul Felix. Reassentamento solidário e políticas públicas para refugiados no Brasil. *Universitas Relações Internacionais*, v. 73, n. 2, p. 17-23, 2015. p. 20.

<sup>52</sup> LUSSI, Carmem. Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 136-144, ago. 2015. p. 137.

<sup>53</sup> LUSSI, Carmem. Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 136-144, ago. 2015. p. 142.

verno federal. O artigo 15 constata que o quadro do fluxo migratório internacional impacta a demanda de políticas públicas no âmbito local — município e estado — mas, também a demanda por políticas administrativas no âmbito federal. Pois, é atribuição do ente federativo União e dos seus respectivos órgãos os procedimentos referentes a recepção, regularização e permanência dos imigrantes, e por conseguinte, dos refugiados no Brasil<sup>54</sup>.

A política nacional para refugiados possuiu como articulação primária o reassentamento solidário, como terceiro país, conforme anunciado no artigo 03<sup>55</sup>. O assentamento do refugiado, em um segundo país, se trata de uma política que aloca o refugiado em outro país, mas, quando há o cerceamento da motivação que ensejou a saída do refugiado do seu país de origem é incentivado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) retornar ao seu país, conforme descrito no artigo 10<sup>56</sup>. Por meio do programa de reassentamento, é possível ter controle maior dos refugiados que se dá por meio do recebimento de pequenos e administráveis grupos, o artigo 03 ressalta que essa política que tal política é seletiva e restritiva, coadunando com os interesses brasileiros externos e internos<sup>57</sup>.

O protagonismo dos refugiados nas políticas públicas destinadas a estes é essencial para que haja eficácia e efetividade. O artigo 18 ressalta que as migrações internacionais, quando gerenciadas de forma adequada, podem resultar em diversos benefícios para o âmbito do acolhimento<sup>58</sup>. Descortinar a realidade dos imigrantes com vulnerabilidade, destacando os refugiados, e permitir a voz ativa para estes é considerada, pela autora do artigo 15, como forma de compreender quais são os gargalos legais e em qual âmbito há mais dificuldade na inserção no Brasil<sup>59</sup>.

Os refugiados devem ser tratados como sujeitos ativos das políticas pública e não sujeitos passivos. A escuta desse contingente facilita a identificação dos problemas vivenciados por eles. Essa abordagem também deve ser dada à esfera institucional, o CONARE precisa dar voz às demandas dos refugiados. Ações coordenadas em prol da aproximação com a comunidade local e a inserção plena na sociedade são fundamentais para que haja um processo de integração com potencial sucesso pois, um dos desafios de complexo processo é a dificuldade nos aspectos culturais, sociais e econômicas, é o que assegura Moreira<sup>60</sup>, autora do artigo 03.

O reconhecimento do direito à participação política por parte dos imigrantes e, por conseguinte, dos refugiados é tratado no artigo 15. Para a autora, esse direito é mitigado no Brasil por haver impossibilidade do exercício ao voto, diferentemente dos demais países da América do Sul<sup>61</sup>. Do exposto, infere-se que a igualdade de direitos presente no marco legal não coaduna com a realidade, pois esta não adota o Princípio da Não Discriminação. O direito de participação política é de extrema relevância para compreender os

<sup>54</sup> CARNEIRO, Cynthia Soares. Sul-americanos na Grande São Paulo: pesquisa-ação na Conferência Nacional de Migração e Refúgio e o diagnóstico dos imigrantes sobre a marginalização de direitos no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 4, p. 156-174, 2017. p. 170.

<sup>55</sup> MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. *Revista brasileira de política internacional*, Brasília, v. 53, n. 1, p. 111-129, jul. 2010. p. 124.

<sup>56</sup> BARBOSA, Raul Felix. Reassentamento solidário e políticas públicas para refugiados no Brasil. *Universitas Relações Internacionais*, v. 73, n. 2, p. 17-23, 2015. p. 20.

<sup>57</sup> MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. *Revista brasileira de política internacional*, Brasília, v. 53, n. 1, p. 111-129, jul. 2010. p. 124.

<sup>58</sup> AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz; BRAGA, Mariana Moron Saes. Refugiados e conflitos internacionais: o caso da região dos grandes lagos africanos. *Revista Videre*, v. 10, n. 20, p. 205-223, dez. 2018. p. 218.

<sup>59</sup> CARNEIRO, Cynthia Soares. Sul-americanos na Grande São Paulo: pesquisa-ação na Conferência Nacional de Migração e Refúgio e o diagnóstico dos imigrantes sobre a marginalização de direitos no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 4, p. 156-174, 2017. p. 173.

<sup>60</sup> MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 53, n. 1, p. 111-129, jul. 2010. p. 125-126.

<sup>61</sup> CARNEIRO, Cynthia Soares. Sul-americanos na Grande São Paulo: pesquisa-ação na Conferência Nacional de Migração e Refúgio e o diagnóstico dos imigrantes sobre a marginalização de direitos no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 4, p. 156-174, 2017. p. 168-170.

interesses e o que os imigrantes almejam. A ausência desse direito silencia as vozes dos refugiados e impossibilita a participação política através do sufrágio.

A estigmatização dos refugiados no Brasil também se faz presente em outras searas. O artigo nº 01, por meio de pesquisa etnográfica que relata experiência de refugiados, elenca como problemáticas a discriminação e a consequente dificuldade de inserção dos refugiados na sociedade<sup>62</sup>. A ausência de alteridade e identidade é uma exponencial exclusão e adversidade, pois ao refugiado recai os mesmos problemas existentes no contexto brasileiro, assim como aos cidadãos. Todavia, esse segmento, ainda, precisa vivenciar o estigma de ser refugiado, o “de fora”, ou, às vezes, visto com olhares de marginalização<sup>63</sup>.

Compreender os refugiados como sujeitos de direitos é essencial para que estes possam ter o que a filósofa e ex-refugiada Hannah Arendt<sup>64</sup> compreende ser o “direito a ter direitos”. O artigo 17 afirma ser necessário observar o refugiado para além da vulnerabilidade e que precisa do auxílio de outrem para ser “resgatado”<sup>65</sup>. Para tanto, o artigo 05<sup>66</sup> reitera que estudar a “voz” desse grupo marginalizado é essencial para compreender, de forma mais completa, essa problemática complexa, pois estes não tiveram oportunidade de impactar na formulação de políticas destinados a eles e, principalmente, alterar a política global. O que se objetiva com as melhorias das políticas é abandonar a percepção infantilizada que romantiza a proteção do Estado. É fulcral a emancipação desses sujeitos de direitos a médio e longo prazo, todavia, é preciso enfrentar os desafios iniciais de informalidade social, econômica e as marginalidades que são consequentes destas.

O Brasil possui uma das mais modernas e inovadoras legislações para acolhimento, proteção e integração do solicitante de refúgio. Contudo, por meio da análise dos artigos que passaram pelo método de seleção para esta revisão integrativa tem-se a ideia de que no campo das políticas públicas evidencia-se fragilidade na coordenação destas; ocasionadas por conflitos e ou indefinições de papéis, além de processos, algumas vezes, exacerbadamente burocratizados. Há mais clareza nas descrições legais do que na efetividade destas traduzidas em políticas públicas.

## 6 Considerações finais

Uma reflexão sobre o fenômeno do refúgio, em seu curso histórico, permite perceber que os fatores que ensejam o refúgio estão intimamente associados ao conceito desse fenômeno, documentos internacionais e nacional dispõem os motivos. Na classificação clássica, circundam motivações relativas a perseguições a grupos minoritários por apresentarem opiniões distintas, às vezes inconciliáveis, com a maioria; podendo ser de cunho religioso ou político; seja o pertencimento a determinado grupo social; seja como consequência de guerras e conflitos locais; ou àquelas relativas à discriminação e perseguição racial. A doutrina acrescenta como motivo ensejador o reflexo de condições sócio-econômica-ambientais incompatíveis com a sobrevivência.

A situação do refugiado predispõe a vulnerabilidades diante de anterior violação ou ameaças aos direitos e liberdades. Destarte, a proteção humanitária por parte do país de acolhida para se fazer presente requer que seja assegurada a fruição dos direitos direcionados aos refugiados. São múltiplos os documentos que

<sup>62</sup> PEREIRA, Glória; BIZERRIL, José. Refugiados no Brasil: estigma, subjetividade e identidade. *Universitas: ciências da saúde*, Brasília, v. 5, n. 1/2 p. 137-154, 2007. p. 119.

<sup>63</sup> PEREIRA, Glória; BIZERRIL, José. Refugiados no Brasil: estigma, subjetividade e identidade. *Universitas: ciências da saúde*, Brasília, v. 5, n. 1/2 p. 137-154, 2007. p. 131

<sup>64</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p.21

<sup>65</sup> PALI, Brunilda; KREMMEL, Katrin; PONTIN, Fabricio. Sem “direito a ter direitos”?: lendo os protestos de refugiados enquanto autonomia política. *Diálogo*, v. 39, p. 133-142, 2018. p. 134.

<sup>66</sup> MOULIN, Carolina. Os direitos humanos dos humanos sem direitos: refugiados e a política do protesto. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v.26, n.76, p.145-155, 2011.

visam à proteção dos refugiados, entretanto, não é a sua totalidade que possui normatividade internacional. Dessa forma, o conceito de refugiado variará de acordo com o contexto do Estado-Nação em que o indivíduo está envolvido. Nessa perspectiva, não há homogeneidade de critérios de aplicabilidade para o reconhecimento do que é refugiado.

Diante disso, surge a primeira problemática no que concerne a definição do termo refugiado: a ausência de uniformidade, essa ausência é decorrente da amplitude em que a legislação ou documento internacional incide em cada Estado. É fato que existem diversos documentos que visam à proteção dos refugiados, entretanto, não é a sua totalidade que possui normatividade internacional. Dessa forma, o conceito de refugiado variará de acordo com o contexto do Estado-Nação em que o indivíduo está envolvido. Nessa perspectiva, não há homogeneidade de critérios de aplicabilidade para o reconhecimento do que é um refugiado. Essa problemática sai do campo teórico e adentra o campo prático quando, resultado dessa ausência de uniformidade, a ACNUR possui dificuldade em classificar, auxiliar e resguardar os refugiados e seus direitos.

Essa constatação é evidenciada na literatura nacional corrente quando se relaciona os temas refúgio e direitos humanos. Outrossim, foi possível apreender que essas categorias analíticas dizem respeito a um campo interdisciplinar de conhecimento, uma vez que apresenta repercussões de cunho social, político, cultural, econômico e normativo. Similarmente, por se constituir problema humanitário, também não apresenta limites geográficos, é transnacional. Dessa forma, espera-se que o interesse crescente dessa temática enquanto objeto de estudo se reflita nas políticas públicas, pois a amplitude da legislação brasileira não significa que, no cotidiano, os refugiados possuam o mesmo amparo e proteção como previsto em lei.

Orientada por esse entendimento, reconhecem-se normativas internacionais e jurisdições nacionais têm sido instituídas com vistas a melhor qualificar o status de refugiados. Outrossim, medidas de cunho social e solidário têm sido efetivadas por organizações e grupos numa compreensão humanitária do direito de todos ter direito à vida digna, independente de sua nacionalidade de origem. Entretanto, o tecido é híbrido e apresenta diversas facetas, a atual crise migratória põe em xeque o atual sistema de proteção aos refugiados. É perceptível a complexidade do fenômeno refúgio e a operacionalização das categorias jurídico-administrativas relativas.

No cenário nacional, coexistem medidas consideradas audaciosas e limitantes. No campo normativo-legal, dispõe-se de legislação considerada inovadora e mundialmente reconhecida; de outro lado, o Estado brasileiro não possui diretrizes claramente estabelecidas para indução e condução de políticas e ou programas destinados a acolhida e permanência dos solicitantes de refúgio. Destaca-se, no texto da Lei nacional, a incorporação da grave violação dos direitos humanos como motivo ensejador do refúgio; além dos referidos nos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Assim, o claro entendimento de que não é possível dissociar a análise do fenômeno refúgio das discussões relativas aos direitos humanos. Essa compreensão que se expressa na literatura é fecunda para ganhar maior expressão nas políticas públicas, as quais, como sugerem os autores devem tecidas com os sujeitos interessados, os refugiados, e não somente dirigidas a eles.

Outrossim, a falta de clareza em relação à definição de papéis no âmbito estatal e a parca participação da sociedade civil em programas de acolhimento e integração de refugiados no Brasil tem sido referida na literatura. De modo similar, a insipiência ou inadequação de políticas e/ou ações intencionadas a acolhidas dos refugiados e sua reinserção no cotidiano de vida da nova nacionalidade não tem ocupado um campo estratégico.

A nítida necessidade de aprimoramento e ampliação de soluções que possibilitem aos refugiados adquirirem total pertencimento à sociedade nos países acolhedores e da a qualificação com flexibilização dos processos para obtenção de refúgio nos direcionaram a dialogar com autores sobre o papel do judiciário nesta busca.

Por fim, é possível reconhecer que, no Brasil, há uma arquitetura de base jurídica para acolher refugiados no país, no entanto, muitos desafios se colocam em cena face ao crescente número de solicitações e a situa-

ção sócio-econômica-administrativa e política que o Estado brasileiro vivencia; impactando, diretamente, as políticas públicas e os direitos de seus nativos; não sendo clara a postura de interesse de qualificar ou ampliar a política migratória.

## Referências

AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz; BRAGA, Mariana Moron Saes. Refugiados e conflitos internacionais: o caso da região dos grandes lagos africanos. *Revista Videre*, v. 10, n. 20, p. 205-223, dez. 2018.

ALMEIDA, Guilherme Assis. A lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. In: ARAÚJO, N.; ALMEIDA, G. A. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Convenção de 1951, relativa ao estatuto dos refugiados*. Genebra: ACNUR, 1951. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf) Acesso em: 21 out. 2019.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. *Declaração de Cartagena, de 22 de novembro de 1984*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BARBOSA, Raul Felix. Reassentamento solidário e políticas públicas para refugiados no Brasil. *Universitas Relações Internacionais*, v. 73, n. 2, p. 17-23, 2015.

BARBOSA, Raul Felix; RODRIGUES, Viviane Mozine. Refugiados, responsabilidade e governança. *Revista Videre*, v. 9, n. 17, p. 203-219, ago. 2017.

BRASIL. *Lei n. 9474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm) Acesso em: 20 fev. 2018.

CARNEIRO, Cynthia Soares. Sul-americanos na Grande São Paulo: pesquisa-ação na Conferência Nacional de Migração e Refúgio e o diagnóstico dos imigrantes sobre a marginalização de direitos no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 4, p. 156-174, 2017.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Cursos avaliados e reconhecidos por região*. 2019. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleita/programa/quantitativos/quantitativoRegiao.jsf> Acesso em: 29 nov. 2019.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. *Webqualis*. 2016. Disponível em: <http://qualis.capes.gov.br/webqualis> Acesso em: 05 nov. 2019.

DEUSDARÁ, Bruno; ARANTES, Poliana Coeli Costa; BRENNER, Ana Karina. “É um problema de todo mundo”: conceitos, métodos e práticas no ensino de português para refugiados. *Fórum Linguístico*, Florianópolis, v. 15, n. 3, p. 3226-3240, out. 2018.

ERCOLE, Flávia Falci; MELO, Laís Samara de; ALCOFORADO, Carla Lúcia Goulart Constant. Revisão integrativa versus revisão sistemática. *Revista Mineira de Enfermagem*, v. 18, n. 1, p. 9-12, 2014.

GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional aos refugiados. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 121-137, jun. 2009.

- KANT, Immanuel. *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.
- LUSSI, Carmem. Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 136-144, ago. 2015.
- MATOS, Ana Carolina Pereira; MONT'ALVERNE, Tarin Frota. O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da cop 21? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 45-55, 2012.
- MENDES, Karina Dal Sasso; SILVEIRA, Renata Cristina de Campos Pereira; GALVAO, Cristina Maria. Revisão integrativa: método de pesquisa para a incorporação de evidências na saúde e na enfermagem. *Texto contexto – enferm.*, Florianópolis, v. 17, n. 4, p. 758-764, dez. 2008.
- MENEZES, Thais Silva; REIS, Rossana Rocha. Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento pós-determinação do status de refugiado. *Revista brasileira de política internacional*, Brasília, v. 56, n. 1, p. 144-162, 2013.
- MOREIRA, Julia Bertino. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 53, n. 1, p. 111-129, jul. 2010.
- MOREIRA, Julia Bertino; BORBA, Janine Hadassa Oliveira Marques de. Direitos Humanos e refugiados: relações entre regimes internacionais construídos no sistema ONU. *Moções: Revista de Relações Internacionais da UFGD*, Dourados, v. 7, n. 14, p. 59-90, dez. 2018.
- MORO, Marcos Caio Lopes; SILVA, Cesar Augusto Silva da. Imigração haitiana e o Brasil: considerações sobre a negativa de caracterização do refúgio. *Revista Videre*, v. 6, n. 11, p. 16-33, jul. 2015.
- MOULIN, Carolina. Os direitos humanos dos humanos sem direitos: refugiados e a política do protesto. *Revista brasileira de ciências sociais*, São Paulo, v.26, n.76, p.145-155, 2011.
- PALI, Brunilda; KREMMEL, Katrin; PONTIN, Fabricio. Sem “direito a ter direitos”? lendo os protestos de refugiados enquanto autonomia política. *Diálogo*, v. 39, p. 133-142, 2018.
- PEIXER, Janaína Freiberger Benkendorf. O reconhecimento da categoria de refugiados ambientais pela ordem jurídica internacional: possibilidades e desafios. *Meridiano 47*, v. 12, n. 123, p. 23-31, jan./fev. 2011.
- PEREIRA, Gloria; BIZERRIL, José. Refugiados no Brasil: estigma, subjetividade e identidade. *Universitas: ciências da saúde*, Brasília, v. 5, n. 1/2 p. 137-154, 2007.
- PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Medidas provisórias e políticas públicas: uma análise do papel do Congresso Nacional nas políticas de saúde no governo Dilma (2011-2016). *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 3, p.54-74, 2018.
- REIS, Rossana Rocha; MENEZES, Thais Silva. Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento anterior à determinação do status de refugiado. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 22, n. 49, p. 61-83, mar. 2014.
- SCHIAVON, Thaís Magrini; AGUIERRE, Lissandra Espinosa de Mello. O direito de partir dos refugiados no direito cosmopolita. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 20, n.1, p. 85-104, 2019.
- SILVA JR., Eraldo. Direito internacional dos refugiados no século XXI: desafios ao Estado brasileiro. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 5, n. 10, p. 196-215, out. 2017.
- SILVA, César Augusto S. Brasil: possibilidades do Instituto Jurídico dos Refugiados Ambientais no contexto dos direitos humanos. *Revista Videre*, Dourados, v. 5, n. 10, p. 16-29, jul./dez. 2013.
- SILVA, Daniela Florêncio da. O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas. *Revista Brasileira de Estudos de População*, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 163-170, abr. 2017.



SOARES, Paulo César. Contradições na pesquisa e pós-graduação no Brasil. *Estud. an.*, São Paulo, v. 32, n. 92, p. 289-313, abr. 2018.

TASSIGNY, Monica Mota; SANTOS Jahyra Helena Pequeno. Direitos humanos internacionais e o escopo nação: a exigência de normas transculturais de proteção à mulher na visão de Martha Nussbaum. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, Lisboa, v. 4, p. 189-210, 2018.

WALDELY, Aryadne Bittencourt; VIRGENS, Bárbara Gonçalves das; ALMEIDA, Carla Miranda Jordão de. Refúgio e realidade: desafios da definição ampliada de refúgio à luz das solicitações no Brasil. *REMHU, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, Brasília, v. 22, n. 43, p. 117-131, dez 2014.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Planejamento familiar: “inimigo”  
a ser combatido, “aliado”  
libertador ou falso “amigo”?\***

**Family planning: enemy to be  
fought, liberating ally or false  
friend?**

Vinicius Ferreira Baptista

# Planejamento familiar: “inimigo” a ser combatido, “aliado” libertador ou falso “amigo”?\*

## Family planning: enemy to be fought, liberating ally or false friend?

Vinicius Ferreira Baptista\*\*

### Resumo

O artigo tem como objetivo discutir o sentido de planejamento familiar no que se refere ao limiar entre a autonomia e controle de corpos. Para tal o texto se apoia, em primeiro lugar, nos instrumentos normativos e regulatórios no Brasil, situando os que tratam da fecundidade da mulher; em segundo, em bases teóricas que articulam planejamento familiar, autonomia da mulher e o sentido de família “sustentável” empregado nesses instrumentos normativos e em políticas públicas. Em seguida, recorreremos à busca das principais propostas legislativas que tratam da matéria que envolva planejamento familiar. Concluimos, ao longo da argumentação, que o planejamento familiar se situa, conceitual e prática, assim como legislativamente, entre a autonomia imperfeita e controle, cabendo à noção de uma agência desigual e imperfeita em quatro elementos: 1) por ser desigual entre homens e mulheres na prática e uso dos métodos por “livre” escolha, e desigual entre mulheres, pela figura da prole “incontrolável” de mulheres pobres que prejudicam o país; 2) porque há clara limitação de agência no que se refere à autonomia de fato, para mulheres, no âmbito do planejamento familiar que não se limite ao mero controle demográfico; 3) pela nítida responsabilização pelo planejamento familiar no âmbito das mulheres; 4) considerando a criminalização de famílias pobres, devendo ter ceifados seus direitos ao planejamento por não serem capazes ao exercício da família. Assim, acreditamos que preenchemos lacuna teórica no âmbito da relação entre planejamento familiar, sem imputar autonomia de forma acrítica com os mecanismos de poder associados.

**Palavras-chave:** Planejamento familiar. Políticas públicas. Mulheres. Autonomia. Gênero.

### Abstract

The article aims to discuss the sense of family planning with regard to the threshold between autonomy and body control. To this end, we rely, first, on the normative and regulatory instruments in Brazil, situating those that deal with the fertility of women; second, on theoretical bases that articulate family planning, women’s autonomy and the sense of “sustainable” family used in these normative instruments and in public policies. Then, we looked for the main legislative proposals that deal with the matter that involves family

\* Recebido em 02/03/2020

Aprovado em 04/06/2020

Este estudo foi financiado em parte via Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) e Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) com bolsas de pesquisa e de Iniciação Científica. O autor agradece aos pareceristas anônimos pelas sugestões

\*\* Doutor em Políticas Públicas (UERJ). Professor da Graduação em Administração Pública e do Mestrado em Desenvolvimento Territorial e Políticas Públicas da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).  
E-mail: viniciusferbap2007@hotmail.com

planning. We conclude, throughout the argument that family planning is situated, conceptual and practical, as well as legislatively, between imperfect autonomy and control, fitting the notion of an uneven and imperfect agency in four elements: 1) for being unequal between men and women in the practice and use of “free” choice methods, unequal among women, by the figure of the “uncontrollable” offspring of poor women who harm the country; 2) because there is a clear limitation of agency with regard to de facto autonomy, for women, within the scope of family planning that is not limited to mere demographic control; 3) for the clear responsibility for family planning within women; 4) considering the criminalization of poor families, and their rights to planning must have been swept away because they are unable to exercise the family. Thus, we believe that we fill a theoretical gap in the context of the relationship between family planning, without imputing autonomy in an uncritical way with the associated power mechanisms.

**Keywords:** Family planning. Public Policies. Women. Autonomy. Gender.

## 1 Introdução

O presente texto trabalha, teórica e empiricamente, a noção de planejamento familiar pela via do Direito em discussão dos projetos apresentados no legislativo e que estejam ativos este ano. Como qualquer documento normativo de caráter legislativo, estes projetos se orientam por definições e justificativas em que apresentam-se concebidos, apresentados e discutidos nas câmaras legislativas. O planejamento familiar, como processo notadamente associado à mulher, pelo sentido de o cuidado ser de “natureza” feminina, aponta, portanto, uma determinada caracterização de “mulher”. Nessa noção, historicamente, a mulher se responsabiliza pela anticoncepção, diferentemente do homem, cumprindo papel desproporcionalmente como objeto do que de sujeito da sua história sexual e reprodutiva.

Objetivo, portanto, é discutir o sentido de planejamento familiar no que se refere ao limiar entre a autonomia e controle de corpos de mulheres. Para isso, buscamos projetos de lei em andamento no Congresso Nacional que incorporassem as temáticas do “planejamento familiar”, “esterilização feminina”, “laqueadura”, “laqueadura tubária”. Descartamos projetos já arquivados e aglutinamos a análise nos “projetos mãe”, ou seja, projetos principais em que são apensados todos os projetos com textos e matérias semelhantes. Assim, analisamos seis projetos de leis a fim de compreender o sentido construído e a percepção operacionalizada.

Os conceitos operacionalizados para o presente trabalho envolvem o planejamento familiar dado pela Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996 (Lei do Planejamento Familiar) como método de prevenção e de intervenção na saúde da família, considerando a unidade familiar (para além da mulher), ao mesmo tempo em que objetiva a redução de indicadores de mortalidade materna de mulheres pobres por meio da melhoria dos serviços de pré-natal, parto e pós-parto.

Nesse ponto trabalhamos, também, com a noção da “família sustentável”, em que cabe à mulher a responsabilização planejamento familiar, desde a escolha do contraceptivo à responsabilidade pela decisão da quantidade de filhos (que, como vimos, se pauta na sustentabilidade [financeira] familiar). Assim, o planejamento familiar, como mecanismo de limitação da reprodução feminina, se distanciando, na prática, do que é previsto teórica e normativamente nos preceitos constitucionais e leis relativas.

Não obstante, outra noção trabalhada constitui o estigma da família pobre como disfuncional, incapaz de dar conta às obrigações de seus membros, impactando negativamente em suas esferas da vida. A extirpação da família pobre e sua limpeza é mote desse planejamento e não a miséria e pobreza em si — não há pessoas miseráveis e pobres, se as famílias forem impedidas de “reprodução”, caracterizando um modelo que verticaliza e inferioriza o planejamento familiar.

O terceiro aspecto da crítica refere-se à estigmatização da relação entre planejamento familiar pela in-

terpretação da família sustentável, criando os “ambientes mais preparados” à lógica econômica, uma vez que a relação condição econômica e quantidade de filhos se apresenta, apenas, nos casos em que a primeira é considerada baixa ou insuficiente e a segunda é apontada como alta, configurando, portanto, lógica economicista no planejamento familiar que criminaliza dos que não teriam “condições” em ter filhos em uma família “não preparada”.

Um quarto ponto do texto é resumido pelos estudos de Silva et al.<sup>1</sup> que analisam o significado do planejamento familiar dado por mulheres em idade fértil, destacando que o mesmo usualmente é expresso sob a dimensão econômica, independência e liberdade ou controle da fecundidade. Este último, “relacionado a um exercício de poder da mulher sobre seu corpo, regulando seu destino biológico da procriação”, em que o significado tem forte relação tendo em vista a interação social e conjugalidade que cada mulher mantém com as pessoas e o ambiente em que vive.

Assim, o objetivo deste artigo é discutir, à luz do direito e das políticas públicas, o sentido de planejamento familiar no que se refere ao limiar entre a autonomia e controle de corpos e como se apresentam nas leis e propostas. Assim, apresentamos literatura referente ao planejamento familiar, o sentido de autonomia e escolha dentro do planejamento familiar, ao passo em que descrevemos o cenário e analisamos os principais instrumentos normativos e de seis propostas legislativas de 2009-2019.

Concluimos que o planejamento familiar, em parte significativa das propostas, configura-se, assim, como mecanismo de limitação da reprodução feminina, distanciando-se, na prática, do que é previsto teórica e normativamente nos preceitos constitucionais e leis relativas. Nesta configuração de controle de corpos e mentes do planejamento familiar, cabe à mulher a responsabilização desde a escolha do contraceptivo à responsabilidade pela decisão da quantidade de filhos (que, como abordamos no texto, se pauta na sustentabilidade financeira familiar) e o alcance das ações dos homens sequer é considerada.

## 2 Planejamento familiar e a esterilização: autonomia ou imperfeição?

Para Nicolau et al.<sup>2</sup>, em 2011, a Laqueadura Tubária (LT) e o anticoncepcional hormonal oral responderam por 60% do uso de contraceptivos entre mulheres unidas com idade entre 15 e 49 anos de todo o país, enquanto apenas 2,6% dos homens se submeteram à vasectomia. Notoriamente, a relação de objeto situa contexto de controle demográfico, comportamental e reprodutivo de lógicas que inferiorizam as mulheres em relação aos homens.

Os anos 1980 até a metade da década de 1990 foram marcados pela disseminação da laqueadura tubária como o principal método contraceptivo no Brasil, sendo um dos países com maiores índices de esterilização feminina mundial — Perpétuo e Wong<sup>3</sup> destacam que, em 1986, 28,2% das mulheres de 15 a 44 anos em união eram esterilizadas cirurgicamente, dimensão que aumentou substantivamente para 40,1%, em 1996, considerando entre mulheres de 15 a 49 anos no mesmo contexto.

A prática de esterilização cirúrgica feminina, nos anos 1980, assumiu proporções de esterilização em massa com ênfase nos casos de mulheres negras, pobres e moradoras de localidades periféricas em alusão às práticas higienistas de reprodução de grupos sociais incapazes de “sustentar” uma família. A possibilidade

<sup>1</sup> SILVA, Raimunda Magalhães da et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 5, p. 2415-2424, 2011. p. 2417.

<sup>2</sup> NICOLAU, Ana Izabel Oliveira et al. Laqueadura tubária: caracterização de usuárias laqueadas de um serviço público. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 55-61, 2011.

<sup>3</sup> PERPÉTUO, Ignez Helena Olivia; WONG, Laura Rodriguez. Desigualdade socioeconômica na utilização de métodos anticoncepcionais no Brasil: uma análise comparativa com base nas PNDS 1996 e 2006. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE; CEBRAP (Eds.). *Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS 2006: dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança*. Brasília: Ministério da Saúde, v.1, p. 85-104, 2009 (Série G – Estatística e Informação em Saúde).

de eventuais ações controladoras demográficas e de corpos no Brasil levantou a questão de aviltação de direitos humanos de grupos — no caso, as mulheres, considerando as dimensões associadas de classe e raça<sup>4</sup>.

Em 1992, o Congresso Nacional instalou Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar o fenômeno da esterilização cirúrgica feminina em massa no Brasil. De acordo com o relatório da CPI, no período anterior a 1970, a proporção de mulheres esterilizadas no Brasil correspondia a 5,3% do total de mulheres esterilizadas em 1986. Entre 1970-1974, a taxa de mulheres esterilizadas aumentou 9,5%; entre 1975-1979, aumentou 21%; entre 1980-1982, ascendeu 26,5%; entre 1983-1985, cresceu 28%; por fim, ao longo de 1986, em apenas 9 meses do ano, houve aumento de 9,2%<sup>5</sup> — o que configura um claro problema público de grande proporção, se considerarmos que, em alguns estados à época, índices de esterilização alcançavam 30% do total de mulheres em alguns estados brasileiros<sup>6</sup>.

Normativamente, apenas em novembro de 1997, a Portaria n.º 144 da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde regulamentou o procedimento da esterilização cirúrgica voluntária nos serviços públicos de saúde para mulheres e homens com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade ou, que tivessem, pelo menos, dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico.

A laqueadura como método de planejamento familiar apresenta como causas de escolha: o desconhecimento procedimento cirúrgico da reversão, a desinformação sobre outros métodos contraceptivos e mitos sobre estes, a confusão errônea frente às falhas dos métodos e efeitos colaterais — especificamente, o objetivo pela escolha pode estar associado por praticidade, segurança e que libere o homem da participação na contracepção<sup>7</sup>. Nessa questão “masculina”, destacamos a histórica participação reduzida dos homens no âmbito da utilização dos métodos contraceptivos, programas de saúde sexual e planejamento familiar<sup>8</sup>.

O Planejamento Familiar é regulado pela Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que define este como “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (Art. 2º), sendo direito de todo cidadão (Art. 1º) e parte integrante de uma visão de atendimento global e integral à saúde (Art. 3º) no âmbito do acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade (Art. 4º). O Planejamento Familiar foi incluído pela Lei n.º 11.935, de 2009, nos planos e seguros privados de assistência à saúde, por meio da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, no âmbito do inciso III do Artigo 35-C, sendo obrigatória a cobertura do atendimento.

O parágrafo único do artigo 2º aponta que proibição da utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico. Paralelamente, o Artigo 9º destaca que, ao exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

No que se refere à a esterilização voluntária, esta se restringe nas seguintes situações previstas no Artigo 10º: 1) em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos; 2) risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. Especificamente no caso das mulheres, se proíbe esterilização

<sup>4</sup> INSTITUTO GELEDÉS. *Esterilização: impunidade ou regulamentação?* São Paulo: Geledés – Instituto da Mulher Negra, 1991.

<sup>5</sup> BRASIL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada para Exame da incidência da esterilização em massa de mulheres no Brasil*. Brasília: Congresso Nacional, 1993. p. 34.

<sup>6</sup> BRASIL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada para Exame da incidência da esterilização em massa de mulheres no Brasil*. Brasília: Congresso Nacional, 1993. p. 36.

<sup>7</sup> NICOLAU, Ana Izabel Oliveira et al. Laqueadura tubária: caracterização de usuárias laqueadas de um serviço público. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 1813-1820, 2011.

<sup>8</sup> OSIS, Maria José Duarte; FAÚNDES, Aníbal; MAKUCH, Maria Yolanda; MELLO, Maeve de Brito; SOUSA, Maria Helena; ARAÚJO, Maria José de Oliveira. Atenção ao planejamento familiar no Brasil hoje: reflexões sobre os resultados de uma pesquisa. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 22, n. 11, p. 2481-2490, 2016.

durante os períodos de parto (salvo em casos de cesarianas sucessivas anteriores).

O estudo de Osis et al.<sup>9</sup> aponta que, quanto mais jovem a mulher proceda à esterilização, maior é a chance de arrependimento após a laqueadura. Nesse aspecto, Caetano<sup>10</sup>, ao analisar o direito à requisição da esterilização cirúrgica no sistema público de saúde pelas leis de planejamento familiar nas constituições de 1916 e 2002, aponta que a capacidade civil plena, até 2002, era alcançada ao se completar 21 anos de idade, ressalvadas as condições dispostas nos artigos 5º e 6º do Código Civil de 1916 e que, a partir de 2003, a capacidade civil plena é obtida ao se completar 18 anos de vida.

Assim, até 2002, para a realização de esterilização feminina, considerava-se a idade completa de 21 anos e, pelo menos, dois filhos, segundo a Portaria n.º 144 de 1997 do Ministério da Saúde; a partir de 2003, essa condição passou a ser preenchida com a idade completa de 18 anos e, pelo menos, dois filhos.

Em casos específicos, o §3º do Artigo 10º aponta que não será considerada a manifestação de vontade expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente. Nesses casos, o §6º do mesmo artigo aponta que a esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei. O Artigo 12º veda a indução ou estímulo individual/coletivo à prática da esterilização cirúrgica.

Em casos ilegais, há presciência de imputação criminal, cuja pena é de reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave e aumentada de um terço se a esterilização for praticada, nos casos em que ocorra a esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10. Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei n.º 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Nicolau et al.<sup>11</sup> concluem que, quanto menor a escolaridade, maior a porcentagem de laqueadas, assim como o estado da conjugalidade, o tempo e a idade com que iniciaram a convivência com o cônjuge atual estão associados ao fato de a mulher ser laqueada. Paralelamente, há associação inversa entre a porcentagem de mulheres laqueadas e sua escolaridade as mulheres laqueadas configurarem uma parcela de menor nível educacional quando comparadas à população como um todo.

Ao mesmo tempo, as políticas públicas de planejamento familiar não lidam com as diferenças socioeconômicas e geográficas, reverberando nesses índices altos de mulheres pobres e pouco escolarizadas “optando” por este método contraceptivo. Amartya Sen<sup>12</sup> já situava que esse modelo de planejamento familiar operacionalizando por políticas públicas desse tipo tornam o modelo frágil para famílias pobres, especialmente as rurais. E o debate sobre autonomia se apresenta nesse contexto.

Autonomia se configura um conceito atravessado por elementos que não se circunscrevem apenas à uma noção ou lócus. Situa-se enviesada estruturalmente por elementos históricos, contextualizados e, sobretudo, parte da vida cotidiana. Autonomia se insere na ótica da autodeterminação, seus limites e condições, inclusive, seus paradoxos para com a obediência e dever, a definição de indivíduo e de sua capacidade de agência.

Em Birolí<sup>13</sup> vemos que as abordagens liberais tomam o ideal de autonomia e agência de indivíduos como “suas”, mas o que se passa antes desta formação não é considerado. A opressão e dominação na formação

<sup>9</sup> OSIS, Maria José Duarte et al. Atendimento à demanda pela esterilização cirúrgica na Região Metropolitana de Campinas, São Paulo, Brasil: percepção de gestores e profissionais dos serviços públicos de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, p. 625-634, 2009.

<sup>10</sup> CAETANO, André Junqueira. Esterilização cirúrgica feminina no Brasil, 2000 a 2006: aderência à lei de planejamento familiar e demanda frustrada. *Revista Brasileira de Estudos de População*, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 309-331, 2014.

<sup>11</sup> NICOLAU, Ana Izabel Oliveira et al. Laqueadura tubária: caracterização de usuárias laqueadas de um serviço público. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 55-61, 2011.

<sup>12</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras; 2000.

<sup>13</sup> BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 9, p. 07-38, dez. 2012.

das preferências (moral da obediência) naturalizam as diferenças, criando convenções que não ferem o ideal de autonomia. Onde está a coerção? Onde estão os constrangimentos sistemáticos?

O Princípio da Autonomia envolve soberania dos indivíduos em relação a si mesmo e aos outros<sup>14</sup>, estabelecendo leis morais que se tornam universais. Nesse contexto, subjugação e domínio são impedimentos, já que a liberdade envolveria liberdade sem restrições e com independência forte sobre si mesmo, seu corpo e sua mente<sup>15</sup>.

Mas e as condições das mulheres? Autonomia precisa eliminar a coerção e a subjugação. Não há como se considerar autonomia que convirja com estruturas das esferas da vida que orientam e planejam, ideologicamente, objetiva e subjetivamente, as condições materiais e imateriais de existência.

Nesse momento precisamos situar uma estratégia importante de Biroli no ponto em que a autora começa a construir a sua argumentação de uma agência desigual e imperfeita no âmbito das mulheres (condição que envolveria uma autonomia relativa na ordem social em que estas se relacionam).

Ao analisar o contexto em que se desenvolve, a autora não aponta para um horizonte normativo, o que a forçaria a não situar como medida imperfeita e desigual uma agência que relativiza autonomia e “permite” autonomia relativa. Contudo, a autora se propõe, em certa medida, a apresentar modelo analítico que permite considerar as estruturas em que se desenvolvem as relações sociais e a autonomia.

E isto é importante, justamente pelo fato de que, no caso das mulheres, a agência se dá desigual e imperfeita, ou seja, em condições das mulheres para com os homens e delas entre si para com outras mulheres. A estratégia é importante por considerar as condições das mulheres em termos dos contextos em que são desenvolvidos e situar todos os processos em que as desigualdades são construídas.

No ideal moderno, compreendemos a autonomia na ideal e geral capacidade de definir preferências, escolhas e planos de vida, em igual capacidade na definição de Bem. Rawls<sup>16</sup> e Dworkin<sup>17</sup> partem desse ideal normativo<sup>18</sup> em que os agentes são, moralmente, racionais e idealizam concepções de bem viver e de uma sociedade bem-ordenada. Rawls situa a capacidade de os agentes modelarem suas concepções a partir da informação e de suas relações sociais. Dworkin considera a formação dos princípios básicos existência de princípios que interagem com as normas e são aplicados, sobretudo relacionados a virtudes políticas.

A questão é se esses ideais configurariam centralidade na possibilidade de escolha para mulheres, se seus projetos teriam autodeterminação e autogoverno (para usar palavras de Rousseau) e se partiriam originariamente das mulheres, situando uma produção autônoma. Assim, as formações das preferências não são igualmente consideradas nem orientadas pelas mulheres.

Biroli<sup>19</sup> critica, portanto, que os mecanismos sociais que constroem os indivíduos são mascarados, assim como as estruturas de opressão, onde as bases morais e éticas são desconsideradas na produção nas preferências. Esses indivíduos são inscritos em relações de poder e o “exercício da autonomia aparece, assim, como socialmente circunscrito”, todavia, nas teorias apontadas acima, podem ser homogeneizados e achados em sua capacidade de agência e mobilização de preferências.

<sup>14</sup> BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 9, p. 10, dez. 2012.

<sup>15</sup> MILL, John Stuart. On Liberty. In: ON LIBERTY and Other Essays. Ed. Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

<sup>16</sup> RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2000; RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1996.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge (Mass.) and London: Harvard University Press, 1985.

<sup>18</sup> Por conta da sua dimensão do pluralismo político e seus instrumentos da posição original e véu da ignorância, Rawls parte da definição de bem em menor grau que Dworkin.

<sup>19</sup> BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 9, p. 13-16, dez. 2012.



As hierarquias de gênero restringem o horizonte posicionando as oportunidades e expectativas e, ainda nisto, existem mais inscrições, como classe, raça e sexualidades instituídas diferentemente em termos de dominação sistêmica e estrutural. Na autonomia, alguns critérios de agência são colocados, como a base procedimental (cuja agência deriva de realidade e valor associados ao indivíduo, visão atomista e que desconsidera desigualdades conjunturais).

Em certa medida, a relação procedimental, tomada como pura, perfeita ou imperfeita (para usar termos de Rawls e que orientam uma série de autores posteriores, como Nussbaum e Dworkin) acaba por esmorecer tanto a agência e a estrutura em que esta agência se relaciona. Um indivíduo abstrato é elevado à sua potência e o sentido de que uma agência é independente da estrutura pelas condições sociais situadas hipoteticamente como iguais, acaba por apontar para uma livre formação de preferências na construção das diferentes trajetórias sociais, onde não há desigualdade, mas diferenças intermediadas pelas escolhas em livre condição e de exercício autônomo.

Biroli<sup>20</sup> contesta esse procedimentalismo justamente nesse individualismo abstrato, que mascara, des-historiciza e despersonaliza. Como poderíamos falar de procedimentos justos ou corretos, quando a formação dos interesses e o próprio procedimento formalizado desconsidera a generificação destes? Situemos o procedimentalismo rawlsiano, via posição original e construção do véu de ignorância, onde são situados sujeitos mutuamente desinteressados e plenamente racionais, afastados de possibilidade de informações que pautariam suas escolhas. Essa hipótese de Rawls<sup>21</sup>, como apontado por Nussbaum<sup>22</sup>, afasta as condições em que os sujeitos se apresentam, como se fossem dados e conhecidos, além de padronizados como os sujeitos médios de uma sociedade.

Neste ponto se observa a “agência diferenciadamente imperfeita”, onde Biroli conjuga desigualdade e diferença no potencial agenciador das mulheres, em que o reconhecimento da agência autônoma se dá sempre em meio a constrangimentos e opressões, em que a incapacidade e liberdade se mesclam indefinidamente conforme contextos e “a agência é sempre imperfeita em relação ao ideal normativo da autodireção autodeterminação pelos indivíduos de suas preferências”, construindo uma autonomia desigualmente imperfeita<sup>23</sup>.

Os indivíduos não são efetivamente iguais e não são igualmente competentes. Portanto, a “autonomia é um desdobramento da reflexão sobre as bases das preferências e das identidades que são nela fundadas”<sup>24</sup> e necessita enfrentar o problema crítico que é o da internalização da dominação. A construção normativa dos direitos na relação autonomia e imperfeição está associada, no planejamento familiar, às condições sociais em que as mulheres se encontram.

As condições para o exercício pleno do planejamento, em que a família seja pensada a partir das capacidades das pessoas em proverem meios para desenvolvimento completo dos membros da família, nos lembra a dimensão das capacidades a que se refere Martha Nussbaum<sup>25</sup>, todavia, se levado em ápice extremo de interpretação de que apenas aqueles com todas as condições de desenvolvimento familiar possam ser capazes de ter filhos, o planejamento familiar se torna medida de controle populacional. Uma noção de autonomia passa a ser, no horizonte, um controle demográfico, que pode nos levar ao controle moral dos capazes ou incapazes de construir uma família segundo capacidades. Portanto, precisamos observar como as noções de planejamento familiar se dão em uma construção de autonomia desigual e imperfeita.

<sup>20</sup> BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 9, p. 07-38, dez. 2012.

<sup>21</sup> RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2000; RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1996.

<sup>22</sup> NUSSBAUM, Martha. *The Frontiers of Justice*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

<sup>23</sup> BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 9, p. 27, dez. 2012.

<sup>24</sup> BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 9, p. 31, dez. 2012.

<sup>25</sup> NUSSBAUM, Martha. *The Frontiers of Justice*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

Nesse ponto, a discussão de compreender o planejamento familiar não como direito absoluto, mas um trunfo no sentido proposto por Dworkin<sup>26</sup>, ou seja, como uma justificativa de fundo para se discutir as decisões políticas que venham a reconfigurar qualquer estratégia de controle demográfico, social, político ou moral sobre os corpos das mulheres. O sentido do trunfo é compreender que o planejamento familiar deve considerar a multifacetada realidade socioeconômica brasileira que trata diferenciadamente as mulheres brancas e negras, pobres, de classe média ou ricas, que terão condições distintas para o desenvolvimento dos membros familiares. Consequentemente, o planejamento familiar é uma possibilidade de se reconstruir a dimensão da agência das mulheres e impactar em uma sociedade mais igualitária.

Esse sentido igualitário é o que se propõe em Rawls<sup>27</sup>, quando passamos a compreender que o planejamento familiar é uma discussão normativa que incide na lógica dos princípios de uma sociedade bem ordenada do autor. A dimensão em que se apresentam as desigualdades socioeconômicas brasileiras que orientam o desenvolvimento das famílias alude à construção de que as mulheres não estão na mesma igualdade de usufruto do direito à iguais liberdades em relação aos homens, já que, se a agência é desigual e imperfeita, é desigual das mulheres para com homens e das mulheres entre si. Vemos isso no debate entre conciliar tarefas domésticas, cuidado com os filhos e o trabalho remunerado, além das diferentes formas como as mulheres realocam esforços nesse processo. Assim, pensar no planejamento familiar é uma discussão que envolve o contexto social ampliado, a possibilidade de imputar mudanças sociais que reconfiguram sistemas de exploração e de dominação, afim de se criar uma sociedade igualitária.

Nesse ponto retomamos a estratégia importante de Biroli, ao não apontar o horizonte normativo da autonomia, mas considerar o distanciamento de uma construção de autonomia que se dá desigual e imperfeitamente. Esse modelo analítico permite considerar as estruturas em que se desenvolvem as relações sociais e a autonomia em condições das mulheres para com os homens e delas entre si para com outras mulheres. Ao mesmo tempo, situar a dimensão do planejamento familiar como base de agência desigual e imperfeita em relação às mulheres.

### 3 O Planejamento familiar e a família “sustentável: desejo ou controle?”

O planejamento familiar se configura como método de prevenção e de intervenção na saúde da família, considerando a unidade familiar (para além da mulher), assim como o objetivo de redução de indicadores de mortalidade materna de mulheres pobres por meio da melhoria dos serviços de pré-natal, parto e pós-parto. Para Sanches e Simão-Silva<sup>28</sup>, o planejamento familiar aponta a sexualidade considerando-se consentimento do/a parceiro/a e as questões pertinentes à parentalidade, motivando o Princípio da Autonomia, que se oriente pelo “direito de escolher livremente uma opção sem pressões paternalistas ou autoritárias e com o limite de que a opção escolhida não afete a terceiros”.

Ao verificarmos a Lei n.º 9.263/1996 destacamos em seu texto a desconsideração da educação sexual no contexto do planejamento familiar, que proveja meios adequados aos que não querem ter filhos e, ainda assim, desejam ter vida sexual ativa — isto é abranger a interpretação dos Direitos Reprodutivos plenamente, dissociando da ideia de que se vincula ao desejo de reprodução.

Sanches e Simão-Silva<sup>29</sup> apontam que o planejamento familiar tem como benefícios centrais: a) reduzir

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge (Mass.) and London: Harvard University Press, 1985.

<sup>27</sup> RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2000; RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1996.

<sup>28</sup> SANCHES, Mário Antônio; SIMAO-SILVA, Daiane Priscila. Planejamento familiar: do que estamos falando?. *Revista Bioética, Brasília*, v. 24, n. 1, p. 73-82, 2016. p. 79.

<sup>29</sup> SANCHES, Mário Antônio; SIMAO-SILVA, Daiane Priscila. Planejamento familiar: do que estamos falando?. *Revista Bioética, Brasília*, v. 24, n. 1, p. 73-82, 2016.

as possibilidades da concepção de crianças não desejadas e/ou que se propicie o nascimento de criança em ambientes mais preparados; b) promoção das condições para realização responsável de seus projetos parentais, da melhoria das condições de saúde da mulher, ao evitar gravidezes indesejadas e/ou programá-las em situações pessoais, sanitárias e sociais mais adequadas. Os autores situam que “a maneira como se traz uma criança ao mundo é sempre um assunto de interesse social”<sup>30</sup>.

Ainda que os autores não apontem, é nítida a associação de “ambientes mais preparados” à lógica econômica, uma vez que a relação condição econômica e quantidade de filhos se apresenta apenas nos casos em que a primeira é considerada baixa ou insuficiente e a segunda é apontada como alta.

Não há discussão de quantitativo de filhos quando a situação econômica “boa” se configura. O aspecto “econômico” se traduz, automaticamente, em ambiente “mais preparado”, independentemente das possibilidades psicológicas, psicossociais ou legais que possam também ser consideradas, configurando, portanto, lógica economicista e criminal no planejamento familiar referente aos que não teriam “condições” em ter filhos em uma família “não preparada”.

Ao mesmo tempo, novamente, a responsabilização pelo planejamento familiar recai nas condições de saúde da mulher. Essas condições importantes, contudo, dissociadas das condições masculinas, marca a responsabilização pelo processo, considerando a histórica negligência masculina na pró-atividade de cuidado para com a saúde sexual.

Em relação ao Programa de Saúde da Família (PSF), o planejamento familiar é sua centralidade, especialmente nos impactos que podem ser gerados pelo primeiro no desenvolvimento familiar. Dentro do PSF, é possível situar processos referentes à planejamento populacional (não confundido com controle demográfico), planejamento da gravidez, pensar a sexualidade, planejar ter filhos, ou seja, compreende uma gama temática que envolve saúde sexual e reprodutiva.

Desde 2018, o PSF deu lugar ao Estratégia Saúde da Família (ESF), cujo objetivo é promover a qualidade de vida da população brasileira e intervir nos fatores que colocam a saúde em risco e tendo em vista a reorganização da Atenção Primária no país, de acordo com os preceitos do Sistema Único de Saúde. O sentido dessa atenção básica se orienta pela proximidade da equipe de saúde com o usuário para maior adesão do usuário aos tratamentos e às intervenções propostas pela equipe de saúde para que problemas básicos de saúde sejam resolvidos sem a necessidade de intervenção de média e alta complexidade. O ESF trabalha com o conceito de ciclos da vida que, além de apontar elementos etários, conjugam as relações sociais e conjugalidades entre pessoas.

A portaria n.º 2.436, de 21 de setembro de 2017 do Ministério da Saúde, situa a Política Nacional de Atenção Básica e estabelece suas diretrizes no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). O Artigo 2º define a Atenção Básica como conjunto de ações de saúde individuais, familiares e coletivas que envolvem promoção, prevenção, proteção, diagnóstico, tratamento, reabilitação, redução de danos, cuidados paliativos e vigilância em saúde com práticas de cuidado integrado com equipe multiprofissional e dirigida à população em território definido, sendo proibido qualquer tipo de exclusão ao tratamento. Seus princípios básicos são a integridade, equidade e universalidade, previstos no Artigo 3º. Silva et al.<sup>31</sup> apontam que a proximidade favorece o vínculo dos usuários do sistema de saúde, inclusive, potencializando as ações decorrentes.

A respeito da Política Nacional de Atenção Básica, temos o Núcleo Ampliado de Saúde da Família e Atenção Básica, está previsto o cuidado individual e familiar em diversos tipos de atendimentos de saúde, em que o acolhimento é processo crítico que diferencia esse tipo de programa de outras políticas de saúde, ampliadas, difusas e não necessariamente específicas. Claramente, pela portaria, vemos procedimento cen-

<sup>30</sup> SANCHES, Mário Antônio; SIMAO-SILVA, Daiane Priscila. Planejamento familiar: do que estamos falando?. *Revista Bioética, Brasília*, v. 24, n. 1, p. 79, 2016.

<sup>31</sup> SILVA, Raimunda Magalhães da et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 5, p. 2415-2424, 2011.

trado, em cotejo com a Lei n.º 9.263/1996, na ótica contraceptiva, em termos controladores dos corpos femininos, em que as mulheres são mais objetos do que sujeitos.

No atendimento, há o julgamento da oferta dos métodos contraceptivos, o que pode provocar descontinuidade dos métodos contraceptivos, uma vez que boa parte das comunidades atendidas pelo ESF estão distantes de localidades com comércio ou estabelecimentos de saúde onde se adquira métodos contraceptivos.

Silva et al.<sup>32</sup> apontam a provisão irregular dos métodos contraceptivos como desestabilizador a longo prazo, sendo necessária “compatibilidade entre informação e disponibilidade de tecnologia contraceptiva às pessoas”. Paralelamente, ainda que seja um documento normativo, não há indicativo de se situar as relações familiares e o planejamento em conjunto. Isto pode configurar o impasse já situado de políticas apenas voltadas ao controle demográfico de pobres e marginalizados em claro processo de limpeza dos que não poderia ter “condições” para uma família “sustentável”.

Sanches e Simão-Silva<sup>33</sup> também situam a histórica associação casamento e planejamento familiar ou, nas palavras dos autores, “percebemos que quem planeja um casamento está normalmente planejando, como parte dele: a família, ter filhos, ser pais, ser cônjuge, a sexualidade e a reprodução”. Os autores entendem “casamento” como união efetiva e real de duas pessoas, sendo “um contrato social e jurídico com regras bem definidas pelos contextos sociais e culturais em questão”.

O planejamento do casamento aponta relações familiares, alianças que tecem o tecido social, as bases econômicas e a conjugalidade do casal, configurando potencial transição para a parentalidade. Contudo, os próprios autores apontam que “casar e ter filhos não são mais realidades necessariamente correlacionadas”, ou seja, “planejar um casamento não implica, compulsoriamente, planejar ‘ter filhos’, ‘ser pais’, ‘engravidar’”<sup>34</sup>.

Algumas mudanças já se apresentam, como o aumento da proporção de domicílios formados por “não famílias” (idosos e jovens, por exemplo), redução do tamanho das famílias, aumento da proporção de casais maduros sem filhos e a multiplicação de arranjos que fogem ao padrão da típica família nuclear (por exemplo, as famílias chefiadas por mulheres sem cônjuge).

“Crise da família”<sup>35</sup> constitui uma crise de determinados modelos de família, centrados em ordem heterossexual, com grandes quantidades de filhos, centralizado na permanência da mulher no ambiente doméstico se responsabilizando pelas atividades de cuidado, inclusive as atividades de cuidado da saúde sexual e reprodutiva de si e do cônjuge.

Essa crise desse modelo, cuja centralidade está em exercer a função procriadora, na qual o planejamento familiar é a base, precisará incorporar sua forma negativa, que seria o desejo de não ter filhos. Ou seja, como situado por Sanches e Simão-Silva<sup>36</sup>, o planejamento familiar precisa situar sua vertente negativa: não ter filhos. Ao mesmo tempo é necessário planejar ser pai/mãe.

O planejamento familiar, seja constitucionalmente ou contexto programático, no que se refere ao foco de programas na área da saúde, situa a estima da família como sistema e primazia para a saúde pública. Entretanto, Santos e Freitas<sup>37</sup> assinalam que “o planejamento familiar apresenta restrições quando aplicado a

<sup>32</sup> SILVA, Raimunda Magalhães da et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 5, p. 2419, 2011.

<sup>33</sup> SANCHES, Mário Antônio; SIMAO-SILVA, Daiane Priscila. Planejamento familiar: do que estamos falando?. *Revista Bioética, Brasília*, v. 24, n. 1, p. 74-75, 2016.

<sup>34</sup> SANCHES, Mário Antônio; SIMAO-SILVA, Daiane Priscila. Planejamento familiar: do que estamos falando?. *Revista Bioética, Brasília*, v. 24, n. 1, p. 75, 2016.

<sup>35</sup> FRASER, Nancy. Contradiction of capital and care. *New Left Review*, v. 100, p. 99-117, 2016.

<sup>36</sup> SANCHES, Mário Antônio; SIMAO-SILVA, Daiane Priscila. Planejamento familiar: do que estamos falando?. *Revista Bioética, Brasília*, v. 24, n. 1, p. 75, 2016.

<sup>37</sup> SANTOS, Júlio César dos; FREITAS, Patrícia Martins de. Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 1813-1820, 2011. p. 1814.

mulheres que pertencem a classes sociais menos favorecidas”, sem necessariamente acolhendo às reivindicações de mulheres pobres. Ainda nesse cenário, Fonseca-Sobrinho<sup>38</sup> já ponderava esse modo desestruturado da informação pública em programas de governo, bem como o tema da educação nas escolas e as políticas de acompanhamento da saúde familiar, de maneira especial, em territórios mais fragilizados.

Ainda assim, o provimento da informação não é suficiente para que se tenha efetividade do alcance destas políticas. A forma como o conteúdo é passado tem a mesma importância nesse alcance, como ponderam Silva et al.<sup>39</sup>, em que o problema não seria, necessariamente, a falta de informação dos usuários dos programas localizados territorialmente, como o Programa Saúde da Família (PSF), mas como o profissional passa essa informação.

Os contrassensos teórico-ideológicos, pertinentes à crise do crescimento populacional, associam o planejamento familiar, em que o aumento da pobreza e das consequências desta circundavam o aumento indiscriminado da população<sup>40</sup>. Por outro lado, ao observarmos o Brasil, marcado por taxas de fecundidade baixas em regiões mais desenvolvidas, se contrasta com altas taxas nas regiões mais fragilizadas.

Comparativamente no âmbito internacional, a taxa de fecundidade brasileira em 2006 era de dois filhos por mulher, acompanhando à de países desenvolvidos como França (1,9) e Suécia (1,7), e igual à dos Estados Unidos, também se configurando como uma das mais baixas da América Latina e, em 2015, a taxa é de 1,72 filhos por mulher. Podemos observar, na figura 1, que a Taxa de fecundidade total no Brasil, entre 2000 e 2015, vem diminuindo progressivamente, passando de 2,39 filhos por mulher para 1,72 filhos<sup>41</sup>.

A conjuntura que envolve status socioeconômico e efetividade do planejamento familiar se apresenta nitidamente no cenário da historicidade do segundo como a aplicação de métodos para controlar o número de filhos por famílias. Nesse contexto, Fonseca-Sobrinho<sup>42</sup> distingue que o critério econômico toma a dianteira na concepção de um Princípio da Sustentabilidade Familiar.

Tal argumento é consonante ao que Lam e Marteleto<sup>43</sup> sustentam de que se configura situação de projeção do processo de adequação do número de filhos à renda familiar, em que recursos básicos para os membros familiares se tornam juízo crítico de desenvolvimento social. Santos e Freitas<sup>44</sup> apontam que inúmeras crises fragilizam o ciclo de vida de famílias de baixa renda, com prejuízos socioeconômicos e psicossociais e empobrecimento emocional que limitam a capacidade de escolha dos membros da família.

Silva et al.<sup>45</sup> assinalam, em sua pesquisa, que as mulheres cooptam a ideia de uma “vida menos sofrida” e “certas dificuldades vivenciadas na família e na sociedade” como discernimentos para a escolha de ter filhos ou não ao se avaliar “necessidades básicas insatisfeitas” das experiências as quais as mulheres tenham vivido ou vivem — com maior peso para não ter filhos, que, de fato, é uma possibilidade de planejamento familiar.

O IBGE<sup>46</sup> destaca que o Brasil reduziu sua concentração de renda entre 1998-2008, sobretudo, quando

<sup>38</sup> FONSECA-SOBRINHO, Délcio. *Estado e população: uma história do planejamento familiar no Brasil*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

<sup>39</sup> SILVA, Raimunda Magalhães da et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 5, p. 2415-2424, 2011.

<sup>40</sup> SANTOS, Júlio César dos; FREITAS, Patrícia Martins de. Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 1813-1820, 2011.

<sup>41</sup> IBGE. *Brasil em síntese*. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>. Acesso em: 27 fev. 2020.

<sup>42</sup> FONSECA-SOBRINHO, Délcio. *Estado e população: uma história do planejamento familiar no Brasil*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

<sup>43</sup> LAM, David; MARTELETO Letícia. *A dinâmica da escolaridade das crianças brasileiras durante a transição demográfica: aumento no tamanho da coorte versus diminuição no tamanho da família*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2004.

<sup>44</sup> SANTOS, Júlio César dos; FREITAS, Patrícia Martins de. Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 2417-2418, 2011.

<sup>45</sup> SILVA, Raimunda Magalhães da et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 5, p. 2415-2424, 2011.

<sup>46</sup> IBGE. *Brasil em síntese*. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>. Acesso

observamos o índice de Gini, que mede o grau de desigualdade existente entre indivíduos segundo diversos fatores (qualidade de vida, educação, por exemplo) e dentre eles, o rendimento. Nesse ponto, pensar as políticas de planejamento familiar é pensar nesses índices que apontam ainda alto grau de desigualdade interna de uma país (que dirá, territorialmente localizado, que pode ser ainda mais dispare). Entre as mulheres, o índice passou de 0,553 em 1998 para 0,505 em 2008 e, no caso dos homens de 0,576 para 0,522 no mesmo período, situando que as desigualdades sofreram leve redução, mas ainda colocando o Brasil entre os países mais desiguais do mundo.

Um ponto a se levantar consiste em ver se políticas públicas e programas de governo abrangem essa perspectiva de garantir os recursos básicos para o desenvolvimento integral e pleno de todos os membros dentro de uma mesma família, comprovando a proposta do planejamento familiar como desenvolvimento socioeconômico e respaldado nas expectativas constitucionais e das leis concernentes ao assunto.

O planejamento familiar não pode ponderar um modelo ideal de família e conjugação familiar afastado da realidade social, considerando que as reverberações do modelo situarão consequências diretas nas famílias, ocasionando efeitos possíveis no desenvolvimento das mesmas.

Para Fonseca-Sobrinho<sup>47</sup>, o planejamento familiar foi determinado como ferramenta da assistência materno-infantil e incide de um artifício de informação e de educação aos casais e à população como um todo, acerca da reprodução, a relevância da família na comunidade, o papel da mãe, do pai e do filho dentro desse contexto e suas repercussões na comunidade. Em Camiá, Marin e Barbieri<sup>48</sup>, o planejamento familiar é instrumento básico à prevenção primária de saúde, crucial ao provimento de informações necessárias que substanciem a deliberação para o uso efetivo de métodos anticoncepcionais mais adequados às necessidades das pessoas.

Ainda nesse contexto, “serviços de planejamento familiar tradicionais atuam em função da vida reprodutiva com responsabilidade exclusivamente feminina e prioridade social”<sup>49</sup>, em que se apresenta visão apenas na saúde da mulher e no controle do número de filhos, em claro processo de controle reprodutivo, desconsiderando o que Osis et al.<sup>50</sup> demonstram no envolvimento reduzido dos homens e programas de saúde sexual e reprodutiva masculina. Ainda que se apresente a proliferação de novos modelos de papéis sociais intrafamiliares, Silva et al.<sup>51</sup> ponderam que muitos homens ainda estão separados e segregados do universo feminino no que se refere ao planejamento familiar.

Para Sanches e Simão-Silva<sup>52</sup>, precisamos distinguir entre políticas de planejamento familiar e políticas de controle de natalidade. A primeira é pensada também politicamente, em que contextos socioambientais de gravidez e nascimento de crianças se apresentam como relevantes ao interesse social. Consequentemente, as condições em que são motivadas e criadas necessitariam ter espaço de construção política das políticas públicas de planejamento familiar, sem se remeter ao controle reprodutivo dos considerados “inaptos”, leia-se, sem condições financeiras.

---

em: 27 fev. 2020.

<sup>47</sup> FONSECA-SOBRINHO, Délcio. *Estado e população: uma história do planejamento familiar no Brasil*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

<sup>48</sup> CAMIÁ, Gislaine Kuahara; MARIN, Heimar de Fátima; BARBIERI, Márcia. Diagnósticos de enfermagem em mulheres que frequentam serviço de planejamento familiar. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, v. 9, n. 2, p. 26-34, 2011.

<sup>49</sup> SANTOS, Júlio César dos; FREITAS, Patrícia Martins de. Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 1815, 2011.

<sup>50</sup> OSIS, Maria José Duarte; FAÚNDES, Aníbal; MAKUCH, Maria Yolanda; MELLO, Maeve de Brito; SOUSA, Maria Helena; ARAÚJO, Maria José de Oliveira. Atenção ao planejamento familiar no Brasil hoje: reflexões sobre os resultados de uma pesquisa. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 22, n. 11, p. 2481-2490, 2016.

<sup>51</sup> SILVA, Raimunda Magalhães da et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 5, p. 2415-2424, 2011.

<sup>52</sup> SANCHES, Mário Antônio; SIMAO-SILVA, Daiane Priscila. Planejamento familiar: do que estamos falando?. *Revista Bioética*, Brasília, v. 24, n. 1, p. 73-82, 2016.

Essa perspectiva “feminina” unilateral do planejamento é vista na afirmação de Sen<sup>53</sup>, quando aponta que o trabalho, a alfabetização e a educação das mulheres tendem a reduzir as taxas de mortalidade das crianças e de natalidade e de fecundidade. Bem como, na verdade, consideremos que, historicamente, as mulheres foram negligenciadas desses processos, o que denota um olhar unilateral sobre as mulheres, como objeto e causa do planejamento familiar.

Vemos, de tal modo, o planejamento familiar como mecanismo de limitação da reprodução feminina, se distanciando na prática, do que é previsto teórica e normativamente nos preceitos constitucionais e leis relativas. Aparentemente se percebe o planejamento familiar como controle de corpos e, em certa medida, mentes de mulheres. À mulher cabe a responsabilização planejamento familiar desde a escolha do contraceptivo à responsabilidade pela decisão da quantidade de filhos (que, como vimos, se pauta na sustentabilidade [financeira] familiar).

Essa perspectiva não é nova na história da esterilização feminina no Brasil. O próprio relatório da CPI aponta possível relação entre a inserção das mulheres no mercado de trabalho, aumentando a base da população economicamente ativa o que, evidentemente, trará impacto na capacidade de disponibilidade de tempo e dedicação ao ambiente doméstico, sobretudo, se considerarmos mulheres em união estável ou casadas.

Existe dupla justificativa no relatório da CPI: 1) a necessidade de quantitativo reduzido de filhos para que se dê conta das atividades de trabalho e do ambiente doméstico; 2) a ausência de filhos como condição para obtenção do posto de trabalho<sup>54</sup>. Este processo permeia, portanto, a dupla punição da mulher no âmbito do planejamento familiar e sua direta responsabilização pela construção da “sustentabilidade” da família. O relatório acrescenta a mudança no modelo familiar ideal, em número reduzido e da vivência sexual se distanciando da vivência afetiva de laços familiares.

Não obstante, surge a ameaça da estigmatização da família pobre como disfuncional, incapaz de dar conta às obrigações de seus membros, impactando negativamente em suas esferas da vida. A pobreza, portanto, se mostra estigma de miséria, impotência e um círculo vicioso e intergeracional, conformando o contexto básico de intervenção do planejamento familiar no âmbito de políticas públicas, tendo em vista a família ideal. A extirpação da família pobre e sua limpeza é mote deste planejamento e não a miséria e pobreza em si — não há pessoas miseráveis e pobres, se as famílias forem impedidas de “reprodução”, caracterizando um modelo que verticaliza e inferioriza verticalizado o planejamento familiar.

Até o final dos anos 70, os conflitos nas lutas em prol da saúde reprodutiva encontravam barreiras na hegemonia biomédica na construção de representações sobre o corpo feminino, aportando em uma relação conflituosa, quando entrava em cena as reivindicações dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, considerando a forte influência de organismos internacionais no âmbito do controle de natalidade Silva et al.<sup>55</sup>. Este ponto alude ao movimento da “sustentabilidade” familiar, característica de ações higienistas e eliminadoras de famílias pobres marginalizadas que não teriam “condições” de geração e criação de crianças, assim como de estruturação psicossocial, psicológica, emocional estável do “ambiente” familiar.

A taxa de natalidade representa o número de crianças nascidas vivas no período de um ano, em que se orienta a relação entre o número de nascimentos e de habitantes de um determinado local — no caso brasileiro<sup>56</sup>, entre 2000 e 2015, passamos de uma taxa de 20,86 para 14,16, situando que cada vez menos crianças vem nascendo no país. Evidentemente, ações de planejamento familiar, aliados às novas formas de modelos de família vem trazendo impactos nos tamanhos das mesmas e reduzindo o quantitativo de nascimentos.

<sup>53</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>54</sup> BRASIL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada para Exame da incidência da esterilização em massa de mulheres no Brasil*. Brasília: Congresso Nacional, 1993.

<sup>55</sup> SILVA, Raimunda Magalhães da et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 5, p. 2415-2424, 2011.

<sup>56</sup> IBGE. *Brasil em síntese*. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-fecundidade-total.html>. Acesso em: 27 fev. 2020.

Todavia, há uma inocente compreensão de que leis criadas resolvem problemas, quando observamos a lei de planejamento familiar, como se leis solucionassem rapidamente os problemas que os alcances normativos deveriam respaldar a solução<sup>57</sup>. A questão posta é a educação para a cidadania nos direitos reprodutivos e compreensão de elementos de saúde sexual. Nesse ponto, movimentos feministas enfrentaram barreiras em que o planejamento familiar se orientava (e ainda se orienta) pelo sentido de controle demográfico e de corpos femininos, longe do sentido de respeito à dignidade humana.

Há algo na produção legislativa e programática interventiva do Estado quando se tem legislação que restringe a esterilização voluntária, quando se percebe a falta de uma educação clara e processos informativos amplos que permitam deliberação consciente para o planejamento familiar. Não obstante, as leis se distanciam do debate consolidado de que planejamento familiar não se restringe à capacidade reprodutiva feminina, como objetiva responsabilização alocada aos úteros das mulheres.

Silva et al.<sup>58</sup>, em seu estudo sobre significados do planejamento familiar dado por mulheres em idade fértil, apontam a dimensão econômica, independência e liberdade ou controle da fecundidade como suas expressões mais citadas — especificamente, sobre o controle da natalidade, “relacionado a um exercício de poder da mulher sobre seu corpo, regulando seu destino biológico da procriação”.

Ainda assim, vemos o controle da fertilidade (não natalidade) como exercício do poder direto nas mãos das mulheres em relação aos homens. O processo indica que esse elemento seria capaz de incentivar o sentido de controle de corpos e a ênfase dos sistemas de saúde em permanecerem com políticas direcionadas excepcionalmente às mulheres no que tange às políticas de planejamento familiar. Ao mesmo tempo, existiria a dualidade entre se ter maior leque de controle de fertilidade às mulheres e isso ser usado “contra” no âmbito do foco reprodutivo recair apenas nas mesmas.

#### **4 Planejamento familiar, esterilização e saúde da mulher:** alguns dos projetos de lei em andamento no Congresso Nacional

No âmbito da produção legislativa brasileira, basta uma consulta aos sites da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se observar que o decênio recente (2009-2019) é bem múltiplo de compreensões quanto à interpretação sobre “planejamento familiar”. Em consulta às propostas legislativas em tramitação no site da Câmara dos Deputados em 28 de fevereiro de 2020, apresenta entre Propostas de Emenda à Constituição (PEC), Projeto de Lei Complementar (PLC) e Projetos de Lei (PL), 60 registros encontrados unicamente relativos ao termo “planejamento familiar”, desde:

1. Políticas públicas no âmbito da educação sexual, saúde sexual e reprodutiva, procedimentos cirúrgicos de esterilização, alteração de obrigatoriedade de consentimento de cônjuges para esterilização;
2. Regulamentação de procedimentos de esterilização, associação de métodos contraceptivos permanentes ao programa de acompanhamento de pré-natal;
3. O registro de vontade manifesta do indivíduo como suficiente à esterilização;
4. Publicação de placas e informativos em estabelecimentos públicos de saúde que evidenciem instrumentos de escolha referentes aos contraceptivos e acrescentar métodos contraceptivos no âmbito do planejamento familiar aos programas de prevenção às drogas.

<sup>57</sup> ÁVILA, Maria Betânia; CORRÊA, Sônia. *Movimento de saúde e direitos reprodutivos no Brasil*: revisitando percursos – saúde sexual reprodutiva no Brasil. São Paulo: Hucitec, 1999.

<sup>58</sup> SILVA, Raimunda Magalhães da et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 5, p. 2417, 2011.



Metodologicamente, para este trabalho, buscamos projetos de lei em andamento no Congresso Nacional que incorporassem as temáticas do “planejamento familiar”, “esterilização feminina”, “laqueadura”, “laqueadura tubária”. Descartamos projetos já arquivados e aglutinamos a análise nos denominados “projetos mãe”, ou seja, projetos principais em que são apensados todos os projetos com textos e matérias semelhantes. Assim, analisamos seis projetos de leis a fim de compreender o sentido construído e a percepção operacionalizada.

Se considerarmos, por exemplo, o termo “esterilização feminina”, encontramos um único registro, o Projeto de Lei n.º 962/2015, que estabelece, como obrigatória no currículo do ensino fundamental e médio, a obrigatoriedade da temática “História das Mulheres”. Na justificativa, a autora, Conceição Sampaio (PP/AM), situa a importância da temática frente à compreensão de elementos como violência e abusos, sobretudo, quando relacionados às práticas de controle de natalidade e que se situam no limiar entre violência e autonomia das mulheres, com pesar mais para o primeiro campo, tendo em vista a já afirmação, em documento público do próprio Congresso Nacional, da existência de uma esterilização em massa de mulheres no Brasil.

O termo “laqueadura”, por outro lado, é objeto de 14 registros em tramitação — alguns dos quais nos debruçaremos a seguir. Apesar disso, convém destacar que dos 14 registros, apenas 2 deles são propostas legislativas de mulheres, Rita Camata (PMDB/ES), com o PL 3343/2008 e Rejane Dias (PT/PI); dos 12 protocolados por homens: 4 são de partidos que se consideram de agenda conservadora, com propostas não necessariamente historicamente atreladas à ampliação de participação feminina, a exemplo do Partido da República (PR), Partido Progressista (PP), Democratas (DEM); 4 são de autoria de parlamentares vinculados ao Partido dos Trabalhadores (PT); outros 3 protocolados pelo Movimento Democrático Trabalhista (MDB); 2 pelo Partido Democrata Brasileiro (PDT); e 1 pelo Partido Trabalhista Nacional (PTN).

Nos projetos de legisladores homens, as temáticas possuem caráter a simplificação do processo de esterilização tendo a manifestação voluntária do indivíduo unicamente como requisito, a proibição de testes de gravidez ou atestado de laqueadura para acesso a postos de trabalho, a permissão de esterilização em caso de aborto ou cessaria anterior, a revisão da idade de 25 anos para a realização da esterilização. No geral, os projetos de lei, tratam desses pontos e pouco se diferenciam na prática, tanto que a maioria dos mesmos estão apensados a outros grandes projetos que tratam sobre a saúde em geral, os estabelecimentos públicos, além de procedimentos e critérios no âmbito do Ministério da Saúde e instituições associadas.

Escolhemos, especificamente, seis Projetos de Lei para análise textual conforme busca pelos critérios “planejamento familiar”, “esterilização feminina”, “laqueadura”, “laqueadura tubária”, considerando projetos-mãe que aglutinam. Os seis escolhidos estão em tramitação, seja na Câmara dos Deputados, seja no Senado Federal, aguardando parecer dos relatores em comissões ou então prontos para apreciação no plenário do Congresso Nacional. Ainda assim, muitos dos projetos, em geral, são cópias uns dos outros, com pontuais diferenciações que, posteriormente, são apensados em outros projetos aglutinadores, já costurados em apoios e que compreendam um texto maior, sendo analisados especificamente quanto às emendas inclusivas destes projetos aglutinados.

Essa opção metodológica economiza tempo para se destacar quais PL de fato estão prontos para debate legislativo e quais estão, na verdade, anexados a outros por tratarem da mesma matéria (e que não necessariamente são aprovados). Isto não quer dizer que analisamos todos os projetos aglutinados, porém escolhemos, como critérios, os que usavam as palavras-chave “planejamento familiar”, “laqueadura”, “esterilização feminina” e “esterilização” ao mesmo tempo.

Os seis projetos analisados (quatro como aglutinadores e dois como apensados), são:

1. Projeto de Lei do Senado Federal n.º 6567, de 2013;
2. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 313/2007;
3. Projeto de Lei do Senado Federal n.º 107, de 2018;

4. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 5328, de 2016;
5. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 962/2015;
6. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 4021, de 2019.

O Projeto de Lei do Senado Federal n.º 6567, de 2013, de autoria do Senador Gim Argello (que aguarda parecer do relator na Comissão de Educação), dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras, e inclui a obrigatoriedade de obediência às diretrizes e orientações técnicas e o oferecimento de condições que possibilitem a ocorrência do parto humanizado nos estabelecimentos de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS). A proposta situa permissão da presença, juntamente à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

O PL 6567/2013 tem, apenas, duas páginas e segue a lógica de promoção de parto humanizado e procedimentos associados, logo, permite pensar uma gama variada de projetos de lei, servindo como um guarda-chuva legislativo. O PL possui 28 outros PL apensados ao projeto e que tratam de diversas temáticas, desde provimento de métodos contraceptivos, à informação, à desburocratização, à rapidez de procedimentos etc., muitos sendo repetitivos na matéria. A ideia do parto humanizado e funcionamento dos serviços relativos ao planejamento familiar circundam todos os projetos apensados nesse PL aglutinador.

Já, o Projeto de Lei n.º 313/2007, do deputado Maurício Trindade (PR/BA) (que aguarda parecer do relator na Comissão de Seguridade Social e Família e possui outros 16 PL apensados), pretende alterar a Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, modificando cinco pontos: 1) situando como obrigatoriedade dos serviços públicos de saúde, o oferecimento três métodos de concepção e, pelo menos, um método irreversível para homens e um para mulheres; 2) alterando o mínimo de vinte e cinco anos para vinte e três anos de idade; 3) apontando a desobrigação do consentimento de ambos os cônjuges, bastando o interesse de um deles, em casos de união civil; 4) delimitando, em 90 dias, o prazo máximo entre solicitação da esterilização voluntária pelo paciente e o atendimento pelo gestor municipal ou estadual; 5) obrigando ações de educação sexual nas escolas.

O deputado, em sua justificativa, destaca que “o planejamento familiar é sistematicamente realizado pelos casais, entre as camadas sociais de maior escolaridade e poder aquisitivo”, o que não aconteceria às camadas mais pobres, cujas mulheres “observam as maiores taxas de natalidade, perpetuando um ciclo de miséria para milhões e milhões de brasileiros e brasileiras”, notadamente, em termos de gravidez na adolescência, em especial, “o Norte e o Nordeste”<sup>59</sup>.

Sem embargo, o autor cita na justificativa como inadmissível que “taxas de natalidade da população mais pobre superam em duas vezes as do aumento do [Produto Interno Bruto]PIB”. Sem que se tenha a aprovação de políticas como a que o autor apresenta, “o país está condenado ao subdesenvolvimento [...] e a perpetuação de todos os males sociais como violência, desemprego, favelização, prostituição infanto-juvenil, mortalidade infantil, altíssimos índices de aborto e morte materna entre outros problemas”<sup>60</sup>.

Mais à frente, na caracterização da necessidade da aprovação do texto legislativo, o autor associa mulheres pobres e seus filhos como causadores dos males sociais, a justificativa ainda faz uso de um argumento costumeiramente levantado por feministas: “não é justo que o cônjuge sobre o qual recai a maior responsabilidade e maior trabalho na criação dos filhos, em geral a mulher, tenha que depender do consentimento do seu parceiro (ou parceira) para realizar a esterilização voluntária”<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 313/2007*. Brasília: Diário Oficial da União, 2007. p. 3.

<sup>60</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 313/2007*. Brasília: Diário Oficial da União, 2007. p. 3-4.

<sup>61</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 313/2007*. Brasília: Diário Oficial da União, 2007. p. 4.

Devemos cotejar o texto sob o ponto de vista da materialização e intervenção estatal: as políticas públicas, salvo nos casos em que privilegiem melhorar as condições sociais e estruturais de grupos marginalizados em condições degradantes, não podem diferenciar nem tratar desigualmente as pessoas. Isso significa que, ao prover métodos contraceptivos permanentes para homens e mulheres, já é um elemento crível de não discriminação.

Em um segundo momento, reduzir de vinte e cinco para vinte e três não apresenta sentido, considerando que a maioria civil no país é de dezoito anos, logo, a associação dos vinte e três anos é potencialmente associada à questão do “arrependimento” da mulher (quando o mesmo não é levantado aos homens). Em seguida, ao retirar a obrigatoriedade do consentimento do cônjuge para esterilização (feminina ou masculina), existe um passo importante na igualdade de gênero nas políticas públicas, por considerar a potencial chantagem, barganha ou manipulação que possa vir a ocorrer de um cônjuge para o outro.

Prosseguindo, esses três pontos não eliminam as fragilidades potenciais em políticas públicas que segregam e punem na interpretação da justificativa do PL e que podem derivar a aplicação do texto legislativo. A justificativa do autor do PL, vinculado ao PR, notadamente, partido defensor de pautas conservadoras no âmbito das mulheres, deixa claro o caráter, tanto classista quanto machista, por ponderar as mulheres pobres como de menor valor, por desmoralizar da sociedade e serem responsáveis pelos males sociais.

Ao mesmo tempo, situa como “injusta” a situação de mulheres que dependem do consentimento de seus cônjuges. É claro que, nem na justificativa, quiçá no projeto de lei em si, o referido autor do projeto poderia legislar um texto normativo unicamente vinculado às mulheres pobres, por configurar controle de natalidade, impossibilitado pela lei de planejamento familiar e evidenciado constitucionalmente.

Por outro lado, deixa claro que apenas algumas mulheres, isto é, as que teriam condições sustentáveis na família, seriam autônomas para a tomada de decisão sobre a esterilização. Afinal, o autor não considera as condições sociais de miserabilidade brasileira como injustas, já que as mulheres de famílias pobres são a causa e não consequência. Esses pontos destacados situam esse projeto de lei, na aplicação de políticas públicas, dúbio quanto à sua finalidade: por um lado apresenta pontos que podem implicar a desigualdade de gênero, mas, por outro lado, a compreensão de gênero aqui é altamente classista e humilhante às mulheres em piores condições sociais no país.

Seguindo em ordem cronológica, temos o Projeto de Lei do Senado Federal n.º 107, de 2018, do Senador Randolfe Rodrigues (REDE/PA) (que se encontra na Comissão de Assuntos Sociais), tendo como relatora a Senadora Maria do Carmo Alvez (DEM/SE), que rejeitou a primeira emenda, reformulando-a para adequar ao Art. 10º da Lei do Planejamento Familiar, adequando ao prazo de possibilidade de esterilização após sessenta dias em caso de aborto.

A emenda procurava deixar clara a possibilidade de esterilização pós-parto, não previsto na Portaria n.º 48 de 1999 do Ministério da Saúde, mas que é prevista em casos de pós-aborto até o 42º dia. A emenda foi rejeitada e reescrita para incorporar a possibilidade de esterilização pós-parto ou pós-aborto imediato respeitando o prazo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, aproveitando ao período de internação. A segunda emenda, que tratava da supressão da manifestação documentada dos cônjuges para esterilização, foi aceita pela relatora.

Em termos de políticas públicas, esse projeto de lei é mais atencioso na ótica procedimental e burocrática. Primeiramente, em termos procedimentais, ao permitir esterilização pós-parto (que é previsível), permite que as mulheres se planejem para adequar o prazo de sessenta dias entre manifestação e ato cirúrgico para com a data do parto, aproveitando a internação do parto para a esterilização.

Não obstante, temos os custos imediatos dos sistemas de saúde, ainda mais se consideramos a grande quantidade de procedimentos no SUS. Por outro lado, temos a questão psicológica do preparo cirúrgico, assim como de se evitar afastamento da mãe em período lactante para realização de procedimento cirúrgico

que a debilita por algum tempo e a afasta do recém-nascido, assim como de se evitar um segundo ato cirúrgico ou anestésico à mãe.

Em termos burocráticos, reduzindo margens para interpretação do pós-parto, deixa clara a impossibilidade do ato em cesarianas, desvinculando a possibilidade de controle de natalidade, assim como delimita planejamento para as mulheres terem consciência de que podem solicitar previamente, considerando sessenta dias, a esterilização para realização imediatamente pós-parto. Ao mesmo tempo, ao suprimir a obrigatoriedade da manifestação do cônjuge, reduz documentação e permite igualdade de gênero ao retirar expressa vinculação conjugal.

Finalmente, o projeto tem entre seus elementos a serem considerados em sua justificativa que o Estado não tem a prerrogativa de interferir na ótica familiar em relação ao planejamento familiar, considerado prerrogativa do casal. De acordo com o texto do Senador, “a concordância do casal sobre o assunto é até moralmente recomendável, mas deve ficar a seu próprio e livre critério [...], sem a necessidade de demonstração ao Poder Público”<sup>62</sup>.

Vemos a compreensão do Estado, quando formulador de políticas públicas, de agente que, ao interferir no planejamento familiar, não seja provedor de ato fiador da confiança depositada pelo casal, ou seja, que este não deve demonstrar ao Poder Público que tem condições de deliberar sobre algo que a lei já indica sua capacidade para tal. Situamos, para concluir, que o PL não destaca em momento algum, a dimensão da maioria ou necessidade de filhos para a realização da esterilização.

O próximo texto legislativo é o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 5328, de 2016, de autoria do deputado Carlos Henrique Gaguim (PTN/TO) (que aguarda designação de relator na Comissão de Seguridade Social e Família). O referido projeto altera o Art. 3º da Lei de Planejamento Familiar, indicando que a rede de serviços ofertadas contemplará unidades exclusivas de assistência à saúde da mulher.

O deputado destaca “incontáveis lacunas na rede de assistência à saúde da mulher”, sendo que as políticas de planejamento familiar e de saúde sexual e reprodutiva da mulher “não atingiram a universalidade e a qualidade que é direito de todas as mulheres brasileiras”<sup>63</sup>, portanto, o projeto prevê a criação de unidades exclusivas para o atendimento à mulher a cada grupo de cinquenta mil habitantes.

Em termos de políticas públicas, precisamos ser devidamente práticos: o texto do deputado pode apresentar dificuldades de ser devidamente operacionalizado. Não pela questão do âmbito da necessidade de assistência à saúde da mulher. O ponto de divergência em nossa compreensão não está no conteúdo do projeto.

O ponto de divergência está na execução: como o deputado situou no projeto a necessidade de rede de assistência a cada grupo de cinquenta mil habitantes, isso praticamente situa as redes nos municípios que detém alguma autonomia de serem capazes de criarem ações conjuntas por intermédio obrigatório de seus planos diretores, afinal, os planos permitem desenvolvimento de longo e situariam a saúde neste contexto, alcançando possibilidades de consórcios intermunicipais para tais empreitadas na área de saúde.

A questão é que os pequenos municípios — abaixo de vinte mil habitantes e, por conta disso, desobrigados dos planos diretores, aliados ao fato de pouco terem capacidade arrecadadora para criarem políticas direcionadas a um programa de saúde, — impactam, fortemente, na impossibilidade do andamento do projeto.

O autor levanta questão fundamental: a saúde da mulher é pouco abordada no âmbito do planejamento familiar que não seja reativo e se pautar pela pró-atividade. Mais: que esses sistemas de assistência sejam próximos às localidades de grandes centros ou que permitam ser associados aos programas de saúde da família, evidenciando o território e sua localização periférica.

<sup>62</sup> BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal n. 107, de 2018*. Brasília: Diário Oficial da União, 2018. p. 4.

<sup>63</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 5328, de 2016*. Brasília: Diário Oficial da União, 2016.

Em seguida, há o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 962/2015, de autoria de Conceição Sampaio (PP/AM) (apensado ao PL 3380/2015 e aguarda parecer de relator na Comissão de Constituição e Justiça), cuja matéria estabelece, como obrigatória no currículo do ensino fundamental e médio, a obrigatoriedade da temática “História das Mulheres”. O objetivo é prover conteúdo programático que envolva a “questão da mulher”, “o estudo da história das mulheres no Brasil e no mundo” e a “mulher na formação da sociedade nacional”, em especial, “nas áreas de educação artística, sociologia e de literatura e história brasileiras”<sup>64</sup>.

O projeto ainda prevê, na justificativa, a inferiorização da mulher na abordagem histórica brasileira, ainda que se considerem os avanços das últimas décadas, uma vez que “história e cultura deixaram de ser apenas ‘brancas’, mas continuam apenas ‘masculinas’”. O histórico de violência contra a mulher no Brasil, que reverberou na criação de leis como a Lei Maria da Penha em 2006 e a Lei do Feminicídio em 2015, situa a crucial necessidade de reformulação de mentalidade que subscreve a mulher em posição de submissão e dominação. Para a autora do projeto, “temos que transformar essa nossa mentalidade ainda tão marcada por nossa história patriarcal”<sup>65</sup>.

A autora, faz um sólido resgate da contribuição das mulheres no desenvolvimento no Brasil e no mundo, apresentando documentações, tratados internacionais referendados pelo congresso brasileiro, obras acadêmicas e culturais, dados e informações consolidadas que apontam os possíveis impactos da incorporação da temática de gênero no currículo escolar, especialmente, de ensino médio. Para tanto, a História deve ser aliada desde projeto, assim, para a consolidação da igualdade de direitos potencialmente prevista na constituição, “a verdadeira igualdade entre gêneros deve partir da ideia que a sociedade tem deles”<sup>66</sup>.

No que se refere aos aspectos de planejamento familiar e situação reprodutiva, Conceição Sampaio argumenta que “estatísticas demonstram que a decisão e a responsabilidade pelo controle de fecundidade recaem quase que exclusivamente nas mulheres”, em que “em 1996, o índice de esterilização masculina no Brasil foi de apenas 2,4%, enquanto a esterilização feminina chegou ao patamar de 40,1%”. Ou seja, a responsabilidade pela contracepção e pela gravidez é atribuída somente à mulher, ainda que casada e não é partilhada pelo casal<sup>67</sup>.

Vamos às considerações: na formulação de políticas públicas, informação e educação são processos fundamentais, pois incidem sobre a atuação daquelas pessoas que são atingidas pelas políticas e que reagirão à intervenção estatal. Assim, Conceição Sampaio traz um projeto, em termos mais ampliados e que servem de subsídios aos projetos aqui comentados.

Disseminar métodos contraceptivos, situar informações sobre saúde sexual e reprodutiva, estruturar equipamentos públicos de saúde e construir ações específicas no âmbito de planejamento familiar serão insuficientes se não se subscrevem em processos pedagógicos organizados no currículo escolar do ensino básico brasileiro. Ainda nesse ponto, o planejamento familiar se situa pela forma educacional e não instrumental, como costumeiramente é pensado, destacando a noção erroneamente popularizada de que basta disponibilizar métodos contraceptivos que, em algum momento, estes serão buscados.

Tal noção popularizada é duvidosa, considerando que elementos como machismo podem apontar e justificar o número reduzido de homens que comparecem às unidades básicas de saúde e obtêm algum método contraceptivo; ao mesmo tempo em que, no âmbito “privado” das relações conjugais, podemos ter o uso de hierarquias intrafamiliares que situam minimização da agência feminina para escolha do uso ou não de métodos contraceptivos.

A importância da educação em fenômenos já comentados até o momento, a exemplo da responsabi-

<sup>64</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 962/2015*. Brasília: Diário Oficial da União, 2015. p. 1.

<sup>65</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 962/2015*. Brasília: Diário Oficial da União, 2015. p. 3.

<sup>66</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 962/2015*. Brasília: Diário Oficial da União, 2015. p. 8.

<sup>67</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 962/2015*. Brasília: Diário Oficial da União, 2015. p. 13.

lização feminina pela concepção e gravidez, métodos contraceptivos, assim como a criação da família, se inserem em contextos machistas, misóginos e hierarquizantes da estrutura de submissão e dominação historicamente datados no Brasil e no mundo.

Portanto, esse projeto tem impactos diretos no sentido de subsidiar, ao longo de todo o ciclo de políticas públicas (da origem do problema, passando pelas alternativas, implementação e monitoramento/avaliação), os mecanismos necessários para a construção plena de efetividade e busca de resultados que propiciem às mulheres melhores condições de vida.

Não obstante, em termos constitucionais e programáticos, vemos a aliança entre o sentido de igualdade de direitos e igualdade constitucional, ao passo que determinadas ações públicas são pensadas de forma a reestruturar a sociedade, sob novas bases, objetivando eliminação de todas as formas de desigualdade, não apenas as materialmente e objetivamente situadas (como renda, educação, saúde etc.), mas, também as subjetivamente construídas (submissão, hierarquização, machismo, misoginia, inferiorização de status etc.). Nesse sentido, a reestruturação do currículo escolar do Ensino Básico é ponto fundamental para a criação de políticas públicas que situem melhores condições de planejamento familiar no país.

O último texto legislativo é o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 4021, de 2019, de autoria da deputada Rejane Dias (PT/PI) (apensado ao PL 6567/2013 e que aguarda parecer de Relator na Comissão de Educação. Já analisamos o PL 6567/2013. O objetivo desse PL é conscientizar as pessoas sobre o parto humanizado por intermédio de informativos, em que a mulher tenha escolha e plena capacidade de deliberação entre o parto normal ou cesariana (Art. 2º), cuja decisão deverá ser documentada em termo de consentimento livre e esclarecido.

A autora do PL justifica o texto legislativo com base nas recomendações da Organização Mundial de Saúde, a fim de que a mulher tenha a “liberdade de se movimentar e o direito de receber suporte contínuo durante o trabalho de parto, adoção de posições que se sintam bem, respeito à privacidade e presença de acompanhantes”, para que possa “valorizar as experiências que as gestantes adquirem no processo” e, principalmente, “sem ser submetida a nenhum desrespeito à integridade do seu corpo”<sup>68</sup>.

A autora, também, destaca a questão do trauma e estresse durante e após o parto, que devem ser minimizados. Consideremos que essa situação pode ser encarada como contexto de violência, em termos de desrespeito à dignidade humana, por desconsiderar a mulher em seu momento de mais alto grau de estresse, esforço e desconforto físico, psicológico e emocional.

Conceitualmente, o respeito é uma prerrogativa de se situar o indivíduo como pleno sujeito moral em perspectivas de justiça e de tratamento moral como cidadão e pessoa humana. São três bases independentes, mas, que se relacionam: justiça, cidadania e dignidade e que devem fazer parte conceitualmente na formulação de mecanismos do planejamento familiar. Então, destacamos como altamente positivo o texto do PL, apesar de ser limitado ao contexto do parto.

Em relação às políticas públicas, o projeto da deputada é simples e direto, relativamente associado ao parto, porém, o texto aponta para uma questão crítica e nada trivial que as políticas públicas, por se preocuparem em seu caráter generalizado e difuso, pouco se atém ao sentido mais básico do ser humano: respeito. Considerar o momento do parto como situação que exige respeito não é considerar uma dificuldade à produção de políticas públicas.

Portanto, não nos remetemos, apenas, ao preceito constitucional de igualdade entre pessoas, mas à substancial praticidade de formulação de políticas que sejam claras e direcionadas a proporcionar as condições de parto mais adequadas (que podemos nos referir tanto aos equipamentos de saúde, aos profissionais da área, os instrumentos metodológicos e, evidentemente, de disponibilidade de informação aos usuários do sistema público de saúde quanto ao melhor e mais adequada forma ou procedimento para o parto). Portanto, a

<sup>68</sup> BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 4021, de 2019*. Brasília: Diário Oficial da União, 2019. p. 2-4.

dimensão do parto deve se balizar na condição do respeito e considerar as demandas imbuídas na Agenda Pública em termos da qualidade dos serviços, considerando, evidentemente, a necessidade de investimentos públicos no âmbito da saúde.

Ainda existem algumas dimensões que colocam a responsabilização pelo planejamento familiar no âmbito das mulheres, assim como se orienta pela criminalização de famílias pobres, em que as mulheres pobres são culpadas pelos problemas do país, devendo ter ceifados seus direitos ao planejamento por não serem capazes ao exercício da família. Ao mesmo tempo, vemos uma configuração exaltada da mulher, que não a pobre, esta sim, elevada ao mesmo *status* do homem, possui o “direito” a ter a renúncia à manifestação do cônjuge para a realização, por exemplo, de métodos contraceptivos permanentes.

Persiste, assim, a lógica que essencializa da mulher, e, num segundo momento, o controle de corpos. Paralelamente, convém destacar que o planejamento familiar se situa, conceitual, prática e legislativamente, entre a autonomia e controle, cabendo à noção de uma agência desigual e imperfeita: 1) desigual por ser desnivelada entre homens e mulheres na prática e uso dos métodos por “livre” escolha, e desnivelada entre mulheres, pela figura da prole “incontrolável” de mulheres pobres que prejudicam o país; 2) imperfeita, porque há clara limitação de agência no que se refere à autonomia de fato, para mulheres, no âmbito do planejamento familiar que não se limite ao mero controle demográfico.

## 5 Considerações finais: entre a autonomia e a imperfeição

Historicamente, a mulher se responsabiliza pela anticoncepção diferentemente do homem cumprindo papel desproporcionalmente mais como objeto do que de sujeito da sua história sexual e reprodutiva. Dos anos 1980 até a metade da década de 1990, foram marcados pela disseminação da laqueadura tubária como o principal método contraceptivo no Brasil, sendo um dos países com maiores índices de esterilização feminina mundial.

A laqueadura como método de planejamento familiar se apresentou como causa direta de escolha nesse processo: o desconhecimento procedimento cirúrgico da reversão, a desinformação sobre outros métodos contraceptivos e mitos sobre os mesmos, a confusão errônea frente às falhas dos métodos e efeitos colaterais, a redução da “permissão” masculina, são elementos de análise empreendidos neste ponto.

Autonomia no planejamento familiar se configura um conceito atravessado por elementos que não se circunscrevem apenas à uma noção da família, abrangendo, cônjuge, filhos, a “sustentabilidade” da família, estando além do alcance apenas da família. Portanto, há de se considerar a associação entre “ambientes mais preparados” à lógica econômica, uma vez que a relação condição econômica e quantidade de filhos se apresenta, apenas, nos casos em que a primeira é considerada baixa ou insuficiente e a segunda é apontada como alta.

Novamente, nesta relação, a responsabilização pelo planejamento familiar recai apenas nas condições de saúde da mulher. Essas condições são importantes, contudo, quando dissociadas das condições masculinas, aponta responsabilização unicamente feminina pelo processo, considerando a histórica negligência masculina na pró-atividade de cuidado para com saúde sexual. Não há discussão de quantitativo de filhos quando a situação econômica “boa” se configura no cenário. O aspecto “econômico” se traduz automaticamente em ambiente “mais preparado”, independentemente das possibilidades psicológicas, psicossociais ou legais que possam também ser consideradas, configurando, portanto, lógica economicista no planejamento familiar que criminaliza os que não teriam “condições” em ter filhos em uma família “não preparada”.

A questão é se políticas públicas e programas de governo, unicamente, dão conta dessa perspectiva de garantir os recursos básicos para o desenvolvimento integral e pleno de todos os membros dentro de uma mesma família, evidenciando a proposta do planejamento familiar como desenvolvimento socioeconômico

e respaldado nas perspectivas constitucionais e das leis relativas ao assunto. O planejamento familiar não pode considerar um modelo ideal de família e conjugação familiar distante da realidade social, tendo em vista que as reverberações do modelo situarão consequências diretas nas famílias, causando efeitos potenciais no desenvolvimento das mesmas

O planejamento familiar, assim distanciado, se configura como mecanismo de limitação da reprodução feminina, se distanciando na prática, do que é previsto teórica e normativamente nos preceitos constitucionais e leis relativas — claramente o planejamento familiar se apresenta como controle de corpos e, em certa medida, de mentes das mulheres. Nesta visão de controle de corpos e mentes, cabe à mulher a responsabilização do planejamento familiar desde a escolha do contraceptivo à decisão da quantidade de filhos (que, como vimos, se pauta na sustentabilidade financeira familiar), assim como não se discute o alcance das ações dos homens.

Concluimos, ao longo da argumentação, que o planejamento familiar se situa, conceitual e prática, assim como legislativamente apresentado em propostas e leis, no geral, entre a autonomia imperfeita e controle, cabendo à noção de uma agência desigual e imperfeita em quatro elementos:

1. Por ser desigual entre homens e mulheres na prática e uso dos métodos por “livre” escolha, e desigual entre mulheres, pela figura da prole “incontrolável” de mulheres pobres que prejudicam o país;
2. Porque há clara limitação de agência no que se refere à autonomia de fato, para mulheres, no âmbito do planejamento familiar que não se limite ao mero controle demográfico;
3. Pela nítida responsabilização pelo planejamento familiar no âmbito das mulheres;
4. Considerando a criminalização de famílias pobres, devendo ter ceifados seus direitos ao planejamento por não serem capazes ao exercício da família.

## Referências

- ÁVILA, Maria Betânia; CORRÊA, Sônia. *Movimento de saúde e direitos reprodutivos no Brasil: revisitando percursos – saúde sexual reprodutiva no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 1999.
- BIROLI, Flávia. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n.º 9, p. 07-38, dez, 2012.
- BRASIL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada para Exame da incidência da esterilização em massa de mulheres no Brasil*. Brasília: Congresso Nacional, 1993.
- BRASIL. *Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Brasília: Diário Oficial da União, 1996.
- BRASIL. *Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998*. Brasília: Diário Oficial da União, 1998.
- BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 313/2007*. Brasília: Diário Oficial da União, 2007.
- BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal n. 6567, de 2013*. Brasília: Diário Oficial da União, 2013.
- BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 962/2015*. Brasília: Diário Oficial da União, 2015.
- BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 5328, de 2016*. Brasília: Diário Oficial da União, 2016.
- BRASIL. *Projeto de Lei do Senado Federal n. 107, de 2018*. Brasília: Diário Oficial da União, 2018.
- BRASIL. *Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 4021, de 2019*. Brasília: Diário Oficial da União, 2019.



- CAETANO, André Junqueira. Esterilização cirúrgica feminina no Brasil, 2000 a 2006: aderência à lei de planejamento familiar e demanda frustrada. *Revista Brasileira de Estudos de População*, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 309-331, 2014.
- CAMIÁ, Gislaine Kuahara; MARIN, Heimar de Fátima; BARBIERI, Márcia. Diagnósticos de enfermagem em mulheres que frequentam serviço de planejamento familiar. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, v. 9, n. 2, p. 26-34, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge (Mass.) and London: Harvard University Press, 1985.
- FONSECA-SOBRINHO, Délcio. *Estado e população: uma história do planejamento familiar no Brasil*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.
- FRASER, Nancy. Contradiction of capital and care. *New Left Review*, v. 100, p. 99-117, 2016.
- INSTITUTO GELEDÉS. *Esterilização: impunidade ou regulamentação?* São Paulo: Geledés – Instituto da Mulher Negra, 1991.
- LAM, David; MARTELETO Letícia. *A dinâmica da escolaridade das crianças brasileiras durante a transição demográfica: aumento no tamanho da coorte versus diminuição no tamanho da família*. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2004.
- MILL, John Stuart. On Liberty. In: ON LIBERTY and Other Essays. Ed. Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- NICOLAU, Ana Izabel Oliveira et al. Laqueadura tubária: caracterização de usuárias laqueadas de um serviço público. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 55-61, 2011.
- NUSSBAUM, Martha. *The Frontiers of Justice*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- OSIS, Maria José Duarte; FAÚNDES, Aníbal; MAKUCH, Maria Yolanda; MELLO, Maeve de Brito; SOUSA, Maria Helena; ARAÚJO, Maria José de Oliveira. Atenção ao planejamento familiar no Brasil hoje: reflexões sobre os resultados de uma pesquisa. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 22, n. 11, p. 2481-2490, 2016.
- OSIS, Maria José Duarte et al. Atendimento à demanda pela esterilização cirúrgica na Região Metropolitana de Campinas, São Paulo, Brasil: percepção de gestores e profissionais dos serviços públicos de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, p. 625-634, 2009.
- PERPÉTUO, Ignez Helena Olivia; WONG, Laura Rodriguez. Desigualdade socioeconômica na utilização de métodos anticoncepcionais no Brasil: uma análise comparativa com base nas PNDS 1996 e 2006. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE; CEBRAP (Ed.). *Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS 2006: dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança*. Brasília: Ministério da Saúde, v.1, p. 85-104, 2009 (Série G – Estatística e Informação em Saúde)
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova York: Columbia University Press, 1996.
- SANCHES, Mário Antônio; SIMAO-SILVA, Daiane Priscila. Planejamento familiar: do que estamos falando?. *Revista Bioética*, Brasília, v. 24, n. 1, p. 73-82, 2016.
- SANTOS, Júlio César dos; FREITAS, Patrícia Martins de. Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 1813-1820, 2011.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, Raimunda Magalhães da et al. Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 5, p. 2415-2424, 2011.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A ausência de políticas públicas  
para a juventude como ofensa  
aos direitos humanos**

**The absence of public policies  
for youth as an offense to  
human rights**

William Timóteo

Ilzver de Matos Oliveira

# A ausência de políticas públicas para a juventude como ofensa aos direitos humanos\*

## The absence of public policies for youth as an offense to human rights

William Timóteo\*\*

Ilzver de Matos Oliveira\*\*\*

### Resumo

Este artigo discorre sobre a ausência de políticas públicas e como esse fator fere os direitos basilares do homem, trazendo foco para o evidente descaso do Poder Público com a população jovem. Conceitua direitos humanos e disserta sobre a sua importância para a compreensão do objeto de luta da humanidade, percebendo que as formas de ofensa, em desfavor de tais direitos, a qualquer indivíduo, retratam uma afronta a todos os seres humanos. Compreende os objetivos das políticas públicas e as formas de contemplar a participação social, atendendo à diversidade de interesses e visões, com foco na efetivação de direitos fundamentais. Lança uma preocupação com os índices de violência e desemprego que assolam a juventude e que ameaçam comprometer o futuro do país. Explicita a real função do Estado na promoção dos direitos humanos, dando ênfase ao papel do Município para a promoção de políticas de juventude, uma vez que, por meio dele, elas realmente se consolidam. Ressalta a necessidade de conferir dignidade ao jovem, evidenciando a negligência estatal. Apresenta mecanismos de escuta, pensamento e execução de ações que fixam um olhar atento às especificidades. Conclui, asseverando, como peça precípua para atingir o objetivo aqui discutido, a estruturação do Sistema Municipal de Juventude.

**Palavras-chave:** Juventude. Direitos Humanos. Município. Políticas Públicas. Participação Social.

### Abstract

This research discusses the absence of public policies and how this factor damages the basic rights of the man, bringing focus to the evident neglect of the Public Power with the young population. It conceptualizes human rights and discusses its importance for understanding the object of struggle of humanity, realizing that forms of offense in disfavor of such rights, to any individual, portrays an affront to all human beings. It comprehends the objectives of public policies and the ways of contemplating social participation, taking into account the diversity of interests and visions, focusing on the realization of fundamental rights. It expresses concern about the levels of violence and unemployment that afflict young people and threaten

\* Recebido em 03/04/2020

Aprovado em 17/06/2020

\*\* Mestrando em Direitos Humanos (PUC/PR). Especialista em Direito do Trabalho (PUC Minas). Especialista em Educação (FAJAR/SE). Especialista em Gestão Social e Políticas Públicas (FAJAR/SE). Bacharel em Direito (UNIT/SE). Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP. Integrante do grupo de pesquisa Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos - UNIT/CNPq e do grupo de estudos e pesquisa Constituição, Democracia e Direitos Fundamentais. Advogado.  
E-mail: williamtimoteo@hotmail.com.

\*\*\* Pós-doutor em Direito (UFBA). Doutor em Direito (PUC-RIO). Mestre em Direito (UFBA). Bacharel em Direito (UFS). Professor do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGDH/PUCPR). Presidente da Associação Brasileira de Pesquisadoras e Pesquisadores pela Justiça Social (ABRAPPS). Recebeu o Prêmio Direitos Humanos 2018, do Ministério dos Direitos Humanos.  
E-mail: ilzver.matos@souunit.com.br.

to jeopardize the country's future. It clarifies the real role of the State in the promotion of human rights, emphasizing the role of the Municipality in the promotion of youth policies, since it is where they really consolidate themselves. It emphasizes the need to confer dignity on the young person, evidencing state negligence. It presents mechanisms of listening, thinking and execution of actions that fix a careful look at the specificities. It concludes by asserting, as the essential piece to achieve the objective discussed here, the structuring of the Municipal Youth System.

**Keywords:** Youth. Human Rights. County. Public Policy. Social Participation.

## 1 Introdução

O século passado foi marcado por duas grandes guerras que geraram efeitos catastróficos, privando as pessoas da sua condição humana. Em resposta a esses genocídios, surge, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, incorporando tais direitos ao patrimônio comum da humanidade e ganhando, a partir de então, *status* no cenário mundial.

Após um processo histórico de evoluções, os direitos humanos ainda não atingiram a proeminência que merecem. Para tanto, deve haver uma integração entre os níveis local, nacional e internacional, atrelada ao cumprimento efetivo dos direitos fundamentais pelo Estado.

Assim, os direitos humanos apenas serão efetivamente incorporados ao cotidiano da sociedade, influenciando na vida de crianças, jovens e adultos; homens e mulheres, quando surgirem políticas públicas que contemplem a participação social, haja vista a diversidade de interesses e visões que precisam ser discutidos.

Pensando nisso, somente 48 (quarenta e oito) anos após o surgimento da DUDH, o Brasil formula, no ano de 1996, o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, o qual vem constituir-se como passo essencial à estruturação de políticas que prezem pela cooperação da sociedade na construção de condutas estatais, bem como a criação de programas em âmbitos estaduais e municipais, além da importância desses últimos para a efetivação de direitos elementares.

Em um cenário de escassez de políticas públicas específicas destinadas à consolidação dos direitos humanos, destaca-se uma atenção especial para a juventude, como uma das maiores prejudicadas nesse panorama de inércia, haja vista que é nela onde estão presentes a maioria dos índices negativos que permeiam o seio social<sup>1</sup>. Destaca-se, nesse sentido, que apenas em 2003<sup>2</sup> começam a emergir no Brasil as primeiras preocupações com o público jovem.

Com base nisso, surgem indagações que circundam o presente trabalho, tais como: qual a função dos Entes Federados na promoção dos direitos fundamentais a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988? Quais as ferramentas de atuação social na idealização de políticas públicas? E, principalmente, qual o papel do Município na promoção de políticas de juventude como instrumento de garantia dos direitos humanos?

Diante dos questionamentos expostos, busca-se, portanto, compreender como o poder local, atrelado à participação social, pode ser utilizado como instrumento para se alcançar uma efetiva concretização dos direitos individuais e coletivos.

É importante frisar que o presente trabalho tem um condão inovador, ao tempo em que também é um tanto desafiante, uma vez que pouco se encontram literaturas que abordem em que medida as políticas pú-

<sup>1</sup> Tais como desemprego e violência, além das dificuldades no êxito educacional, na ausência de políticas específicas para a saúde do jovem e a carência de oportunidades na área da cultura.

<sup>2</sup> Inicia, no Congresso Nacional, a tramitação da PEC n.º 138/2003, que tratou da proteção de direitos econômicos, sociais e culturais do jovem. Representou o reconhecimento da juventude como sujeitos detentores de direitos.

blicas de juventude — sejam elas em quaisquer níveis de governo — contribuem na defesa dos direitos e interesses desse grupo no âmbito municipal, trazendo como parâmetro o cumprimento aos direitos humanos.

Desse modo, pretende-se discorrer sobre a visão social e democrática do desenvolvimento de políticas para a juventude no cenário brasileiro, evidenciando algumas conquistas que impulsionaram a participação do jovem no contexto sociopolítico e analisando os desafios que ainda deverão ser superados, sob a ótica dos direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos, com foco na garantia de uma vida digna, que contemple igualdade, educação, segurança etc.

No contexto histórico, os movimentos de juventude conseguiram despertar no Estado um direcionamento de esforços para o desenvolvimento de políticas públicas que atendem aos seus anseios. Entretanto, ao entrar na seara dos direitos humanos, identifica-se que o Estado, às vezes, é ineficiente quanto à implementação de políticas que os assegurem, já que escuta as vozes que ecoam da juventude e silenciam ao respondê-las, negligenciando direitos fundamentais<sup>3</sup>.

Tais direitos constituem as bases da sociedade e sua proximidade com o cotidiano da população corrobora para a relevância do assunto para a atualidade. Diante disso, apesar dos tratados internacionais disciplinarem políticas com o fim aqui discutido, depreende-se que é na esfera local onde elas se solidificam.

Daí surge o desafio para os municípios de descobrirem novas soluções para novos temas e, ainda, democratizar os processos de planejamento, incluindo a participação da população.

## 2 Direitos humanos e participação social na construção de políticas públicas

Durante muito tempo, as pessoas viram-se privadas de sua condição humana, até que presenciaram, em 1948, a criação do documento base que afirmou a proteção dos direitos humanos pelo Estado e serviu como divisor de águas, no que tange à concepção de normas que tutelassem a vida e a dignidade de cada indivíduo.

A partir de então, os tratados, convenções e acordos auxiliaram a consolidação dos direitos basilares de todo ser humano no âmbito das relações internacionais, assegurando-os, inclusive, nas constituições dos países. Entretanto, para realizar a positivação, em meio a tantas concepções, era necessário alcançar um conceito básico.

Diante disso, conceituar direitos humanos concebe-se como um passo essencial rumo à compreensão do objeto de luta da humanidade. A partir da concepção, torna-se viável interpretar a importância desse tema para a atualidade e, igualmente, como tais direitos devem ser resguardados. Com isso, depreende-se que as formas de ofensa, em desfavor de tais direitos, a qualquer indivíduo, retratam uma afronta a todos os seres humanos.

Para Arendt<sup>4</sup>, os direitos humanos são uma construção social que está em constante processo de reconstrução. Têm um caráter axiológico e reflete a história da sociedade a partir de um espaço simbólico, de ação social e lutas, travadas para a emancipação do homem. Constitui-se, assim, na concepção de Sarlet<sup>5</sup>, um sistema aberto, arqueável e suscetível a novos conteúdos e desenvolvimentos.

<sup>3</sup> BARRETO, Caique Macedo; TIMÓTEO, William. A juventude sob um olhar democrático: participação social e políticas públicas. In: ENCONTRO DE PESQUISADORAS E PESQUISADORES PELA JUSTIÇA SOCIAL: do local ao global, todos pelo social, 1., 2016, Aracaju. *Anais [...]*. Aracaju: UNIT, 2016.

<sup>4</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1973.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Caminhando nesse prisma, Flores<sup>6</sup> compreende que “a luta pela dignidade humana é a razão e a consequência da luta pela democracia e pela justiça”. E continua:

[...] os direitos humanos constituem o principal desafio para a humanidade nos primórdios do século XXI [e] a afirmação da luta do ser humano para ver cumpridos seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado. [...] Mais que direitos “propriamente ditos”, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida. [...] Daí que, para nós, o problema não é de como um direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito, ou seja, como consegue obter a garantia jurídica para sua melhor implantação e efetividade.

O autor faz-nos um convite para enxergar que tal ramo do direito é precedido por um histórico de confrontos sociais que culminaram em conquistas daqueles que, ao tutelarem determinado bem jurídico, depararam-se com barreiras aparentemente intransponíveis, amparadas em complexidades de cunho cultural, empírico, jurídico, científico, filosófico, político e econômico.

Ao discorrer sobre o tema, Bobbio<sup>7</sup> defende que:

[...] direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Nas palavras do próprio autor, “a democracia é a sociedade dos cidadãos”, e as pessoas apenas tornar-se-ão cidadãos quando lhes forem reconhecidos alguns dos direitos fundamentais. Assim, constitui-se como um ideal comum, a ser alcançado por todos os povos e nações, o de não mais haver cidadãos apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

Como uma das principais máximas da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>8</sup>, temos que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Nesse diapasão, pode-se visualizar que tais direitos são inerentes a todas as pessoas, independentemente de idade, sexo, raça, etnia, nacionalidade, religião, condição social ou quaisquer outras, e tem o condão de proteger indivíduos e grupos contra ações que interferem nas liberdades fundamentais e na dignidade humana.

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 [...] levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, [...] independentemente das diferenças. E esse reconhecimento universal de igualdade humana só foi possível quando [...] percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade<sup>9</sup>.

Hunt<sup>10</sup> expõe que a existência dos direitos humanos “depende tanto das emoções quanto da razão”. Tal premissa baseia-se na concepção de que somente há mudança sociopolítica porque os indivíduos partilham de experiências semelhantes. Desse modo, tem-se que “os direitos humanos só puderam florescer quando as pessoas aprenderam a pensar nos outros como seus iguais, como seus semelhantes em algum modo fundamental”.

Piovesan<sup>11</sup> sustenta que a DUDH foi capaz de harmonizar o rol de direitos civis e políticos com o arcabouço de direitos sociais, econômicos e culturais. Diante disso, observa-se hoje que a maior adversidade aos direitos humanos não é a de justificá-los, e sim protegê-los. Trata-se, portanto, de um problema não mais filosófico, mas político.

<sup>6</sup> FLORES, Joaquín Herrera. *A (re) invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 17-28.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1.

<sup>8</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [1948]. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 225.

<sup>10</sup> HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 25-58.

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

Ainda, traz-nos em seu escopo o princípio da solidariedade, refletindo a ideia da responsabilidade que todos possuem em detrimento das carências e necessidades do outro. Com base nesse princípio, os direitos sociais amparam e protegem os indivíduos mais pobres e desamparados, exigindo do Estado a implementação de políticas públicas.

No Brasil, os direitos humanos ganham destaque a partir da edição da Carta Cidadã em 1988, a qual consagrou-se como a mais abrangente e minuciosa já adotada até então<sup>12</sup>. Na Constituição, foram contemplados meios de proteção ao indivíduo, além de direitos nunca antes previstos em nível constitucional. Assim, é possível observar, já no preâmbulo do texto constituinte, o dever do Estado Democrático de Direitos para com a proteção dos direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, Oliveira e Calçado<sup>13</sup> disciplinam que:

[...] a Constituição brasileira de 1988 introduziu o Brasil no contexto das constituições pós-positivas. Teve virtude suprema de protagonizar um rito de passagem para a tão desejada democracia. [...] priorizou-se a participação do povo que estava realmente sem esperanças e via, no novo texto, sua derradeira chance de protagonizar o processo de ascensão, com uma longa estrada a caminhar rumo ao amadurecimento nacional, mesmo que tardiamente. [...] Acima de tudo, a Constituição Federal de 1988 possuiria um desafio principal: reconquistar os direitos dos brasileiros, tão limitados em mais de vinte anos de ditadura. Esse contexto justifica a Carta possuir tantas prerrogativas, tornando o Estado o principal protagonista pela criação de mecanismos que assegurem aos governados o exercício da cidadania.

Para Sarlet<sup>14</sup>, há uma relação intrínseca entre direitos fundamentais e Estado Democrático, pautada na interdependência e na reciprocidade, uma vez que tais direitos são tidos como garantia, instrumento e pressuposto da democracia. Portanto, depreende-se que a livre participação é capaz de assegurar os direitos das minorias contra os desvios de poder.

Nesse sentido, Ferreira Júnior<sup>15</sup> sustenta que os direitos humanos enfatizam “a relevância da democracia e da participação, a ação coletiva, a solidariedade, a segurança [e] a dignidade. Constituem a arma que pertence às vítimas da opressão e da violência”, sendo complementado, especificamente sobre as políticas de juventude, por Lira<sup>16</sup>, que defende que a transformação de tais políticas programáticas necessita da participação dos próprios jovens como atores sociais da mudança na sua formulação e implementação, sobretudo dos mais vulnerabilizados, pois esse processo participativo implica emancipação individual e coletiva e informa para a sociedade a legitimidade dos seus interesses e necessidades e a potencial crítico, emancipador e autonomizante do seu pensamento, pois crítico.

Percebemos, assim, como é preciso que a juventude seja legitimada pelo Estado brasileiro como detentora de direitos, e mais importante, que tais direitos sejam devidamente assegurados. Além disso, faz-se necessário que o jovem se empodere e torne-se agente ativo perante a sociedade, reconhecendo-se como o sujeito de direitos que o é.

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Ilzver de Matos; CALÇADO, Gustavo. *Teoria da Constituição*. Aracaju: EDUNIT, 2016, p. 66-67.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>15</sup> FERREIRA JÚNIOR, Yokanaã. *Declaração Pluricultural dos Direitos Humanos*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014, p. 16.

<sup>16</sup> LIRA, Daiane Nogueira. Políticas públicas para a infância e juventude: uma análise a partir da reforma estatal dos anos 90. *Rev. Bras. de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 225-257, jul./dez. 2011, p.248.

### 3 Desafios enfrentados pela juventude

Na atualidade, com efeito, a população jovem tem sido uma das maiores atingidas pelos índices negativos que permeiam a sociedade. Corroborando essa assertiva, Cerqueira et al.<sup>17</sup> sustentam que, desde 1980, está em curso no país um processo gradativo de vitimização letal da juventude, em que os mortos são jovens cada vez mais jovens.

De fato, o pico da taxa de mortalidade girava em torno dos 25 (vinte e cinco) anos de idade no início da década de oitenta, e, hoje, dá-se por volta dos 21 (vinte e um). Nesse sentido, o Atlas da Violência 2017, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, vem mostrar que, nos últimos dez anos, percebe-se um aumento de 17,2% (dezessete vírgula dois por cento) na taxa de homicídios contra indivíduos de 15 (quinze) a 29 (vinte e nove) anos, o que denota o assassinato de mais de 318.000 (trezentos e dezoito mil) jovens<sup>18</sup>.

Apesar dos movimentos sociais e das organizações não governamentais denunciarem constantemente esse assombroso fenômeno e de constar do Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Assassinato de Jovens do Senado Federal<sup>19</sup>, o Estado brasileiro permanece silente no que concerne à formulação e implementação de uma política pública específica.

Em 2015, o número de homicídios contra jovens atingiu a marca de 31.264 (trinta e um mil, duzentos e sessenta e quatro), o que configura uma redução<sup>20</sup> de 3,3% (três vírgula três por cento) em relação ao ano anterior. Entretanto, ao analisar os números isoladamente, percebe-se um quadro bastante heterogêneo. No Estado de São Paulo, por exemplo, verifica-se redução de 49,4% (quarenta e nove vírgula quatro por cento) ao decorrer de dez anos. No Rio Grande do Norte, em contrapartida, há uma elevação acentuada em 292,3% (duzentos e noventa e dois vírgula três por cento)<sup>21</sup>.

Ao considerar, especificamente, a população jovem masculina, constata-se que esta é acometida por mais de 92% (noventa e dois por cento) dos homicídios. Assim, à medida que a taxa de homicídios de jovens em 2015 atingia 60,9 (sessenta vírgula nove) para cada grupo de 100.000 (cem mil) jovens, alcançava, no mesmo ano, a surpreendente marca de 113,6 (cento e treze vírgula seis) para os homens jovens. Nesse sentido, há de se chamar a atenção para os estados de Alagoas e Sergipe, onde os homicídios desse grupo auferiram o alarmante índice de 233,0 (duzentos e trinta e três) e 230,4 (duzentos e trinta vírgula quatro) mortes por 100.000 (cem mil) jovens do sexo masculino, na devida ordem<sup>22</sup>.

Não é novidade o legado histórico de discriminação pela cor da pele existente no Brasil, e com a juventude não seria diferente. Diante disso, cumpre registrar que, apesar dos avanços nos âmbitos social e econômico, que influenciaram diretamente a melhoria da condição de vida da população, a desigualdade ainda permanece no âmago da sociedade.

Assim, constata-se que as vítimas, em sua maioria, são do sexo masculino, negras e financeiramente desfavorecidas. À vista disso, lança-se uma preocupação, pois esse genocídio desenfreado comprometerá

<sup>17</sup> CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da Violência 2017*. IPEA, FBSP, 2017. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf). Acesso em 02 set. 2019.

<sup>18</sup> CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da Violência 2017*. IPEA, FBSP, 2017. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf). Acesso em 02 set. 2019.

<sup>19</sup> A necessidade de se deflagrar tal investigação foi apontada pelo Conselho Nacional de Juventude e seu objetivo foi o de averiguar a violência letal que aflige os jovens do país, identificando as principais causas e responsáveis, com fito na criação de mecanismos de prevenção e combate.

<sup>20</sup> Tal redução carece de um olhar cauteloso, tendo em vista que nesse período aumentou-se o quantitativo de mortes com causa indeterminada.

<sup>21</sup> CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da Violência 2017*. IPEA, FBSP, 2017. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf). Acesso em 02 set. 2019.

<sup>22</sup> CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da Violência 2017*. IPEA, FBSP, 2017. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf). Acesso em 02 set. 2019.



o futuro do país, uma vez que a predominância dos jovens que restarem, de baixa escolaridade e formação cultural precária, será incapaz de sustentar uma população anciã.

Nesse contexto, é possível constatar que o drama da violência, que se lança contra a juventude, gira em torno de duas facetas: de um lado, a supressão de vidas humanas; do outro, a escassez de oportunidades tanto no campo educacional quanto no laborativo, que acabam por compelir os jovens a uma vida de restrições e de anomia social<sup>23</sup>, impulsionando-os para a criminalidade.

Enquanto isso, a sociedade segue lesionada pelo pavor que gera toda essa violência e tomada pelo desejo de vingança. Todavia, aparenta clamar, concomitante e gradativamente, pela redução da idade de imputabilidade penal e pelo encarceramento em massa, os quais apenas estimulam a criminalidade.

Ainda, é possível perceber que outro grande fator que atinge a população jovem é o desemprego. Informações extraídas do *ILOSTAT*<sup>24</sup> mostram que a taxa de desemprego juvenil dos brasileiros atingiu 27,3% (vinte e sete vírgula três) no ano de 2016<sup>25</sup>. Tal taxa ultrapassa a média mundial e mostra-se aproximadamente o triplo, se comparada aos adultos.

Silva, Macedo e Figueiredo<sup>26</sup> sustentam que “[...] a diversidade de juventudes — gênero, raça, condição social, situação do domicílio, entre outros atributos — se expressa em desigualdades no acesso ao emprego formal e às melhores condições de trabalho”. E não apenas isso, a mistura de algumas dessas categorias gera forte impacto na inserção de jovens no mercado de trabalho.

Dentro desse panorama, constata-se que, ao contrário do que ocorre com os índices de homicídios, a juventude feminina é a mais afetada pela ociosidade laborativa, pois observa-se a sobreposição das atividades familiares às suas ocupações no mercado de trabalho. Entretanto, a despeito disso, “é importante ressaltar que, nas duas últimas décadas, as mulheres têm permanecido mais tempo na escola e apresentam índices de escolaridade mais elevados”<sup>27</sup>.

Apesar disso, uma preocupação também se lança para os 23,2% (vinte e três vírgula dois por cento) de jovens que não trabalham, nem estudam, sequer procuram emprego ou tampouco se dedicam às atividades domésticas, constituindo-se um grande desafio a ser enfrentado, uma vez que, por não estarem organizados, ainda não são escutados. Assim, é fato que essa dupla inatividade, que deixa a juventude em risco de exclusão social, merece uma atenção especial do Estado no processo de construção de políticas para o trabalho.

Diante dessa série de problemas que circundam a população jovem, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas realizaram um exaustivo estudo, a partir de dados coletados em todos os municípios brasileiros, com o intuito de compreender como as oportunidades de trabalho para a juventude influenciam a taxa de homicídios. Detectou-se que, a cada 1% (um por cento) de redução na taxa de desemprego, reduz-se em 2,1% (dois vírgula um por cento) a taxa de homicídios<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Condição em que as normas sociais e morais são confundidas, pouco esclarecidas ou simplesmente ausentes.

<sup>24</sup> Plataforma da Organização Internacional do Trabalho que se constitui como a principal fonte mundial de estatísticas do trabalho.

<sup>25</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ILOSTAT Country Profiles*. [2016]. Disponível em: <https://www.ilo.org/ilostatcp/CPDesktop/?lang=en&country=BRA>. Acesso em 12 out. 2019.

<sup>26</sup> SILVA, Enid Rocha Andrade da; MACEDO, Débora Maria Borges de; FIGUEIREDO, Marina Morena Alves de. *Diálogo social e trabalho decente para a juventude no Brasil*. Brasília: OIT; IPEA, 2015, p. 9.

<sup>27</sup> VENTURI, Gustavo; TORINI, Danilo. *Transições do mercado de trabalho de mulheres e homens jovens no Brasil*. Genebra: OIT, 2014, p. 32.

<sup>28</sup> CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo Leandro. O efeito das oportunidades no mercado de trabalho sobre as taxas de homicídios no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 43., 2015, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: ANPEC, 2015. Disponível em: [https://www.anpec.org.br/encontro/2015/submissao/files\\_I/i12-0ce869e09e6385120c0146e239bb5bf8.pdf](https://www.anpec.org.br/encontro/2015/submissao/files_I/i12-0ce869e09e6385120c0146e239bb5bf8.pdf). Acesso em 08 out. 2019.

Na mesma perspectiva, ao estudar o papel da educação enquanto mecanismo de transformação social, apontando a escola como a principal responsável pela formação de uma cultura de paz, partindo da construção de um caminho inovador, Rolim<sup>29</sup> conclui que o aumento nos índices de evasão escolar reflete, diretamente, no aumento da violência. E continua:

[...] o acesso à cultura, à arte, ao esporte, ao lazer e à educação permite que os jovens encontrem outras formas de expressão diferentes da linguagem da violência [...]. O tema da violência, entretanto, não se reduz à taxa de homicídios. As manifestações do fenômeno, como se sabe, são multifacetadas e atravessam as relações sociais e as instituições brasileiras de maneira perturbadora, inclusive nossas escolas [...]. Por tudo isto, as evidências são muitas em favor de programas e políticas públicas orientadas pela prevenção da violência, que, se assinala, podem e devem ser pensadas desde os primeiros anos de vida e, em uma medida não desprezível, mesmo antes do nascimento.

As problemáticas aqui retratadas ensejam em consequências na saúde pública e no processo de desenvolvimento socioeconômico-cultural. Representam, ainda, a contraface do desleixo do governo brasileiro no planejamento e execução de ações efetivas de proteção à juventude, que assegurem os seus direitos de cidadania, e que, por conseguinte, reflitam a leniência e a anuência da coletividade com essa transgressão impetuosa. Trata-se, portanto, de uma situação que vem perpetuando-se ao longo dos tempos e que revela uma irracionalidade social.

Nesse contexto, é extremamente necessário aperfeiçoar as políticas públicas já existentes e criar outras focadas nos problemas que afetam diretamente e de forma significativa essa parte da população, a fim de garantir-lhes o mínimo de dignidade. Contudo, isso só será possível quando os direitos humanos atingirem a proeminência que merecem, influenciando na construção desse processo.

## 4 Políticas de juventude e os entes estatais

Pode-se afirmar que políticas públicas são o conjunto de ações e/ou atividades adotadas pelo Estado a fim de assegurar direitos e responder a demandas da sociedade, atendendo, desta forma, às suas necessidades.

Ao adentrar nessa seara, Souza<sup>30</sup> conceitua política pública como sendo:

[...] o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.

Nesse sentido, há de se identificar que se constituem na atuação do ente estatal com o objetivo de colocar em prática condutas que reflitam e visem suprir as ânsias que permeiam a sociedade, com o objetivo de que haja, como consequência, mudanças no contexto social. Ainda, é preciso que as políticas públicas acompanhem as mais diferentes etapas da vida dos indivíduos, dando conta dos riscos e vulnerabilidades que cercam cada um.

Diante disso, não seria diferente quando se trata da juventude, uma vez que nela também são identificadas demandas diversas que partem dos próprios jovens. Dessa forma, há a necessidade de que o poder público trace e defina metas, formulando ações que atendam às necessidades desse grupo específico.

A juventude faz parte de um contexto histórico, social, político, econômico e educacional do nosso país, portanto, os jovens são merecedores de um olhar atento de pesquisadores e, consequentemente, do

<sup>29</sup> ROLIM, Marcos. *Mais educação, menos violência: caminhos inovadores do programa de abertura das escolas públicas nos fins de semana*. Brasília: UNESCO; Fundação Vale, 2008, p. 18-39.

<sup>30</sup> SOUZA, Celina. Estado e arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012, p. 69.

mundo acadêmico e científico. Caminhando na mesma perspectiva, entendo que as políticas públicas, expressas em forma de programas ou ações, devem ser formuladas em constante diálogo com a pluralidade de atores sociais, tendo como princípio norteador a cidadania<sup>31</sup>.

Nesse seguimento, Aquino<sup>32</sup> defende que:

[...] faz-se necessário fomentar a incorporação do olhar atento às especificidades dos jovens na formulação e na execução das ações nas várias áreas, de modo que as estruturas de apoio, os serviços e os programas possam lidar com o público jovem de maneira adequada em suas rotinas.

Assim, são necessárias políticas sociais capazes de ouvir os anseios da juventude e de solucionar os problemas que mais a afeta — dentre os quais se pode trazer destaque para a educação, saúde, desemprego e segurança —, dando-lhes, dessa forma, uma resposta efetiva quanto às demandas apresentadas.

Traçar uma demarcação histórica e as responsabilidades de cada Ente da Federação não é o objeto final desta pesquisa. Em razão disso, abordar-se-ão, com brevidade, as competências da União e dos Estados relacionadas à consecução das políticas de juventude. Porquanto, tem-se por real finalidade esmiuçar as atribuições do Município, uma vez ser nele onde essas políticas realmente se consolidam.

Dentre as conquistas mais relevantes, faz-se preponderante destacar, em âmbito pátrio, a criação da Secretaria Nacional de Juventude – SNJ e do Conselho Nacional de Juventude – CONJUVE. Outrossim, a aprovação da Emenda Constitucional n.º 65, de 13 de julho de 2010, a qual cuida dos interesses da juventude e inclui o termo “jovem” no escopo da Constituição Federal de 1988. E, após quase uma década de tramitação no Congresso Nacional, a aprovação da Lei n.º 12.852/2013, que institui o Estatuto da Juventude.

A SNJ, criada por meio da Lei n.º 11.129, de 30 de junho de 2005, é um órgão sem *status* ministerial, subordinado à Secretaria-Geral da Presidência da República, e possui a atribuição de:

- I – formular, supervisionar, coordenar, integrar e articular políticas públicas para a juventude;
- II – articular, promover e executar programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, destinados à implementação de políticas de juventude;
- III – desempenhar as atividades de Secretaria-Executiva do Conselho Nacional de Juventude;
- IV – participar da gestão compartilhada do Programa Nacional de Inclusão de Jovens - Projovem e da avaliação do programa;
- V – fomentar a elaboração de políticas públicas para a juventude em âmbito municipal, distrital e estadual; e
- VI – promover espaços de participação dos jovens na construção das políticas de juventude<sup>33</sup>.

Já o CONJUVE é um organismo colegiado, com caráter consultivo, e tem, dentre as suas finalidades, propor, contribuir na elaboração e avaliar a política nacional de juventude, bem como outras iniciativas que busquem assegurar e ampliar os direitos da juventude. Além disso, apoia e articula-se com os órgãos e entidades das demais esferas de governo e da sociedade civil, e com conselhos municipais, estaduais e distrital, com o fito de ampliar a cooperação mútua<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> ROMANOSKI, Jacilene Teresinha. *Políticas públicas de juventude em Erechim-RS: entre o real e o ideal*. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal da Fronteira Sul, Rio Grande do Sul, 2017. p. 16.

<sup>32</sup> AQUINO, Luseni. A juventude como foco das políticas públicas. In: CASTRO, Jorge Abrahão de; AQUINO, Luseni Maria C. de; ANDRADE, Carla Coelho de (org.) *Juventude e Políticas Sociais no Brasil*. Brasília: IPEA, 2009. p. 37.

<sup>33</sup> BRASIL. *Decreto n.º 9.137, de 21 de agosto de 2017*. [2017b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9137.htm#art9](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9137.htm#art9). Acesso: 21 out. 2019.

<sup>34</sup> BRASIL. *Decreto n.º 9.024, de 05 de abril de 2017*. [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9024.htm). Acesso em: 21 out. 2019.

Como uma linha de conquistas, a Emenda Constitucional n.º 65 veio para assegurar, constitucionalmente, o reconhecimento do jovem na sociedade, identificando-o no texto do artigo 227 da Constituição Federal como sendo, também, alvo da proteção do Estado, conferindo-lhe direitos e equiparando-o a outros grupos sociais. Com isso, verifica-se, na seara jurídica uma positivação constituinte, que dá início a um ponderoso compromisso do Poder Executivo, com a implementação de políticas específicas.

Sancionado a 05 de agosto de 2013, o Estatuto da Juventude é fruto da luta de milhões de jovens, cujo texto reuniu um arcabouço de direitos que buscam proteger esse público, respeitando as suas trajetórias e diversidades. Tal diploma, ao tempo em que define princípios, identificados no artigo 2º; também estabelece diretrizes, demonstradas no artigo 3º; e assegura, explicitamente, direitos: (i) à cidadania, à participação social e política e à representação juvenil; (ii) à educação; (iii) à profissionalização, ao trabalho e à renda; (iv) à diversidade e à igualdade; (v) à saúde; (vi) à cultura; (vii) à comunicação e à liberdade de expressão; (viii) ao desporto e ao lazer; (ix) ao território e à mobilidade; (x) à sustentabilidade e ao meio ambiente; e (xi) à segurança pública e ao acesso à justiça.

Diante disso, é possível admitir que o Estado tem demonstrado um certo empenho — mesmo que, na maioria das vezes, atendendo a pressões da sociedade — no tocante à estruturação de uma política de juventude. As conquistas verificadas ao longo da historicidade indicam um grande salto. Entretanto, ainda não são capazes de atingir, de fato, os jovens brasileiros. Assim, tem-se que, apesar dos esforços, não ocorrem avanços reais.

É com base nisso que se defende, neste trabalho, a importância da atuação do município como principal ente para:

[...] avançarmos na formulação de políticas públicas que contemplem os interesses dos jovens e suas especificidades. Para que isso se efetive na prática, faz-se necessário criar, cada vez mais, canais de diálogo e participação com o segmento jovem, como também concebê-los na perspectiva de sujeitos de direitos, vencendo paradigmas e enfoques estigmatizantes<sup>35</sup>.

Nessa perspectiva, o município, por estar mais próximo dos jovens, é o mais adequado para prover os mecanismos de escuta, pensar e executar ações que consigam fixar um olhar para a juventude, enxergando todas as suas especificidades. Isso significa compreender que:

[...] não há somente uma juventude, mas juventudes que se constituem em conjunto diversificado com diferentes parcelas de oportunidades, dificuldades, facilidades e poder na nossa sociedade. A juventude por definição é uma construção social, uma produção de uma determinada sociedade, relacionada com formas de ver os jovens, inclusive por estereótipos, momentos históricos, referências diversificadas e situações de classe, gênero, raça, grupo, contexto histórico entre outras. Ressalta-se que o emprego do termo juventudes no plural, antes de patrocinar uma perspectiva fracionada, na qual aparecem modelos de jovens separados, sinaliza a existência de elementos comuns ao conjunto dos jovens<sup>36</sup>.

Para tanto, torna-se imprescindível a estruturação de um Sistema Municipal de Juventude que englobe, em suma, (i) um órgão gestor, responsável pela execução das políticas — a ser instituído enquanto secretaria, departamento ou coordenadoria —, sendo importante que essa gestão seja realizada por um jovem ou militante na área dessas políticas; (ii) um conselho deliberativo de participação social, isto é, o Conselho Municipal de Juventude, capaz de reunir os diversos atores sociais e governamentais, os quais serão eleitos por meio de eleição periódica, ocorrida a cada intervalo razoável de 02 (dois) anos, uma vez que a alternância constitui-se, inegavelmente, como uma das belezas da democracia; e (iii) um fundo público para apoiar os movimentos e espaços propícios para a juventude — Fundo Municipal de Juventude —, permitindo uma gestão financeira e orçamentária autônoma e descentralizada.

<sup>35</sup> ROMANOSKI, Jacilene Teresinha. *Políticas públicas de juventude em Erechim-RS: entre o real e o ideal*. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal da Fronteira Sul, Rio Grande do Sul, 2017. p. 30.

<sup>36</sup> ABRAMOVAY, Miriam. CASTRO, Mary Garcia. Ser jovem no Brasil hoje: políticas e perfis da juventude brasileira. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, 2015. p. 14.

O objetivo do Sistema reside em prover, em âmbito municipal, a composição, organização, competência e funcionamento dos mecanismos necessários ao desenvolvimento da Política e do Plano Municipal de Juventude, motivo pelo qual devem integrá-lo, ainda, de forma subsidiária e complementar, os fóruns e conferências, responsáveis pela mobilização da sociedade e de todos os agentes ligados a políticas públicas, organizações e movimentos. Esses espaços traduzem-se, precipuamente, em peças fundamentais enquanto modalidades de escuta dos jovens que não estão organizados, e por isso não participam ativamente do contexto sociopolítico-cultural.

Diante das problemáticas abordadas neste trabalho, torna-se inquestionável que a ausência de políticas públicas para esse público tão massacrado pela violência e pelo desemprego fere substancialmente os direitos humanos. Porquanto, depreende-se que somente o sistema apresentado neste artigo reúne as qualidades necessárias ao desenvolvimento de políticas que contemplem as múltiplas facetas da juventude.

## 5 Considerações finais

Inicialmente, buscou-se contemplar, com brevidade, alguns aspectos da historicidade dos direitos humanos e como esse processo contribuiu para que os indivíduos alcançassem a sua condição humana. Diante disso, ao longo deste trabalho, foi possível perceber a dimensão de políticas públicas que contemplem a participação social, prezando pela cooperação da sociedade na construção de condutas estatais, a fim de conferir dignidade à população jovem.

Importante se fez conceituar direitos humanos e políticas públicas, para, a partir de então, traçar a relevância da inter-relação com a democracia, compreendendo que as pessoas verdadeiramente serão cidadãs quando tiverem assegurados os seus direitos ditos fundamentais. Com isso, tem-se que as ofensas contra qualquer indivíduo — independentemente das diferenças — ensejam em afronta à dignidade de toda a humanidade.

Por meio deste estudo, pôde-se constatar que pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos são alvo de constante inércia do Estado, o que acarreta, principalmente, altíssimos índices de violência e desemprego. Atrelado a isso, verifica-se uma educação precária que, certamente, reunida aos demais fatores, comprometerá o futuro do país.

Nesse contexto, apresenta-se a participação social como meio para se alcançar a efetiva concretização dos direitos individuais e coletivos dos jovens, ressaltando que é nos municípios onde tais ações devem, de fato, consolidarem-se. Daí aflora, então, o desafio de entrever soluções para novos — e, ao mesmo tempo, velhos — problemas.

Por tudo aqui já discutido, é de clareza solar que os direitos humanos visam proteger, principalmente, aqueles que apresentam características de fragilidade, perigo ou transgressão social, travando uma luta incessante pelo reconhecimento e pela posituação de normas que tenham força para assegurá-los.

O termo “jovem”, ao tempo em que remete a infindas possibilidades, também estabelece um paradoxo com incomensuráveis desafios. Diante disso, ao reunir juventude, políticas públicas e direitos humanos em um mesmo artigo, pretendeu-se compreender as problemáticas que afligem esse grupo populacional e, por conseguinte, como a promoção de políticas específicas pode contribuir para a efetiva consecução dos objetivos perseguidos por tal ramo jurídico.

Portanto, o jovem é um dos mais penalizados pela negligência e descaso do Estado, ficando à mercê da violência — que atinge principalmente os homens — e do desemprego — mais comum entre o público feminino — que assombram a sociedade. Ainda, é preciso atentar-se para aqueles que se encontram em situação de dupla inatividade, o que gera um grande risco de exclusão social.

Nessa conjuntura, entende-se — e não poderia ser diferente — que a educação exerce função preponderante na mudança do *status quo*, transformando significativamente a vida desses indivíduos. Aliado a isto, tem-se que as oportunidades de trabalho também influenciam, diretamente, a redução desses índices que comprometem a dignidade daqueles que são — hoje — o futuro da humanidade.

Posto isto, depreende-se que a juventude merece ser alvo de um olhar diferenciado por parte dos entes federados, em especial do poder público local, haja vista estar ele mais próximo da realidade que a circunda. Surge aí o dever de desempenhar um papel essencial para se alcançar o objeto aqui discutido, pensando em políticas capazes de ouvir os anseios e as vozes que ecoam da juventude.

Caminhando nessa perspectiva, é possível perceber que os direitos humanos apenas se incorporarão plenamente ao cotidiano dos jovens quando surgirem políticas públicas com o fito de contemplar a participação e o constante diálogo com a pluralidade de atores sociais, percebendo-os como integrantes do contexto sociopolítico-histórico-cultural do país, considerando a diversidade de interesses e visões que ainda carecem ser discutidos.

Nessa ótica, torna-se imperioso registrar que a ausência de políticas públicas destinadas especificamente para a população jovem enseja em gritante violação aos direitos humanos. Dito de outra forma, são as políticas públicas, em processo de construção permanente, o meio mais eficaz de se garantir a efetivação de tais direitos.

Diante de todo o delineado, para alcançar as políticas nos moldes aqui pretendidos, inescusável faz-se a estruturação de um Sistema Municipal de Juventude que reúna os mecanismos já citados neste trabalho, promovendo a abertura de canais de diálogo e participação, uma vez que a juventude necessita opinar, sugerir e argumentar.

Com isso, será possível conhecer a realidade desse público, o que proporcionará o direcionamento de um olhar diferenciado, capaz de contemplar esse segmento tão vulnerável. Dessa forma, vislumbrar-se-ão ações e programas focados naqueles que estão dentre os quais mais sofrem exclusão social, reduzindo a distância existente entre o real e o ideal.

## Referências

- ABRAMOVAY, Miriam. CASTRO, Mary Garcia. Ser jovem no Brasil hoje: políticas e perfis da juventude brasileira. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, v. 15, n. ° 1, p. 13-25, 2015.
- AQUINO, Luseni. A juventude como foco das políticas públicas. In: CASTRO, Jorge Abrahão de; AQUINO, Luseni Maria C. de; ANDRADE, Carla Coelho de (Org.) *Juventude e Políticas Sociais no Brasil*. Brasília: IPEA, 2009.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1973.
- BARRETO, Caique Macedo; TIMÓTEO, William. A juventude sob um olhar democrático: participação social e políticas públicas. In: ENCONTRO DE PESQUISADORAS E PESQUISADORES PELA JUSTIÇA SOCIAL 2016: do local ao global, todos pelo social, 1., 2016, Aracaju. *Anais [...]*. Aracaju: UNIT, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.
- BRASIL. *Decreto n. ° 9.024, de 05 de abril de 2017*. [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9024.htm). Acesso em: 21 out. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. ° 9.137, de 21 de agosto de 2017*. [2017b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9137.htm). Acesso em: 21 out. 2019.

vil\_03/\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9137.htm#art9. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. *Estatuto da Juventude*: Lei n.º 12.852, de 05 de agosto de 2013. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

BRASIL. Secretaria Nacional de Juventude. *Pesquisa nacional sobre perfil e opinião dos jovens brasileiros 2013*. Brasília: SNJ, 2013.

BRASIL. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Assassinato de Jovens*. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 08 out. 2019.

CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da Violência 2017*. IPEA, FBSP, 2017. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2017.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf). Acesso em: 02 set. 2019.

CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo Leandro. O efeito das oportunidades no mercado de trabalho sobre as taxas de homicídios no Brasil. In: Encontro Nacional de Economia, 43., 2015, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: ANPEC, 2015. Disponível em: [https://www.anpec.org.br/encontro/2015/submissao/files\\_I/i12-0ce869e09e6385120c0146e239bb5bf8.pdf](https://www.anpec.org.br/encontro/2015/submissao/files_I/i12-0ce869e09e6385120c0146e239bb5bf8.pdf). Acesso em: 08 out. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA JÚNIOR, Yokanaã. *Declaração Pluricultural dos Direitos Humanos*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LIRA, Daiane Nogueira. Políticas públicas para a infância e juventude: uma análise a partir da reforma estatal dos anos 90. *Rev. Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 225-257, jul./dez. 2011, p.248.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ILOSTAT Country Profiles*. [2016]. Disponível em: <https://www.ilo.org/ilostatcp/CPDesktop/?lang=en&country=BRA>. Acesso em: 12 out. 2019.

OLIVEIRA, Ilzver de Matos; CALÇADO, Gustavo. *Teoria da Constituição*. Aracaju: EDUNIT, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [1948]. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 set. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROLIM, Marcos. *Mais educação, menos violência: caminhos inovadores do programa de abertura das escolas públicas nos fins de semana*. Brasília: UNESCO, Fundação Vale, 2008.

ROMANOSKI, Jacilene Teresinha. *Políticas públicas de juventude em Erechim-RS: entre o real e o ideal*. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal da Fronteira Sul, Rio Grande do Sul, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; MACEDO, Débora Maria Borges de; FIGUEIREDO, Marina Morenna Alves de. *Diálogo social e trabalho decente para a juventude no Brasil*. Brasília: OIT; IPEA, 2015.

SOUZA, Celina. Estado e arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (orgs.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

VENTURI, Gustavo; TORINI, Danilo. *Transições do mercado de trabalho de mulheres e homens jovens no Brasil*. Genebra: OIT, 2014.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Análise cênica dos feminicídios em Curitiba:** propostas preventivas e repressivas  
**Scenic analysis of feminicides in Curitiba:** preventive and repressive proposals

Ticiane Louise Santana Pereira

Octahydes Ballan Junior

Antonio Henrique Graciano  
Suxberger



# Análise cênica dos feminicídios em Curitiba: propostas preventivas e repressivas\*

## Scenic analysis of feminicides in Curitiba: preventive and repressive proposals

Ticiane Louise Santana Pereira\*\*

Octahydes Ballan Junior\*\*\*

Antonio Henrique Graciano Suxberger\*\*\*\*

\* Recebido em 05/02/2021

Aprovado em 08/03/2021

\*\* Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Bacharela em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná, oficiando no Tribunal do Júri de Curitiba. E-mail: tlsxpereira@mppr.mp.br.

\*\*\* Doutorando e mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialista em Direitos Humanos (Universidade Pablo de Olavide, Sevilha/Espanha), em crime organizado, corrupção e terrorismo (Universidade de Salamanca/Espanha), em Estado de Direito e Combate à Corrupção (Escola Superior da Magistratura Tocantinense), em Direito Processual Civil (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais) e em Ciências Criminais (Universidade da Amazônia). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Tocantins. Membro Auxiliar na Assessoria Jurídica Criminal da Procuradoria-Geral da República no Superior Tribunal de Justiça. E-mail: octahydesjunior@mpto.mp.br.

\*\*\*\* Doutor (Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha, 2009), Mestre em Direito (Universidade de Brasília, 2005), Especialista (Ordem Jurídica e Ministério Público, Fundação Escola Superior do MPDFT, 2000/2001), Graduado em Direito (Universidade de Brasília, 1999). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) da Universidade de Coimbra (2018). Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e dos cursos de especialização da FESMPDFT e da ESMPU. É professor do máster oficial universitário em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide e Professor Investigador do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas e Políticas da mesma Universidade (linha: Direitos Humanos e Desenvolvimento). Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. E-mail: antonio.suxberger@ceub.edu.br.

### Resumo

O feminicídio foi incluído, no Código Penal, como qualificadora objetiva do homicídio, pela Lei n.º 13.104/2015, representando um esforço de mudança do grave quadro brasileiro de desigualdade de gêneros e violência doméstica. A eliminação da vida da mulher se tornou, ao longo dos anos, uma forma culturalmente justificável de resolução de conflitos familiares. A tese de legítima defesa da honra masculina exemplifica conteúdo discursivo que variou, ao longo dos tempos, entre a isenção de pena ao agressor (inexigibilidade de conduta diversa) ou a sujeição do homicida a sanções brandas (homicídio privilegiado). O artigo analisa 33 ações penais de feminicídio já julgadas pelo Tribunal do Júri de Curitiba/PR desde a entrada em vigor da lei. Objetiva traçar um panorama relacionado ao local onde os crimes ocorrem, a arma utilizada ou meio empregado, e a motivação do agente. Com o levantamento desses dados, busca-se apontar alguns caminhos que podem auxiliar a tutela da mulher, prevenindo e reprimindo o feminicídio. Como resultado da análise cênica dos crimes, tem-se como características comuns dos crimes de feminicídio a prática em ambiente domiciliar, o que implica dificuldades para a produção probatória, e a antecedência de outros episódios de violência, o que evidencia a necessidade de mais atenção às medidas protetivas decididas pela justiça criminal. A contribuição do artigo consiste na compreensão de que os dados na cidade de Curitiba são projeção do que se vê dos dados nacionais sobre o tema e na defesa do aprimoramento das medidas preventivas e reativas ao feminicídio.

**Palavras-chave:** Feminicídio. Curitiba. Circunstâncias do crime. Local dos crimes. Arma empregada. Motivos.

### Abstract

Femicide was included in the Penal Code, as an objective qualifier of homicide, by Law n.º 13.104/2015, representing an effort to change the serious Brazilian situation of gender inequality and domestic violence. The elimination of women's lives has become, over the years, a culturally accepted way of solving family problems. This is reflected in the thesis of the legitimate defence of male honour, to exempt the aggressor from penalty or to subject

him to sanctions extremely mild. This paper analysis 33 criminal charges of femicide already judged by the Curitiba/PR Jury Court since the law came into force, seeking to outline a panorama related to the place where the crimes occur, the weapon used or employee, and the motivation of the agent. With the collection of these data, we seek to point out some ways that can assist in protecting women, preventing, and repressing femicide. As a result of the crimes' scenic analysis, the paper finds common characteristics: the crime is usually committed at home, which implies difficulties on gathering evidence, and it is commonly preceded by others violence episodes, and this demands more attention to protective and restrictive orders granted by the criminal justice. The paper's contribution relays on the comprehension that Curitiba's data is a reflexion of the national data on the subject and on the necessity do improve prevention and reactional measures towards the feminicide.

**Keywords:** Femicide. Curitiba. Crime circumstances. Place of the crimes. Weapon used. Reasons.

## 1 Introdução

A tutela penal da mulher, relativamente a agressões no âmbito doméstico, com deliberada exclusão do gênero masculino, configura um novo modelo de intervenção punitiva<sup>1</sup>, cujo marco regulatório tutelar foi inaugurado no Brasil com a Lei n.º 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

O intuito declarado da referida lei (art. 1º) foi a criação de mecanismos que coibissem e prevenissem a violência doméstica e familiar contra a mulher, em atenção ao § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (reconhecida pela sigla em inglês CEDAW — *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (conhecida como Convenção de Belém do Pará) e de outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil, dispendo, também, sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e sobre medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.<sup>2</sup>

O enunciado formalizado no § 8º do art. 226 da Constituição Federal não reconhece, expressamente, assimetria nas relações entre homens e mulheres. Indica, apenas, o mandado dirigido ao Estado para criar “[...] mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Entretanto, a inegável desigualdade presente nas relações entre homens e mulheres no âmbito familiar e doméstico<sup>3</sup>, os reclamos sociais, a luta feminista<sup>4</sup>, o endêmico quadro de violência doméstica contra as mulheres, as obrigações assumidas

<sup>1</sup> CAMPOS CRISTÓBAL, Raquel. La violencia de género: análisis de figuras delictivas y reflexión crítica de su aplicación a la luz de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. In: MATÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.). *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012. p. 285-314. p. 285.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 27 dez. 2020.

<sup>3</sup> Segundo o texto, “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, não reconhecendo a necessidade de especial proteção à mulher e/ou a assimetria entre os gêneros. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>4</sup> “O feminismo é um movimento político e social que luta pela emancipação das mulheres das estruturas de dominação masculina e que rompe com as relações assimétricas de poder fundadas no gênero. O pensamento feminista está em permanente (des) construção e é marcado, historicamente, por três ondas, isto é, estágios caracterizados pelas discussões e demandas do movimento de acordo com o contexto sociopolítico e as possibilidades de cada época em que esteve inserido.” (CÉSAR, Paula Macedo; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O gênero do direito: uma análise feminista do discurso jurídico sobre a mulher em

internacionalmente pelo Brasil e as recomendações<sup>5</sup> da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema, que o Estado brasileiro se comprometeu a cumprir no Caso Maria da Penha<sup>6</sup>, forçaram o reconhecimento da assimetria das relações de gênero como um problema público pelo Poder Legislativo. Essa percepção, aliás, se amparou em literatura jurídica que reconhece a violência contra as mulheres como definitiva expressão da latente desigualdade entre os gêneros, resultado de um caldo sociocultural que faz perdurar a discriminação, traduzida numa “violência exercida contra as mulheres pelo fato se sê-lo”<sup>7</sup>.<sup>8</sup>

Se, de um lado, a Lei n.º 11.340/2006 agregou um rol de políticas públicas programáticas para prevenir e debelar a violência de gênero, de outro, seu ingresso na ordem jurídica resultou no descortinamento do problema, dando nome e números estatísticos até então desconhecidos da violência contra as mulheres. A

situação de violência. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 21, n. 2, p. 243-293, maio/ago. 2019. p. 248.

<sup>5</sup> Dada a relevância histórica e jurídica do Caso 12.051, Maria da Penha Maria Fernandes *versus* Brasil, 4 de abril de 2001, seguem as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

#### “VIII. RECOMENDAÇÕES

61. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes recomendações:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.
4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:
  - a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
  - b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
  - c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
  - d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
  - e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.
5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51(1) da Convenção Americana.”

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso 12.051, Maria da Penha Maria Fernandes versus Brasil*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>6</sup> “A Comissão publicou o relatório de admissibilidade e mérito do caso em comento, em abril de 2001, indicando as providências que o Estado brasileiro deveria tomar para efetivar o tratado dentro do país e combater a violência contra a mulher. E então, em março de 2002, houve uma nova audiência sobre o caso na Organização dos Estados Americanos quando o Brasil se comprometeu a cumprir as recomendações da Comissão.” (VARELLA, Marcelo Dias; MACHADO, Natália Paes Leme. A dignidade da mulher no direito internacional: o Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos – IIDH*, n. 49, p. 467-501, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1630/revista-iidh49.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>7</sup> BELANDO GARÍN, Beatriz. La evolución de los derechos de las funcionarias ante la violencia de género: el ejemplo valenciano. In: MATÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.). *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012. p. 267-282. p. 268-269.

<sup>8</sup> De maneira bastante clara e demarcando a desigualdade entre os gêneros, a reforçar o enfrentamento de uma violência no âmbito doméstico que affige as mulheres, a lei catalã n.º 5/2008 emprega a expressão “violência machista”, definindo-a, no art. 3.º, a, da seguinte forma: “Violencia machista: la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o padecimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado.” ESPANHA. *Ley n.º 5/2008, de 24 de abril*. Del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-9294>. Acesso em: 28 dez. 2020.

Lei Maria da Penha ainda teve o mérito de ir além: denunciou a inabilidade estatal para prevenir e aplacar os homicídios contra as mulheres por razões da condição do sexo feminino.

Todavia, a pauta feminista ainda não estava atendida, porque ela sempre foi crítica ao homicídio supostamente passional, traduzido na tese da legítima defesa da honra masculina, a isentar de pena ou a acarretar sanções baixas a homicidas que ceifavam a vida das mulheres.

Há muito as feministas reivindicavam o fim do aporte discursivo da tese defensiva da legítima defesa da honra<sup>9</sup>, bem como o reconhecimento do estupro como delito contra a pessoa (o Código Penal, não é muito lembrar, classificava-o como crime contra os costumes), além da revisão da resposta penal para as lesões corporais em âmbito doméstico, como caminhos necessários na busca pela igualdade.<sup>10</sup> No primeiro caso, sobre o uso da tese defensiva que claramente menospreza a vida de mulheres em favor de uma razão discursiva juridicamente insustentável, merece destaque a mobilização dos movimentos feministas e seus *stakeholders* (apoiadores) para provocar a discussão específica sobre o rechaço da legítima defesa da honra como recurso defensivo no Supremo Tribunal Federal.<sup>11</sup>

Após o avanço da legislação no trato das lesões corporais praticadas mediante violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei n.º 11.340/2006) e o reconhecimento do estupro como crime contra a dignidade sexual (Lei n.º 12.015/2009), apenas com a Lei n.º 13.104/2015 houve a inserção no Código Penal da figura do *feminicídio* como circunstância qualificadora do crime de homicídio, sobrevivendo, ainda, a Lei n.º 13.771/2018, que inseriu novas causas de aumento de pena<sup>12</sup>.

A pretensão, sem dúvida, consistiu no reforço da proteção penal da vida feminina por meio do recu-

<sup>9</sup> A legítima defesa da honra é, na verdade, argumento retórico, sem previsão no Código Penal, que, ao contrário, define que a emoção ou a paixão não excluem a imputabilidade penal (art. 28, I).

<sup>10</sup> CAMPOS, Carmen Hein; SEVERI, Fabiana Cristina. Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 02, p. 962-990, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/32195/25680>. Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>11</sup> Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 779, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista em 6 jan. 2021, que conta com a admissão como *amici curie* de diversas entidades com bandeiras feministas. Em 26 fev. 2021, o Relator da ação, Ministro Dias Toffoli, concedeu liminar para afirmar a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra inconstitucional, bem assim obstar seu uso, direta ou indiretamente, nos processos de feminicídio. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 779*. Distrito Federal. Medida cautelar. Rel. Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 26 fev. 2021. Diário de Justiça Eletrônico de 26 fev. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345767404&text=.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

<sup>12</sup> O Código Penal, no ponto que interessa ao tema tratado, ficou com a seguinte redação:

“Homicídio simples

Art. 121. [...]

Homicídio qualificado

§ 2º [...]

Feminicídio

VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

[...]

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

[...]

Aumento de pena

[...]

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I – durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II – contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental;

III – na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima;

IV – em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 22 da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006.”

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 28 dez. 2020.

descimento da sanção<sup>13</sup>, criando uma qualificadora reputada como objetiva pelos Tribunais<sup>14</sup> em relação ao crime de homicídio e, ainda, a causas de aumento de pena. Além disso, o movimento feminista se apropriou do discurso jurídico-penal como “fator de relevância para pautar a questão da violência contra a mulher na esfera da discussão pública”, (re)dimensionando o efeito simbólico do Direito Penal mesmo “quando ignora a existência dessas violências e renuncia a intervir nesses contextos. Portanto, a construção de uma legislação específica que trata da violência contra a mulher é ocupar um lugar de fala até então negligenciado pelo direito”<sup>15</sup>.

A qualificadora do feminicídio entrou em vigor em 10 de março de 2015, quando foi publicada a Lei n.º 13.104. Até a data do fechamento dessa pesquisa<sup>16</sup>, foram realizados, especificamente, 33 (trinta e três) julgamentos de feminicídio pelo Tribunal do Júri de Curitiba, a respeito de fatos ocorridos naquela cidade<sup>17</sup>.

O presente artigo analisa as 33 (trinta e três) denúncias dos casos já julgados com o objetivo de responder ao seguinte problema de pesquisa: é possível traçar as linhas gerais quanto ao local, ao instrumento empregado ou ao modo de ação do agressor e ao motivo para a prática de feminicídios em Curitiba, propondo, a partir daí, alternativas que busquem prevenir e reprimir esses crimes?

Metodologicamente, o estudo parte de uma pesquisa bibliográfica para conhecer o panorama dos feminicídios no Brasil, suas razões e estruturas básicas. Em seguida, faz-se a pesquisa documental das denúncias de feminicídio já julgadas pelo Tribunal do Júri de Curitiba, para extrair dos casos as características dos fatos ali reconhecidos e formalizados para decisão do sistema de justiça (no caso, o Tribunal do Júri).

A delimitação territorial do acervo empírico elege a capital do Estado do Paraná, Curitiba. Já a delimitação quantitativa, que, no caso, atenta à coleta temporal dos casos denunciados (ações penais aforadas e admitidas) e julgadas (pelo Tribunal do Júri da capital), vai da data de vigência da Lei que introduziu a qualificadora do feminicídio<sup>18</sup> até 18 de janeiro de 2021. A delimitação dos casos da capital procura atender a uma razão de ordem prática: a escolha metodológica é do tipo “análise de fluxo” e, no caso ora indicado,

<sup>13</sup> CAMPOS CRISTÓBAL, Raquel. La violencia de género: análisis de figuras delictivas y reflexión crítica de su aplicación a la luz de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. In: MATÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.). *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012. p. 285-314. p. 285.

<sup>14</sup> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MEIO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E FEMINICÍDIO. PLEITO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE CONGRUÊNCIA LÓGICA COM OS TERMOS DA ACUSAÇÃO. TESE DEFENSIVA NÃO DEBATIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS SOB ESSE PRISMA. SÚMULAS 282 E 356/STF. INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DA MOTIVAÇÃO RELACIONADA À CONDIÇÃO DE SER MULHER. IRRELEVÂNCIA. ÂNIMO DO AGENTE. ANÁLISE DISPENSÁVEL DADA A NATUREZA OBJETIVA DO FEMINICÍDIO. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE LINGUAGEM. NÃO OCORRÊNCIA.

1. [...]

2. A jurisprudência desta Corte de Justiça firmou o entendimento segundo o qual o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o *animus* do agente não é objeto de análise (AgRg no REsp n. 1.741.418/SP, Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/6/2018).

3. [...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1454781/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)

<sup>15</sup> GINDRI, Eduarda Toscani; BUDÓ, Marília de Nardin. A função simbólica do direito penal e sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher. *Revista direitos fundamentais & democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 236-268, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/651/461>. Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>16</sup> A coleta dos dados se encerrou em 18 de janeiro de 2021.

<sup>17</sup> Estão fora do âmbito de pesquisa os julgamentos de feminicídio pelo Tribunal do Júri de Curitiba por fatos ocorridos em outras comarcas e desaforados para a capital.

<sup>18</sup> A Lei n.º 13.104, de 9 de março de 2015, passou a vigorar em 10 de março do mesmo ano. É válido anotar que, por se tratar de norma que impõe tratamento penal mais gravoso, sua vigência somente alcança os fatos praticados na sua vigência. Por conseguinte, todos os processos que compõem o acervo empírico da pesquisa são de fatos ocorridos depois de 10 de março de 2015.

dirige-se à compreensão, em estudo organizacional, das racionalidades que orientam a melhor apuração dos fatos noticiados de feminicídio.<sup>19</sup>

A hipótese é de que, com base no conhecimento do espaço geográfico onde ocorrem os crimes, do instrumento empregado ou modo de ação, e dos motivos dos delitos seja possível apresentar algumas alternativas jurídicas com o objetivo de prevenir e reprimir os feminicídios.

## 2 Panorama dos feminicídios no Brasil

O Brasil registrou, em 2017, 65.602 homicídios, uma taxa de 31,6 mortes por 100.000 habitantes, alcançando um pico histórico de letalidade. Naquele ano, foram registrados 13 homicídios de mulheres por dia, com um total de 4.936<sup>20</sup>. A metodologia que produziu esses dados não considera os processos tal como formalizados para decisão do sistema de justiça. No entanto, presta-se a indicar a visibilidade de um fenômeno violento usualmente naturalizado e socialmente aceito.

Evidentemente, o número de homicídios de homens é muito maior do que o de mulheres. Contudo, o problema se situa em outra esfera, qual seja, a morte de mulheres reflete o descortinamento de uma realidade histórica, culturalmente naturalizada em uma dimensão discursiva<sup>21</sup> e revelada pela subjugação da mulher à violência masculina, tendo por impulsionador, em parte, o discurso religioso<sup>22</sup>, que coloca “a mulher responsável por algo nefasto, a aumentar o preconceito negativo em relação a ela, com o escopo de que o inimigo a utiliza a provocar desgraças no mundo ou no imaginário masculino”<sup>23</sup>.

Numa análise do cenário nacional, os dados indicam que, “Do total de homicídios contra mulheres, 28,5% ocorrem dentro da residência (39,3% se não considerarmos os óbitos em que o local do incidente era ignorado). Muito provavelmente estes são casos de feminicídios íntimos, que decorrem de violência

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Marcus Vinicius Berno de; MACHADO, Bruno Amaral. O fluxo do sistema de justiça como técnica de pesquisa no campo da segurança pública. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 2, p. 781-809, 2018.

<sup>20</sup> BRASIL. *Atlas da violência 2019*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>21</sup> “Criminológicamente interesante puede ser también la personalidad de la mujer maltratada, educada en un ambiente en el que se considere que los maltratos de los que le hace objeto el hombre ‘son normales’ y que debe soportarlos sumisamente. Y seguramente será detectable también un mal funcionamiento de los servicios de asistencia social y de ayuda psicológica a la mujer maltratada, y de los propios órganos policiales que no intervienen cuando la mujer es objeto de malos tratos continuos, entre otras cosas porque tampoco disponen de los instrumentos necesarios para adoptar las medidas cautelares o preventivas que es un problema de su intimidad que no debe trascender, o para proteger a los hijos etc. Y, finalmente, por la propia complicidad de una sociedad que durante muchos años ha silenciado o tolerado este tipo de hechos, considerándolos cuestiones de la intimidad familiar en las que lo mejor es no meterse, o incluso porque, casi como oficialmente se reconoce en algunas culturas religiosas o subculturas de grupos de inmigrantes procedentes de países con concepciones muy primitivas respecto al rol de la mujer, porque son prácticas aceptables de las que ‘se debe hacer un uso moderado’. Es difícil decidir en abstracto a cuál de estos factores le corresponde el mayor peso en el desencadenamiento de estos hechos, pero es evidente que, de entrada, es precisa una valoración global de los mismos y tenerlos en cuenta a la hora de adoptar Política criminal eficiente y una regulación jurídica adecuada del problema.” (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valência: Tirant lo Blanc, 2012. p. 146)

<sup>22</sup> “O discurso relacionado às relações de gênero que enfatiza a superioridade natural do homem na sua relação com a mulher está presente na história da humanidade desde suas origens e historicamente foi legitimado, em primeira instância, pela via religiosa. A religiosidade é um fenômeno humano que serviu não apenas para dar sentido e plausibilidade para a existência humana, como também possibilitou a elaboração da cultura com a consequente normatização da vida em sociedade e das relações sociais estabelecidas no seu interior.

Dito de outro modo, a religião serviu por muito tempo para explicar e legitimar a ordem social vigente, ou seja, as desigualdades sociais, políticas, econômicas, étnicas, de gênero e culturais existentes numa determinada sociedade.” (SANTOS, Jeová Rodrigues dos. *O fenômeno da violência contra a mulher na sociedade brasileira e suas raízes histórico-religiosas*. 2014. 258 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2014. p. 79)

<sup>23</sup> BEZERRA, Luís Antônio Alves. *Da espiral de violência em desprovento da mulher: submissão bíblica, religiosa, social e jurídica*. 2018. 194 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2018. p. 54.

doméstica”<sup>24</sup>.

Enfocando os feminicídios ocorridos no Estado do Piauí, Eugênia Villa e Bruno Amaral Machado concluíram que 38% deles ocorreram na residência da vítima, embora 48% estivessem assinalados como “local por definir”, circunstância que não permitiu apontar a majoritária natureza do local dos crimes<sup>25</sup>. Esses dados variam. Jackeline Aparecida Ferreira Romio aponta que, com base nos indicadores de saúde pública do país, as maiores concentrações são de, aproximadamente, 50% dos feminicídios dentro dos domicílios, 20% em vias públicas, 3% em bares e similares e 2% em comércios e serviços<sup>26</sup>.

Eugênia Villa e Bruno Amaral Machado destacaram ser possível observar, em relação à análise dos laudos periciais de local de crime, a existência de “ações de domínio e apropriação do corpo feminino pela força”, evidenciado nas seguintes circunstâncias: “vítima se protege dos golpes; relação de verticalidade □ agressor em plano superior à vítima e expressividade da violência □ golpes sucessivos e profundos, mesmo depois do estado de inércia da vítima”<sup>27</sup>.

De fato, o feminicídio é um tipo de crime marcado pela “cultura de dominação e desigualdade nas relações de poder existente entre homens e mulheres, produzindo a inferiorização da condição feminina, resultando na forma mais extrema da violência contra as mulheres, que é o óbito”<sup>28</sup>, o que estará indelevelmente marcado nas lesões deixadas no corpo da vítima.

Os dados de saúde pública confirmam que o corpo da mulher retrata uma violência prevalente na região da cabeça/face (28%) e em regiões múltiplas (23%), como indicador da “ocorrência de mutilação do corpo”<sup>29</sup>, sugerindo um caráter de personalidade comum aos conhecidos crimes de ódio.

Relativamente ao instrumento empregado no crime e que termina por causar essa mutilação, constatou-se que 50% dos feminicídios ocorridos no Piauí foram praticados com arma branca do tipo faca<sup>30</sup>. Numa análise dos dados de saúde, as armas de fogo apareceram em primeiro lugar nos homicídios de homens e também de mulheres, ficando os “objetos contundentes e penetrantes” na segunda colocação, mas com taxa muito maior do uso de armas de fogo quando a vítima é homem<sup>31</sup>. De todo modo, o recorte poderia ser mais preciso, com enfoque, apenas, aos feminicídios e não ao total dos homicídios de mulheres.

De acordo com o IPEA, em relação às mortes violentas de mulheres, o crescimento mais acentuado nos últimos dez anos foi do número de homicídios de mulheres dentro das residências “com o uso da arma de fogo, que cresceu 29,8%”<sup>32</sup>.

O Ministério Público do Estado de São Paulo levantou alguns importantes dados ao examinar 364 de-

<sup>24</sup> BRASIL. *Atlas da violência 2019*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>25</sup> VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro; MACHADO, Bruno Amaral. O mapa do feminicídio na Polícia Civil do Piauí: uma análise organizacional-sistêmica. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 86-107, jan./jun. 2018.

<sup>26</sup> ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira. *Feminicídios no Brasil: uma proposta de análise com dados do setor de saúde*. 2017. 215 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017. p. 191.

<sup>27</sup> VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro; MACHADO, Bruno Amaral. O mapa do feminicídio na Polícia Civil do Piauí: uma análise organizacional-sistêmica. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 86-107, jan./jun. 2018. p. 96.

<sup>28</sup> FONSECA, Maria Fernanda Soares; FERREIRA, Maria da Luz Alves; FIGUEIREDO, Rizza Maria de; PINHEIRO, Ágatha Silva. O feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros. *Revista JURIS*, Rio Grande, v. 28, n. 1, p. 49-65, 2018. p. 56.

<sup>29</sup> ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira. *Feminicídios no Brasil: uma proposta de análise com dados do setor de saúde*. 2017. 215 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017. p. 192.

<sup>30</sup> VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro; MACHADO, Bruno Amaral. O mapa do feminicídio na Polícia Civil do Piauí: uma análise organizacional-sistêmica. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 86-107, jan./jun. 2018. p. 90.

<sup>31</sup> ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira. *Feminicídios no Brasil: uma proposta de análise com dados do setor de saúde*. 2017. 215 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017. p. 155.

<sup>32</sup> BRASIL. *Atlas da violência 2019*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 28 dez. 2020.

núncias de feminicídio oferecidas entre março de 2016 a março de 2017 em diversas cidades paulistas. Foi apurado que, em 66% dos casos, o crime ocorreu na casa da vítima. Em 58% dos delitos, foi usada arma branca (faca, foice ou canivete), em 17% houve emprego de arma de fogo. Segundo o trabalho analisado, o agressor “utiliza esses instrumentos com voracidade e repetição de golpes, como se pretendesse ‘destruir’ a mulher”. Quanto aos motivos, evidenciou-se que a separação recente do casal ou o pedido de rompimento do relacionamento esteve presente em 45% dos feminicídios, figurando “ciúmes, sentimento de posse ou machismo” em 30% das peças acusatórias. O restante ficou por conta de discussão (17%), razões financeiras (2%) ou não houve esclarecimento (6%)<sup>33</sup>.

Conforme pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em seu Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020, aproximadamente 72,5% das mortes violentas intencionais no Brasil em 2019 (incluindo homens e mulheres) foram praticadas com uso de armas de fogo. Contudo, em se tratando de feminicídio, o dado é diverso, porque é mais empregada a arma branca, correspondente a 53,6% dos casos, contra 26,9% de armas de fogo e 19,5% por outros meios (a exemplo de agressão física e asfixia mecânica)<sup>34</sup>.

Os dados gerais tendem a apresentar, proporcionalmente, uma maior quantidade de feminicídios no interior das residências, com emprego de arma de branca (embora esse fator varie conforme o recorte feito e o uso de arma de fogo apresente curva ascendente), reiteração de golpes para desfiguração ou intenso sofrimento da mulher e, em São Paulo (não foram localizados dados das demais regiões), acentuado móvel relacionado a posse ou controle masculino sobre a mulher.

Vejam, na sequência, o que dizem os dados de Curitiba e se eles guardam conformidade os números gerais do país.

### 3 Feminicídios em Curitiba

Como mencionado, para este artigo, foram analisadas 33 denúncias de feminicídio, correspondente ao total de casos ocorridos em Curitiba e já julgados pelo Tribunal do Júri desde a entrada em vigor da Lei n.º 13.104/2015. Situada na região sul, a capital do Estado do Paraná possuía, em 2020, segundo o IBGE<sup>35</sup>, uma população estimada de 1.948.626 habitantes, posicionando-se como a 8ª maior cidade do país.

O IBGE também aponta que Curitiba tem taxa de escolarização de 6 a 14 anos de idade da ordem 97,6%; o salário médio mensal dos trabalhadores formais em 2018 era de 4 salários mínimos, o 32º maior do país, ostentando, ainda, a 37ª colocação no ranking de ocupação da população (53,7%) e o 10º melhor índice de desenvolvimento humano no Brasil.

Cuida-se, portanto, de uma população com bom grau de instrução, renda e acesso a serviços essenciais e condições básicas de vida, fatores que, em alguma medida, auxiliam a compreensão de parte dos dados levantados com a análise das denúncias.

As informações relativas ao local dos fatos, tipo de arma usada ou modo de ação empregada, e motivo para os crimes apresentou significativa diferença em comparação às porcentagens apontadas no capítulo anterior.

No tocante ao local dos crimes, constatou-se que, diferentemente dos estudos acima referidos, em Curi-

<sup>33</sup> SÃO PAULO [Estado]. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Raio x do feminicídio em SP*: é possível evitar a morte. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo\\_de\\_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF). Acesso em: 28 dez. 2020.

<sup>34</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. *Cidades*: Curitiba. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/curitiba/panorama>. Acesso em: 30 dez. 2020.



tiba os feminicídios ocorreram, de forma claramente majoritária (26 dos 33 casos analisados), dentro da residência comum do autor e da vítima ou no imóvel da vítima (quando já separados). Dois feminicídios foram praticados no local de trabalho (ou próximo a ele) da vítima e cinco em outros lugares (2 em vias públicas, 1 em quarto de hotel, 1 em estabelecimento comercial e 1 iniciado num *drive-in* e concluído num matagal).

A distribuição foi a seguinte:

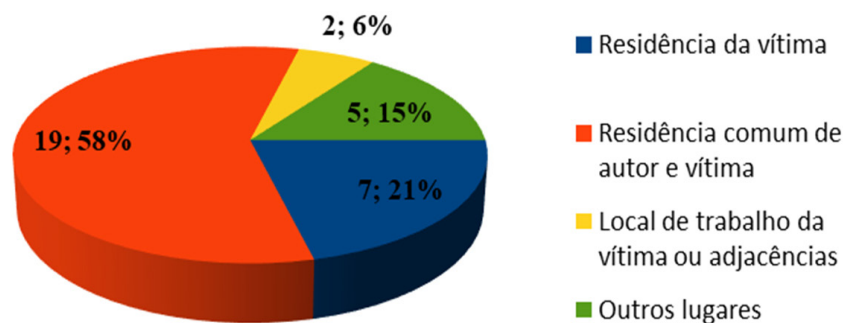
Tabela 1 - distribuição espacial dos feminicídios em Curitiba/PR. Fonte: denúncias oferecidas pelo MPPR

Local dos feminicídios tentados ou consumados em Curitiba			
Residência da vítima	Residência comum de autor e vítima	Local de trabalho da vítima ou adjacências	Outros lugares
7	19	2	5

79% dos feminicídios de Curitiba ocorreram no local onde a vítima residia e mais 6% em seu ambiente de trabalho, ou seja, em 85% dos casos, o crime ocorreu num espaço onde a mulher deveria estar segura.

Visualmente, a distribuição espacial dos crimes pode ser assim representada:

Figura 1 - Local dos feminicídios em Curitiba/PR.



Essa distribuição espacial certamente dificulta o trabalho preventivo ou de polícia ostensiva, conduzindo o olhar para outro tipo de atuação, direcionada ao fortalecimento da adoção de medidas protetivas e cautelares, facilitação de registros de ocorrências, fiscalização do cumprimento das decisões judiciais de afastamento do agressor do lar e da proibição de aproximação da vítima.

No que toca ao tipo de arma utilizada ou modo de agir do feminicida curitibano, verificou-se que, em relação aos 33 casos, 20 foram praticados com arma branca e somente 2 com arma de fogo, a sugerir a existência de um melhor controle na posse e porte de arma de fogo na capital paranaense<sup>36</sup> ou até ser uma decorrência de um bom arranjo social e de acesso a serviços públicos, de uma população com boa instrução e renda, a dispensar uma pretensa segurança pelo porte de arma de fogo pessoal, comparativamente aos dados nacionais.

<sup>36</sup> Essa hipótese parece se confirmar quando constatado que, sem embargo do crescimento nacional médio de 24% na taxa de homicídios, majoritariamente praticados com uso de arma de fogo, o Estado do Paraná caminhou em sentido oposto, registrando um decréscimo de 17,5% entre 2007 e 2017. (BRASIL. *Atlas da violência 2019*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 28 dez. 2020.).

Foi observado que, em Curitiba, corroborando os índices expostos no capítulo anterior, o uso de arma branca elevou o grau de desfiguração física da vítima, decorrência da brutalidade e reiteração dos golpes, evidenciando a prática de crime de ódio, exteriorizando a vontade de infligir mal maior do que o necessário para a morte, com deliberada intenção do feminicida em desconstituir os atributos físicos da mulher.

Isso fica ainda claro em relação a outros 6 feminicídios praticados com o emprego de substância inflamável, ateando-se fogo na vítima, além de mais 3 crimes cometidos com água fervente, chutes e socos, e uso de martelo. Todas essas formas de execução têm um traço comum: a estigmatização do corpo feminino, a externar um sentimento de posse ou propriedade (revelado pela inflexão relacional da objetificação do corpo da mulher), perpetuando a memória do seu último registro visual sob a assinatura das marcas violência.

Resumidamente, as armas empregadas ou modos de ação estão assim distribuídas:

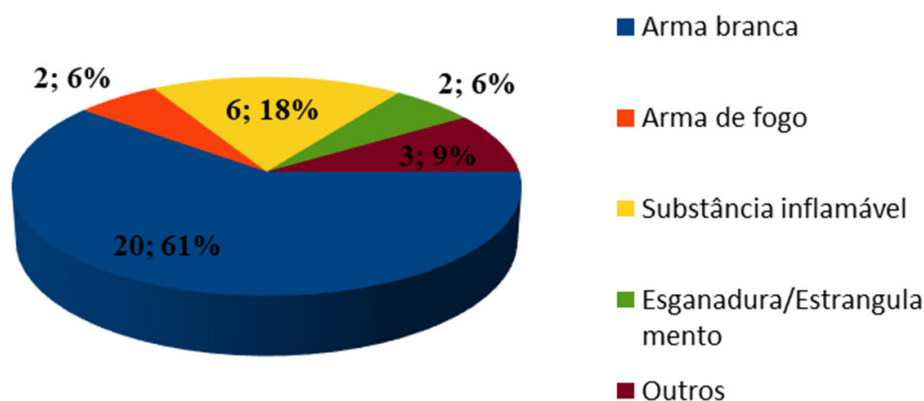
Tabela 2 - tipo de arma/instrumento empregada nos feminicídios em Curitiba/PR. Fonte: denúncias do MPPR

Tipo de arma empregada no crime				
Arma branca	Arma de fogo	Substância inflamável	Esganadura/Estrangulamento	Outros
20	2	6	2	1 (água fervente) 1 (chutes e socos) 1 (martelo)

Somente em 4 casos (12%) o autor do crime não se valeu de instrumento ou meio que deteriorasse, demasiadamente, o corpo feminino. Em 88% dos casos, houve a intenção de praticar uma degradação física e estética.

Graficamente, assim podem ser apresentados os dados quanto ao tipo de arma ou meio empregado na prática do feminicídio:

Figura 2 - tipos de armas ou meios usadas nos feminicídios em Curitiba/PR



O sentimento de posse ou propriedade sobre a mulher se confirma na análise dos motivos para a prática dos feminicídios, apesar de 9 denúncias não especificarem motivo, fator indicativo da necessidade de atuação do Ministério Público na seara do controle externo da atividade policial, objetivando um melhor aprofundamento das investigações. A respeito das 24 denúncias restantes, em 16 o motivo imediato apontado foi ciúme ou não aceitação do término do relacionamento.

Nas 8 outras iniciais acusatórias, os motivos foram variados: permanência do cartão bolsa família da vítima; recusa da vítima em buscar documentos pedidos pelo agressor; pedido da vítima para o autor não ingerir mais bebida alcoólica; crença de feminicida de que a mãe da vítima fazia “macumba” contra ele; re-

clamação da vítima de que o autor dirigia bêbado; anúncio da vítima de saída do local onde estavam; pedido da vítima para o autor não atear fogo em filhotes de gatos; queixa da vítima em relação a impotência sexual do autor. Em todas essas, saltam aos olhos a torpeza ou a futilidade das motivações imediatas descritas.

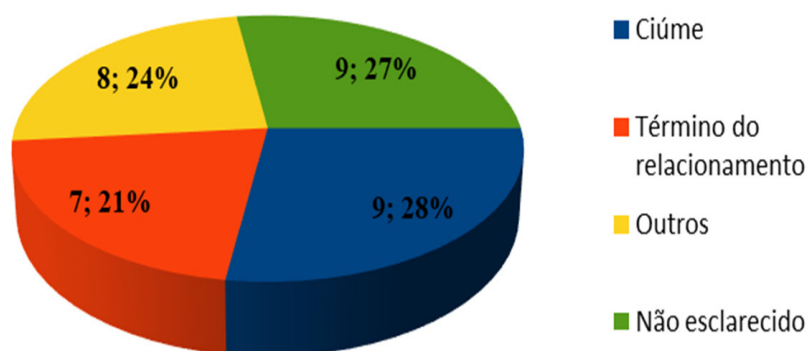
O quadro motivacional imediato pode ser assim elaborado:

Tabela 3 - motivo para a prática de feminicídio em Curitiba/PR. Fonte: denúncias ofertadas pelo MPPR

Motivo do crime			
Ciúme	Término do relacionamento	Outros	Não esclarecido
9	7	8	9

A distribuição percentual dos motivos apontados nas iniciais acusatórias é representada graficamente da seguinte forma:

Figura 3 - motivos para a prática de feminicídio em Curitiba/PR



O esclarecimento do móvel do crime de feminicídio é fundamental para uma adequada responsabilização penal do autor, seja para evidenciar seu grau de desprezo ao bem jurídico em questão (vida humana feminina), seja como forma de tornar mais clara a desigualdade na vivência relacional compartilhada entre autor e vítima. O percentual de não elucidação em Curitiba (27%) foi muito superior ao achado em São Paulo (6%) indicando uma possível falha investigativa.

## 4 Propostas preventivas e repressivas

O estudo das denúncias de feminicídio em Curitiba/PR, com foco na análise do local dos crimes, da arma empregada ou modo de agir, e do motivo para o delito permitiu visualizar algumas tendências no comportamento do agressor, além de possíveis falhas na fase investigativa ou na condução processual.

A partir desses dados, torna-se viável a elaboração de algumas proposições que buscam tutelar a mulher que sofre violência doméstica, sobretudo para evitar que o feminicídio aconteça ou, se o caso, melhorar a sua apuração e a consequente resposta penal.

Os dados de local do crime comprovam que, em Curitiba, 85% dos feminicídios ocorreram num ambiente teoricamente de segurança para a mulher (residência ou local de trabalho). Isso evidencia que o feminicídio é um crime de difícil enfrentamento pelo policiamento ostensivo rotineiro, incapaz de contê-lo, tornando necessário o reforço de outras medidas.

Ganham destaque, então, as medidas protetivas de urgência, em especial a determinação de afastamento

do agressor do lar, *não havendo espaço para alternativa mais branda sequer inicialmente*; como os feminicídios ocorrem no interior da residência, ao *primeiro sinal* de ameaça sofrida pela vítima, deve ser celereamente determinado o afastamento do autor do fato do lar e a proibição de se aproximar da mulher e de seus parentes.

Cabe destacar que, no Paraná, a Lei Estadual n.º 18.868, de 12 de setembro de 2016, posteriormente alterada pela Lei n.º 19.858/2019, criou diretrizes gerais para implementação e uso do Dispositivo de Segurança Preventiva, intitulado “Botão do Pânico”, para idosos e mulheres em situação de violência doméstica e familiar<sup>37</sup>. Atualmente o serviço funciona por meio do aplicativo 190 da Polícia Militar, sendo importante que o serviço alcance todos os municípios e que qualquer acionamento do botão receba a devida atenção, com pronto deslocamento de uma guarnição ao local do fato<sup>38</sup>. Cabe precipuamente ao Ministério Público, a quem incumbe o exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF), atuar (de preferência extrajudicialmente) para que o serviço funcione adequadamente.

Para acelerar a atuação estatal na proteção da mulher, não basta que o Delegado de Polícia remeta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência (art. 12, III da Lei n.º 11.340/2006); é necessário que a autoridade policial apresente às vítimas, da forma mais simplificada e clara possível, as medidas previstas em lei, sendo relevante que o requerimento já esteja previamente formatado numa espécie de formulário ou arquivo de texto onde as ofendidas, objetivamente, possam apontar as medidas protetivas que lhes pareçam úteis.

Essa deve ser uma providência adotada simultaneamente ao registro da ocorrência, evitando um novo deslocamento da vítima até a unidade policial e uma revitimização com a necessidade de narrar novamente os fatos e ser atendida por outra pessoa.

Superada a questão na esfera policial, em juízo deverão o Ministério Público e a autoridade judiciária se atentar para a real possibilidade de concretização da ameaça. Nesse caso, não restará outra possibilidade, a não ser lançar mão da *prisão preventiva*, mesmo se ainda estiver presente somente o crime de ameaça (art. 147 do Código Penal), e ainda que não haja prévia medida protetiva descumprida. Se impossível aferir, de plano, a suficiência de medidas protetivas, será incontornável a custódia cautelar<sup>39</sup>.

Sendo crime tipicamente praticado no interior da residência, a pretensão de evitá-lo conduz, inexoravelmente, a uma valorização da palavra da vítima ao relatar as (eventuais) prévias ameaças. A verossimilhança de suas declarações<sup>40</sup> será suficiente ao deferimento das medidas cautelares, sejam as previstas na Lei Maria

<sup>37</sup> PARANÁ. *Lei nº 18.868, de 12 de setembro de 2016*. Cria diretrizes gerais para implementação e uso do Dispositivo de Segurança Preventiva, Botão do Pânico, para idosos e mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Disponível em: [http://portal.alep.pr.gov.br/modules/mod\\_legislativo\\_arquivo/mod\\_legislativo\\_arquivo.php?leiCod=50699&tipo=L&tpl=0](http://portal.alep.pr.gov.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=50699&tipo=L&tpl=0). Acesso em: 29 dez. 2020.

<sup>38</sup> Deve ser registrado o esforço do Conselho Nacional de Justiça no enfrentamento do problema da violência doméstica e familiar contra a mulher, com a recente edição da Portaria n.º 259, de 20 de novembro de 2020, que instituiu Grupo de Trabalho para elaboração de estudos e propostas visando ao combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3590>. Acesso em: 18 jan. 2021.

<sup>39</sup> “Inúmeros são os fatos criminosos que não chegam ao conhecimento do Poder Público em razão do temor da vítima e da própria imposição do agressor para com a sua família, podendo existir casos em que, apesar da reiteração criminosa do agressor, este é o primeiro fato levado ao conhecimento da autoridade pública e que, embora o crime não possua pena superior a quatro anos, sabe-se, diante do depoimento da vítima e de outras provas, que a única medida capaz de conter o agente e resguardar a integridade da mulher é a constrição cautelar.

Nesse sentido, existindo elementos suficientes para se verificar que as agressões cometidas contra a mulher em razão do gênero são reiteradas e que ela vive em constante temor, não sendo possível ao juízo aferir de plano que as medidas protetivas serão suficientes para resguardar a vítima e seus familiares, imperioso é que se imponha a custódia cautelar para fim de que, pelo naquele momento, seja possível garantir a segurança da vítima.” (BALLAN JUNIOR, Octahydes; VIANA, Ruth Araújo. Possibilidade de custódia cautelar do agressor pelo crime de ameaça perpetrado no âmbito doméstico e familiar. *Revista magister de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, n. 78, p. 103-122, jun./jul. 2017. p. 113)

<sup>40</sup> “La jurisprudencia cuando la víctima es la única prueba o la prueba principal ha tratado de establecer pautas, criterios o requisitos que permitan objetivar la eficacia de su testimonio y que se contran en tres elementos como son la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación.” (IBÁÑEZ SOLAZ, María. Algunas consideraciones sobre la prueba en los delitos de violencia de género. *In: MATÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (co-*

da Penha, seja, em último caso, a prisão preventiva, devendo o magistrado se valer, nesse momento processual, de uma “cognição rarefeita”, tendo em conta máximas de experiência subministradas pelas regras de observação do que ordinariamente acontece.<sup>41</sup>

Há de se considerar, para tanto, que o perfil achado em Curitiba é de massivo emprego de armas brancas ou outro modo de agir que não o uso de arma de fogo. Assim, de nada importa, para a tomada da decisão, simples consulta a sistemas de registros de armas. Afinal, além de providência insegura, esse não é sequer o tipo comum de ação do feminicida curitibano, que age com instrumentos improvisados, disponíveis no próprio lar, de fácil circulação e sem qualquer forma de controle estatal.

Um dado que salta aos olhos é a significativa quantidade de feminicídios que não tiveram uma motivação esclarecida (27% dos casos estudados). Cuida-se de espécie de homicídio que, em geral, não enfrenta maiores dificuldades para o esclarecimento da autoria. Inclusive, as estatísticas comprovam que, em 89,9% dos delitos, o autor é o companheiro ou ex-companheiro da vítima<sup>42</sup>.

Isso reduz sobremaneira o espectro investigativo, que fica ainda mais reduzido quando se observa que o feminicídio é um tipo de crime com motivações razoavelmente pré-definidas, girando ao redor, basicamente, do ciúme ou sentimento possessivo, da não aceitação do término da relação, do descontentamento com algum “não” dado pela vítima ou com algum pedido feito por ela e que seja compreendido como “limitador” da ação do homem (ex.: deixar de beber, de dirigir alcoolizado etc.).

Tal consideração tem maior relevância à luz da discussão que pretende obstar o uso da “tese” defensiva da legítima defesa da honra.<sup>43</sup> A conformação dos quesitos apresentados aos jurados, em plenário do tribunal do júri, impõe a formulação do quesito absolutório genérico. Isso autoriza o acolhimento do pedido absolutório sem que se saiba a razão tomada como suficiente ou justificada à absolvição.

Obstar o uso da legítima defesa da honra tem por premissa que esse pretense argumento apareça às claras, afirmado expressamente no curso do curso. Não é isso que se verifica. Ao contrário: toda sorte de naturalização e normalização do comportamento homicida aparece, sofisticadamente, em argumentos não expressos nos autos. A proibição, simples assim, pode nascer como mandamento que será descumprido. A ver se a resposta judicial sobre o tema — insuficiente por definição — não desmobilize os grupos de enfrentamento político do tema.

Ainda sobre os achados, a hipótese mais provável para a não identificação da motivação do crime encontra-se no fato de, em geral, estar o agressor preso, o que impõe a conclusão do inquérito policial em 10 dias (art. 10, CPP) e o oferecimento de denúncia em 5 dias (art. 46, CPP). Embora a autoria esteja praticamente evidente, a narrativa do fato com suas circunstâncias reclama detalhamento investigativo. Por isso, considerável tempo desses dias, para encerramento da investigação e formalização da acusação em juízo, é gasto com a colheita de provas das circunstâncias do crime, inclusive sua motivação. Não é raro que esse tempo seja insuficiente para a formalização dos elementos informativos que detalham a ação criminosa. Os meios de prova aptos a isso são mais dificultosos e podem exigir mais tempo do que o previsto para o encerramento do procedimento investigatório e a deflagração da ação penal.

Desse modo, como o feminicídio já qualifica *objetivamente* o crime, não há uma preocupação, por parte da Polícia Civil, relativa ao aprofundamento da investigação a respeito dos motivos do crime nesse curto espaço

---

ord.). *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012. p. 435-455. p. 450)

<sup>41</sup> Leciona Alexandre Freitas Câmara que, no exercício da “cognição rarefeita”, o julgador se contenta com a verossimilhança da alegação, a ser obtida “antes de se iniciar o procedimento probatório. Trata-se de um juízo que se produz sobre uma máxima de experiência, decorrente da verificação da frequência com que se produz o fato alegado pela parte” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. p. 290 e 473).

<sup>42</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2020.

<sup>43</sup> É o objeto da já referenciada ADPF 779, que tramita no Supremo Tribunal Federal.

de tempo, o que poderia resultar numa outra qualificadora (torpeza ou futilidade)<sup>44</sup>.

Premido pelo prazo, o Ministério Público oferece a denúncia e, carecendo de elementos, não aponta o motivo do delito. Nessa situação, sobriam três alternativas: a) devolver o inquérito para diligências, o que não seria recomendável porque o excesso de prazo resultaria no relaxamento da prisão; b) oferecer a denúncia e requisitar a realização de diligências complementares para esclarecimento do motivo, o que também não é a medida mais producente, acarretando, no futuro, o aditamento da inicial e a reabertura da instrução, com risco de excesso de prazo; c) buscar uma atuação imediata na fase de inquérito policial, o que se mostra como o caminho mais viável.

Quando a vítima sobrevive ao fato criminoso, não há maiores dificuldades, porque sua oitiva geralmente será suficiente para aclarar os motivos do crime. Há mais obstáculos probatórios quando o feminicídio se consuma. Afinal, em geral, trata-se de crime ocorrido dentro de casa, longe de testemunhas.

O homicídio (e o feminicídio como espécie) é um crime que deixa vestígios, exigindo a realização de exame de corpo de delito (art. 158 do Código de Processo Penal). Os órgãos de persecução penal acabaram condicionados ou acostumados com a colheita de prova direta nos crimes contra a vida: o cadáver e a respectiva necropsia; o laudo de local do fato; a apreensão da arma; a perícia no projétil; as testemunhas presenciais etc.

Todavia, nos tempos atuais, com tudo registrado eletronicamente em celulares e computadores, a investigação de feminicídio consumado não pode dispensar um *imediato pedido ou representação de busca e apreensão dos aparelhos eletrônicos do investigado e autorização judicial para acesso de seu conteúdo, inclusive dos dados existentes “em nuvem”*.

Do mesmo modo, a autoridade policial deve diligenciar para a *colheita mais célere possível de autorização dos sucessores da vítima para acesso aos seus aparelhos eletrônicos, principalmente o celular*, em que, provavelmente, serão encontradas conversas que conduzirão ao esclarecimento dos motivos do crime. Nesse sentido, à luz dos incisos II e III do art. 6º do Código de Processo Penal, tal providência estaria encartada no rol de diligências situadas no próprio local do crime, em que a autoridade policial deve apreender objetos relacionados ao crime bem como colher *todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias*.

É preciso, portanto, estar sempre um passo adiante, seja preventivamente, antecipando o deferimento de medida protetiva ou mesmo prisão preventiva, seja em relação à investigação<sup>45</sup> quando o feminicídio se consumir, abandonando a praxe de se buscarem, apenas, provas diretas, passando a trabalhar, também, com outros meios de prova.

<sup>44</sup> O STJ aceita tranquilamente a imputação conjunta do feminicídio com o motivo fútil ou torpe. Nesse sentido: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA ALTERADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. ALEGADO *BIS IN IDEM* COM O MOTIVO TORPE. AUSENTE. QUALIFICADORAS COM NATUREZAS DIVERSAS. SUBJETIVA E OBJETIVA. POSSIBILIDADE. EXCLUSÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do *animus* do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de *bis in idem* no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva.

2. A sentença de pronúncia somente deverá afastar a qualificadora do crime de homicídio se completamente dissonante das provas carregadas aos autos. Isso porque o referido momento processual deve limitar-se a um juízo de admissibilidade em que se examina a presença de indícios de autoria, afastando-se, assim, eventual usurpação de competência do Tribunal do Júri e de risco de julgamento antecipado do mérito da causa.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 433.898/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018).

<sup>45</sup> WIECKO, Ela. Estratégias do Ministério Público para atender as diretrizes nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. *Revista Gênero*, v. 17, n. 2.

## 5 Considerações finais

O feminicídio é a face mais cruel e brutal da desigualdade de gêneros no Brasil, fruto de longos séculos da construção estrutural de uma sociedade machista. Os indicadores mostram que o feminicida pratica um crime de ódio, não se contentando com a ocisão da vida humana, mas desejando também a mutilação do corpo feminino como o ato final de exteriorização de uma complexa afirmação de poder.

Reflexo disso é o emprego de meios que causam grande padecimento e destruição dos atributos físicos femininos. Dos casos julgados pelo Tribunal do Júri de Curitiba, apenas 2 foram praticados com arma de fogo; em 88% pretendeu-se uma degradação corpórea, fato que acena para a presença da qualificadora do meio cruel.

O feminicídio na cidade de Curitiba, como demonstram as ações penais abrangidas na pesquisa, assume características e feições que não somente podem como devem orientar ações preventivas e de aprimoramento do instrumental persecutório. As características do feminicídio na capital paranaense demonstram, conquanto se trate de fato que exterioriza uma violência cruenta e, por isso, tradicional, a peculiaridade de ser um crime praticado no ambiente privado, fora da vista de outras pessoas e usualmente em contextos de naturalização de violências pretéritas, demanda das agências de persecução penal (Polícia e Ministério Público) minudenciamento das circunstâncias do fato para adequada responsabilização do feminicida.

Além disso, colhe-se dos dados demonstrados que feminicídios são crimes, em geral, antecedidos de violência que se apresenta cíclica e iterativa, inclusive com notificação formalizada no sistema de justiça. Por isso, o destacado caráter protetivo do poder cautelar do juiz criminal nesses casos, a evitar o agravamento da violência experimentada pela mulher, para além da providência *pari passu* de acolhimento da vítima. O feminicídio não aparece como surpresa, mas como ponto de chegada de uma violência multiforme e prolongada no tempo.

A grande concentração de crimes no interior da residência recomenda a adoção célere, ao primeiro sinal de ameaça, de medidas protetivas, em especial o afastamento do agressor do lar e a proibição de se aproximar da vítima e de seus familiares.

Pelo local onde os feminicídios acontecem, no interior das casas, impedindo acautelamento por meio do policiamento ostensivo, o afastamento do agente do lar mostra-se, de plano, uma primeira providência totalmente adequada, necessária e proporcional. Contudo, se a gravidade da ameaça induzir a um prognóstico positivo de sua concretização, cumprirá ao Poder Judiciário a decretação da prisão preventiva, ainda que não haja anterior descumprimento de medida protetiva de urgência, como único remédio para resguardar a vida da mulher e arrefecer o ímpeto criminoso do agressor.

Se as providências preventivas falharem, o Estado terá o dever de promover adequada investigação, o que envolverá a colheita de todas as provas necessárias para o esclarecimento das circunstâncias do crime, inclusive seus motivos.

Dada a exiguidade do prazo para conclusão do inquérito e oferecimento da denúncia com o investigado preso, a autoridade policial e o Ministério Público deverão, tão logo tenham conhecimento do crime, requerer a busca e apreensão dos equipamentos eletrônicos do agente e o acesso a todos os seus dados, procurando nas comunicações e registros identificar o móvel para a eliminação da vida da mulher.

Outrossim, aos órgãos de persecução também competirá providenciar a apreensão dos aparelhos eletrônicos da vítima, para posterior acesso aos seus dados, onde possivelmente constarão informações úteis ao esclarecimento das circunstâncias fáticas.

## Referências

- BALLAN JUNIOR, Octahydes; VIANA, Ruth Araújo. Possibilidade de custódia cautelar do agressor pelo crime de ameaça perpetrado no âmbito doméstico e familiar. *Revista magister de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, n. 78, p. 103-122, jun./jul. 2017.
- BELANDO GARÍN, Beatriz. La evolución de los derechos de las funcionarias ante la violencia de género: el ejemplo valenciano. In: MATÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.). *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012. p. 267-282.
- BEZERRA, Luís Antônio Alves. *Da espiral de violência em desproveito da mulher: submissão bíblica, religiosa, social e jurídica*. 2018. 194 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 dez. 2020.
- BRASIL. *Atlas da violência 2019*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio\\_institucional/190605\\_atlas\\_da\\_violencia\\_2019.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf). Acesso em: 28 dez. 2020.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 28 dez. 2020.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. *Cidades: Curitiba*. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/curitiba/panorama>. Acesso em: 30 dez. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 27 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 779*. Distrito Federal. Medida cautelar. Rel. Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 26 fev. 2021. Diário de Justiça Eletrônico de 26 fev. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345767404&ext=.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.
- CAMPOS CRISTÓBAL, Raquel. La violencia de género: análisis de figuras delictivas y reflexión crítica de su aplicación a la luz de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. In: MATÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.). *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012. p. 285-314.
- CAMPOS, Carmen Hein; SEVERI, Fabiana Cristina. Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 02, p. 962-990, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/32195/25680>. Acesso em: 28 dez. 2020.
- CÉSAR, Paula Macedo; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O gênero do direito: uma análise feminista do discurso jurídico sobre a mulher em situação de violência. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 21, n. 2, p. 243-293, maio/ago. 2019.



ESPAÑA. *Ley nº 5/2008, de 24 de abril*. Del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-9294>. Acesso em: 28 dez. 2020.

FONSECA, Maria Fernanda Soares; FERREIRA, Maria da Luz Alves; FIGUEIREDO, Rizza Maria de; PINHEIRO, Ágatha Silva. O feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros. *Revista JURIS*, Rio Grande, v. 28, n. 1, p. 49-65, 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2020.

GINDRI, Eduarda Toscani; BUDÓ, Marília de Nardin. A função simbólica do direito penal e sua apropriação pelo movimento feminista no discurso de combate à violência contra a mulher. *Revista direitos fundamentais & democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 236-268, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicarfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/651/461>. Acesso em: 28 dez. 2020.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valência: Tirant lo Blanc, 2012.

IBÁÑEZ SOLAZ, María. Algunas consideraciones sobre la prueba en los delitos de violencia de género. In: MATÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.). *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2012. p. 435-455.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius Berno de; MACHADO, Bruno Amaral. O fluxo do sistema de justiça como técnica de pesquisa no campo da segurança pública. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 2, p. 781-809, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Caso 12.051, Maria da Penha Maria Fernandes versus Brasil*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 28 dez. 2020.

PARANÁ. *Lei nº 18.868, de 12 de setembro de 2016*. Cria diretrizes gerais para implementação e uso do Dispositivo de Segurança Preventiva, Botão do Pânico, para idosos e mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Disponível em: [http://portal.alep.pr.gov.br/modules/mod\\_legislativo\\_arquivo/mod\\_legislativo\\_arquivo.php?leiCod=50699&tipo=L&tplei=0](http://portal.alep.pr.gov.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=50699&tipo=L&tplei=0). Acesso em: 29 dez. 2020.

ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira. *Feminicídios no Brasil: uma proposta de análise com dados do setor de saúde*. 2017. 215 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017.

SANTOS, Jeová Rodrigues dos. *O fenômeno da violência contra a mulher na sociedade brasileira e suas raízes histórico-religiosas*. 2014. 258 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2014.

SÃO PAULO [Estado]. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Raio x do feminicídio em SP: é possível evitar a morte*. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo\\_de\\_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/Feminicidio/RaioXFeminicidioC.PDF). Acesso em: 28 dez. 2020.

VARELLA, Marcelo Dias; MACHADO, Natália Paes Leme. A dignidade da mulher no direito internacional: o Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos – IIDH*, n. 49, p. 467-501, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1630/revista-iidh49.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2020.

VILLA, Eugênia Nogueira do Rêgo Monteiro; MACHADO, Bruno Amaral. O mapa do feminicídio na Polícia Civil do Piauí: uma análise organizacional-sistêmica. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 16, n. 22, p. 86-107, jan./jun. 2018.

WIECKO, Ela. Estratégias do Ministério Público para atender as diretrizes nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. *Revista Gênero*, v. 17, n. 2.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Origin and consequences of the war on drugs. from the united states to Andean countries**

**Origem e conseqüências da guerra contra às drogas dos Estados Unidos aos países andinos**

Silvio Cuneo

Nicolás Oxman

# Origin and consequences of the war on drugs. from the united states to Andean countries\*

## Origem e consequências da guerra contra às drogas dos Estados Unidos aos países andinos

Silvio Cuneo\*\*

Nicolás Oxman\*\*\*

### Abstract

This paper aims to study the War on Drugs and its consequences in the Andean countries (Colombia, Peru and Bolivia). It analyses the way in which the United States internationalization of a criminal political discourse, resulted on a punitivist ideology separated from human rights when responding to the drug problem in these countries. The study begins with an incursion into the legal, political and social aspects of the origin of the discourse of the War on Drugs in the United States and the Andean countries. It continues with the presentation of the results and the current state of the political response to coca cultivation in each of these countries. The work closes with an exposition of the most visible consequences of the war on drugs in the Andean countries, characterized by the increase in prison overcrowding, the selective criminal prosecution of marginalized groups and mass incarceration. Regarding the methodology, it uses the inductive rationale through the bibliographic search. Consequently, it characterizes the punitivisim discourse against drugs and the ideologies that support it as a response lacking rationality within the framework of a Social and Democratic Rule of Law, whose implementation in drug-producing countries has caused structural damage to the legitimacy of the democratic systems of these countries, especially with regard to the respect for fundamental rights. This paper offers a study on the War on Drugs and its consequences in the Andean countries (Colombia, Peru and Bolivia). In particular, the way in which the United States internationalized a criminal political discourse that resulted in the establishment of an exceptional criminal prosecution system without a minimum standard when it comes to the constitutional guarantee of due process. In a second moment, this study approaches the different strategies assumed by these countries once the United States abandoned direct military intervention in policies. The paper ends analysing the visible consequences of this process, characterized by the increase in prison overcrowding, the selective criminal prosecution of marginalized groups and mass incarceration are exposed.

**Keywords:** War on Drugs. Criminal Policy. Mass Imprisonment.

\* Recebido em 16/07/2020

Aprovado em 28/02/2020

This paper is part of the project “Experience of the Drug Courts in the United States. Possible application to the Chilean case”, sponsored by Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, Programa de Becas Chile for Post-PHD Research abroad, year 2018, number 74190026, which is held at John Jay College of the City University of New York and its responsible researcher is Dr. Silvio Cuneo.

\*\* Doutor em Direito, Professor do Direito Penal da Universidad Central de Chile.  
E-mail: silvio.cuneo@ucentral.cl

\*\*\* Doutor em Direito, Professor do Direito Penal da Universidad Andrés Bello, Bellavista 0121 (Santiago, Chile).  
E-mail: nicooxman@gmail.com

## Resumo

Este trabalho tem como objetivo estudar a Guerra às Drogas e suas consequências nos países andinos (Colômbia, Peru e Bolívia). Analisa a forma como os Estados Unidos internacionalizaram um discurso político criminoso que teve como resultado nesses países a consagração de uma ideologia punitivista separada dos direitos humanos em resposta ao problema das drogas. O estudo começa com uma incursão pelos aspectos jurídicos, políticos e sociais da origem do discurso da guerra às drogas nos Estados Unidos e nos países andinos. Continua com a apresentação dos resultados e o estado atual da resposta política ao cultivo da coca em cada um desses países. A obra se encerra com uma exposição das consequências mais visíveis da guerra às drogas nos países andinos: consequências visíveis caracterizadas pelo aumento da superlotação carcerária, o processo criminal seletivo de grupos marginalizados e o encarceramento em massa. Quanto à metodologia, utiliza o raciocínio indutivo por meio da pesquisa bibliográfica. Conseqüentemente, caracteriza o discurso punitivista contra as drogas e as ideologias que o sustentam como uma resposta carente de racionalidade no marco de um Estado de Direito social e democrático, cuja implementação nos países produtores de drogas causou danos estruturais à legitimidade do democrático. sistemas desses países, especialmente no que diz respeito ao respeito pelos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Guerra contra as drogas. Política criminal. Encarceramento em massa.

## 1 Introduction

The recent history of Latin America is linked, without a doubt, to the problems of legitimacy of its democratic institutions, corruption, drug trafficking, poverty, economic, racial and cultural segregation, among other problems that are structural in our region. In this history of endemic difficulties, the problem of drug trafficking, especially in countries that produce coca leaves, has played a leading role for more than fifty years. The strength of the economic ties between the Andean countries and the United States intensified at the beginning of the last century, especially through the requirement of raw materials and food products originated in the cultivation of fruits and vegetables<sup>1</sup>, which constituted until the middle of the previous century, the main income of Colombia, Peru and Bolivia.

The dismantling of the Welfare State in the United States produced an increase in unemployment, the loss of social rights, and an increase in inequality in the population, especially in post-industrial cities. With this, the consumption of drugs and illicit substances increased, in a neoliberal market logic that made possible the development of organized crime and the growth of demand for raw materials associated with the production of coca leaf in the Andean countries. At the same time that the inequality produced by the implementation of neoliberal public policies in the United States grew, the demand for new illicit narcotic substances increased.

At the end of the sixties of the last century, poverty and marginalization in large cities in the United States, in addition to the demands of the new model of neoliberal society, limited assistance to minorities produced an increase in racism, social violence<sup>2</sup>. the exclusion of needy sectors, in addition, from crime. In this context, all political parties assumed that the answer to these problems laid in the promises of increased

<sup>1</sup> What produces the inability of domestic economies to respond to international variables with the consequent endemic inflation. See: KENNETH, Jameson. "Latin American Structuralism: A Methodological Perspective", *Working Paper* 43, July (1985). Available in: [https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old\\_files/documents/043\\_0](https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/043_0)

LOVE, Joseph. "The Rise and Decline of Economic Structuralism in Latin America: New Dimensions", *Latin American Research Review* Vol. 40, No. 3 (2005), pp. 100-125.

<sup>2</sup> WACQUANT, Loïc J. D. "The Rise of Advanced Marginality: Notes on Its Nature and Implications", *Acta Sociologica*, Vol. 39, No. 2 (1996), pp. 121-139

penalties, the creation of new crimes and the improvement of the criminal justice system. However, in the face of the drug problem, all the answers seemed insufficient.

For this reason, the idea arose that in the case of drugs, a war was necessary not only at the national but at the international level, and that it should lead to the origin of the problem: the cultivation of the coca leaf and the production of cocaine in the Andean countries which, by the end of the seventies of the last century, had changed their traditional crops for the cultivation of drugs, at the same time that the peasants, dedicated to the production of fruits and vegetables, had organized themselves into associations and groups due to the economic advantage that meant the profits from the cultivation of coca leaves<sup>3</sup>. These groups would later give rise to the drug cartels.

The research problem is to identify the risks that the war on drugs discourse, punitivism and its main consequences, produce for the social and democratic State of Law, by creating a penal system outside of fundamental rights. This research is justified from a theoretical point of view, by the absence of studies on the consequences that the implementation for more than fifty years of this type of criminal discourse has had in the Andean countries, and explains its more visible consequences: prison overcrowding, mass incarceration, and targeted prosecution of the criminal prosecution system. What accounts, finally, of structural injuries to fundamental rights such as human dignity and due process, as minimum guarantees of the rule of law<sup>4</sup>.

The study is divided into three stages. Firstly, the origin of the discourse against drugs in the United States and the way in which the “war” was implemented in the Andean countries. Secondly, the particularities of each of these countries are explained and the way in which, in general terms, they have approached the problem of the cultivation and production of cocaine, with different results, since declaring “the end of the war of drugs”,

has meant the nationalization of it. Finally, the consequences of the war and the nationalization of the fight against illicit drug trafficking in the Andean countries are explained, as has been said, prison overcrowding, mass incarceration and the selective prosecution of the penal system. Regarding the methodology, the deductive, historical and materialistic logical basis was used, through bibliographic research and documentary archives, with the aim of submitting its results for discussion under an approach of critical analysis of the discourse, characteristic of post-modern criminology, and the principles of criminal policy as rules for the rationality of criminal law.

## 2 The failure of the war on drugs as a criminal policy: a background

The origin of the declaration of war can be firmly traced to Richard Nixon’s speech in 1971, when he announced to the press and the United States Congress the need to restore, in line with his presidential election campaign since 1968, the so-called law and order policy<sup>5</sup>, declaring that drugs were a “modern curse on American youth”, that actions were to be taken against drug producers and marketers “wherever they may be”, strengthening the borders against the “pestilence” of narcotics. As a result, during Nixon’s Administration, in 1973, the DEA (*Drug Enforcement Administration*) was established. Even though more emphasis was placed on consumption prevention, the ground was laid for the subsequent development of an interventionist policy in Latin America, especially in drug - producing countries<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> See: THOUMI, Francisco. *Illegal Drugs, Economy, and Society in the Andes*. Johns Hopkins University Press, 2004, pp. 30-150.

<sup>4</sup> ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. The New Press, 2012.

<sup>5</sup> It is a phenomenon where political parties, both left and right, liberal and conservative, try to depart from traditional politics and show in the media that they have chosen a “new policy” close to the people, away from the traditional form and internal ideological pressures, PRATT, John. *Penal Populism*, Routledge, London, 2007, p. 10.

<sup>6</sup> DEL OLMO, Rosa. *La Cara Oculta de la Droga*, Ed. Temis, Bogotá, 1988, pp. 50 et seq. On the construction of the cultural ste-

As Alexander points out, this process was a result of a reconstruction of the so-called “law and order” policy, established in the late 1950s, as a rhetorical response of the politicians of the South of the United States to the civil rights movement, and in particular to Afro-American minorities. In this scheme, everything that involved defending civil rights was perceived as a reward for lawbreakers, meaning mass social agitators.

Gerald Ford and Jimmy Carter’s governments are important as they promoted legal changes aimed at reinforcing the idea that, as far as drug trafficking was concerned, judges should apply what were called *prison sentences with a minimum of effective or obligatory compliance* at a time when crime had already been stereotyped by the media as the consequence of structural class and racial factors, characterising criminality as a street issue, associated with drug trafficking, committed by criminal gangs of African-American origin, which committed all kinds of minor crimes<sup>7</sup>.

During Ronald Regan’s time, what had so far been a straightforward declaration of war materialised into a series of public policies that steadily hiked the number of criminal prosecutions beyond US borders, thus creating a sort of “mass hysteria” associated with drugs, with the support of the Congress and law enforcement agencies and, certainly, with the complicity of media in creating the stereotyped trafficker by turning criminal prosecution into a spectacle<sup>8</sup>. Over the course of time, this was hitched to a highly moral discourse whereby drugs were blamed for the loss of family values, moral traditions and religion. At the same time the president himself blamed drugs, without any empirical evidence, via the media, for being responsible for robberies, thefts, and every crime against property understood as the consequence of addiction<sup>9</sup>.

At the end of the day, it is a rhetoric that revolves around two kinds of questions: on one hand, there are all those in favour of intensify the “war”, attributing every crime, in particular, thefts and street robberies, but also state corruption or any risk of its occurrence, as well as murder and organised crime, to drugs and everything connected to them. And, on the other hand, those who act within the logic of progressive legalization or decriminalization, affirming, that even more serious than the problem of drugs is their “criminalization” and the solutions to the so-called drug problem<sup>10</sup>. Thus, in the United States criminal populism

---

reotype of deviance by the media, ATHEIDE, David L. “Deviance and the Mass Media”, *The Handbook of Deviance*, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2015, pp. 298-310.

<sup>7</sup> This figure of the enemy-trafficker-black, has a wide acceptance in the American imaginary, the result of multiple factors in the construction of reality. In 1915, *The Birth of a Nation*, directed by D. W. Griffith, was released, one of the most important films of its time. In the film, which had a large box office in its time, a stereotype of a cruel black, rapist and drunk is fostered, in contrast to the virtues of whites. The sensation of reality that cinema, television and the internet have been creating can make something that has little to do with reality seem obvious. For example, the usual idea of the black trafficker responds more to a prejudice fed by the media than to true data. Indeed, various studies conclude that the rates of consumption and sale of illegal drugs among blacks and whites are practically the same. Regarding young people, the probabilities of young whites to be involved in the sale of illegal drugs are higher than that of blacks. ALEXANDER, *The New Jim Crow*, pp. 158-159. However, the general opinion of the people is that drugs are sold by blacks. A 1995 survey that invited the interviewee to close their eyes and visualize a drug user and then describe him / her resulted in 95% of people imagining a black user. WATSON, Betty, DIONNE Jones and ROBERTSTONE-SUNDERS, Pat. “Drug Use and African Americans: Myth Versus Reality”, *Journal of Alcohol and Drugs Abuse*, 40:19, 1995. p. 19.

<sup>8</sup> For ALEXANDER, *The New Jim Crow*, p. 86, from the beginning the war on drugs had little to do with public concern with narcotics and more to do with public concern with the issue of race”. For this author, mass incarceration is a system of racial control that is not incompatible with current sensitivities due to its invisibility. The premise formulated by Giuseppe Tomasi de Lampedusa helps us to understand American racial segregation: that everything changes, so that everything remains the same. First it was slavery, then the era of segregation and today it is the penal regime that surreptitiously maintains the racial caste system in North American society. Just because racism isn’t explicit doesn’t mean it doesn’t exist. The arguments and rationalizations of racial discrimination and exclusion have mutated, but the results have been practically the same.

<sup>9</sup> Ronald Reagan’s disposition towards the drug problem manifested itself since he took office. Since 1981, the presidential political discourse has been directed decisively to “identify” the strategic components at the national and international level in relation to drug trafficking, accusing that the drug problem was the cause of the expansion of criminality in U.S. GALEN, Ted. *Bad Neighbor Policy. Washington’s Futile War of Drugs in Latin America*, Palgrave-Macmillan, New York, 2003, p. 19.

<sup>10</sup> DUKE, Steven; GROSS, Albert. *America’s Longest War. Rethinking Our Tragic Crusade Against Drugs*, E-reads, 1999, pp. 2 et seq. The “war” required internally the sustained increase of resources at the state and federal level, especially in the period of installation, therefore, since the Reagan government the prison budget was increased from 1.5 million dollars in 1981 to 17 million in 1999. GARLAND, David. *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, Sage Publications, London, 2001, pp. 5-6. As for the increase in

has been on the public agenda since the presidential campaign of Richard Nixon as a political decision that involved all political parties without distinction, where social welfare was harnessed to a war against crime and, in particular, against drugs<sup>11</sup>.

Establishing these historical milestones is important as it lays down the foundations for a new criminal policy, related to drugs, that puts the idea of security above fundamental rights. Therefore, new laws were progressively enacted, whose application was reinforced by jurisprudential criteria that have led to a progressive limiting of individual freedoms.

At the same time, on an international level, the criminal policy of the War on Drugs translated into a progressive intervention in Latin-American governments, to the point where it has been denounced<sup>12</sup> the existence of a general objective, aimed at the eradication of coca leaf crops. This paved the way for the formation of paramilitary anti-drug forces, which went hand in hand with a foreign policy that even went as far as to bribe Latin American governments or force them to accept the impositions of the DEA under the threat of stiff economic sanctions<sup>13</sup>.

The imposition and influence of the criminal policy of the War on Drugs abroad is especially reflected in the expansion in Latin America of criteria laid down in the so-called *Anti-Drug Abuse Act of 1986*. This expresses the idea of drugs posing a threat to national security, drugs being a part of organised crime, and the need to avoid the economic benefits associated with drug trafficking, the criminalization of drug possession, punishment of consumption in public, criminal prosecution authorising the use of undercover agents, secrecy during investigation, interception of communications, as well as other measures limiting fundamental rights which, from once being the exception, became the norm for investigation.

### 3 The “new threat” issue in the international context

In the late 1980s, to avoid cocaine entering the United States, the country began a new phase in the War on Drugs, aimed at the destruction and eradication of the “enemy” at its roots. Therefore, at the end of George H.W. Bush’s government a policy of intervention in Latin-America was drawn up, whose main feature was to wipe out coca’s crops and fight cartels in their country of origin. With these aim in mind, the so-called militarization of the fight against drug trafficking was promoted. The origin of this new phase was marked by two events: first, the invasion of Panama, which was justified by the drug trafficking activities carried out by President Noriega (which would give rise to the concept of a narco-state) and the second, the decision to permanently install an aircraft carrier in Colombian territorial waters, in order to intercept cocaine shipments by the Medellin and Cali cartels to the United States<sup>14</sup>.

---

spending on government agencies, according to Alexander between 1980 and 1984, the funds for the anti-drug section of the FBI increased by 8 to 95 million dollars. The spending of the Department of Defense increased from 33 million dollars in 1981 to 1,042 million in 1991. For its part, the DEA (Drug Enforcement Administration) in the same period went from spending 86 million to 1,026 million dollars. By contrast, the budget for drug education, prevention, and treatment fell sharply from \$ 274 million in 1981 to \$ 3-14 million in the 1990s. ALEXANDER, *The New Jim Crow*, p. 5.

<sup>11</sup> In the United States, the so-called “war on crime” has been present in all presidential political campaigns since 1968 and in those that did not focus excessively on criminal political issues (1976, 1992 and 2000) the political programs of the candidates on the subject crime rates offered similar punitive increases. SIMON, Jonathan. “Fear and Loathing in Late Modernity: Reflections on the Cultural Sources of Mass Imprisonment in the United States”, *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, Sage Publications, London, 2001, p. 44.

<sup>12</sup> GALEN. *Bad Neighbor Policy*, pp. 40-45.

<sup>13</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca-Cocaína. Política Criminal de la Droga*. Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 1995, pp. 109-120.

<sup>14</sup> President Bush would offer economic and military support to any government in Latin America that requires it, the first manifestation of which would be the 65 million dollars it would offer to Colombia in the so-called “Andean initiative” with the aim of collaborating militarily in the eradication of the cartel Medellin after the assassination of presidential candidate Luis Carlos Galán in 1989. GALEN. *Bad Neighbor Policy*, pp. 33-36.

The influence of the United States in Latin American legislations progressively became more evident, in particular following Bolivia embracing and adapting the aforementioned *Drugs Acts*, through the Coca and Controlled Substances Regime Act of 19 July 1988, known as Law No. 1008<sup>15</sup>. During this same period, the Convention of the United Nations against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988 was created, concentrating on concern for the drugs' impact on the population's physical health, as well as giving drugs economic meaning, as it focused on the deprivation of the economic benefits of illicit drug trafficking.

In fact, the Convention favours a criminal strategy as a response to the drug trafficking issue and it does so from a maximal criminal law perspective, meaning that it assigns to States the duty of creating a more efficient, operative and flexible legislation that can be used to eradicate illicit trafficking, claiming in the preamble that drug trafficking is an activity that generates economic profit, "corrupts the structures of public administration, lawful commercial and financial activities and society at all levels" (as stated in the Preamble to the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances of 1988)<sup>16</sup>. In other words, the Convention marked a turning point in criminal drug policy, from the moment it offered "a powerful excuse to give absolute preference to the War on Drugs"<sup>17</sup> legitimising the undermining of criminal law's principles in modern, constitutional and democratic States governed by the rule of law<sup>18</sup>.

The Convention consolidates the "new threat" as the expression of a collective imagination and of the moral paternalism typical of North American criminal populism. First of all, because the image of apparent drug traffic impunity is adopted, with the consequent claim of it leaving to public insecurity associated with the need for a harsher punitive response far removed from the doctrines linked to the ideal of rehabilitation (special positive prevention). Secondly, because the above rests on the assumption *ad conditionalis* of a series of unproven binomials: i) that the consumption of drugs leads irremediably to irreversible dependence on a progressive scale which is proportional in intensity to the dangerousness of the drugs; ii) that all drug consumers belong or potentially should belong, given the inherent risk of these substances, to a subculture far removed from the morals of "normal" people, where addicts do not participate in productive life<sup>19</sup>.

The moral paternalism, inherent in the penal policy adopted since Ronald Reagan's government is based on the naturalistic misconception of "good" with what could actually be "the good", the latter meaning a specific type of citizen respectful of the laws and the traditional moral values of the United States' middle class<sup>20</sup>.

In this way, the United Nations considered the "drug problem" as a matter linked to the effectiveness of persecution and repression, based on the moral paternalism and legal guidelines imposed by Washington, which meant the internationalization of the basic postulates of what until then had only been an internal war and the imposition of a hegemonic regime. All this is made explicit from the moment the UN once and for all highlights drugs as a public health problem demanding a penal response, whereby the focus should be on the loss of the individual autonomy of the consume. In doing just so it makes a distinction between licit and illicit drugs, broadens the margins of the latter administratively, associates them with the idea of crimi-

<sup>15</sup> On the evolution of the criminal drugs policy in Bolivia, STIPPEL, Jörg; SERRANO, Juan. "La nacionalización de la lucha contra el narcotráfico en Bolivia", *Política Criminal*, n° 15, 2018, pp. 273 y ss.

<sup>16</sup> The text is available on the website: [https://www.unodc.org/pdf/convention\\_1988\\_es.pdf](https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf) [26.11.2020]

<sup>17</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. "Drogas y Estado de Derecho. Algunas reflexiones sobre los costes de la política represiva", *Jueces para la Democracia*, N° 24, 1994, p. 11.

<sup>18</sup> On the way in which the United Nations discourse was adopted in Spain and in Europe in general, discrediting the decriminalization experience of some countries such as the Netherlands, it can be seen: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Principios inspiradores de una nueva política sobre drogas", *Nuevo Foro Penal*, n° 42, 1988, pp. 464-465.

<sup>19</sup> BARATTA, Alessandro. "Introducción a la criminología de la droga", *Nuevo Foro Penal*, n° 41, 1988, pp. 329 ss. ZILIO, Jacson. "La criminalización de las drogas como política criminal de la exclusión", *Pensamiento Penal*, 2014, pp. 4 ss.

<sup>20</sup> ELIAS, Norbert. "The Civilizing Process and Punishment", *The Oxford Online Handbook of Criminology and Criminal Justice Publisher*: Oxford University Press Editors: Michael Tonry, 2015, pp. 43 ss.



nal organizations or groups of drug traffickers that affect or may affect the institutions of different States, their democratic stability and the market, to the extent that they take advantage or benefit from corruption in order to launder the profits obtained from illicit trafficking<sup>21</sup>.

The 1988 Convention implied the gradual adoption by its member states of the US criminal policy embodied at the time in the *Anti-Drug Abuse Act of 1986*<sup>22</sup>. Therefore, as stipulated in Article 3 of the Convention, it proposed to criminalise behaviour constituting mere preparatory acts as separate offences, in particular in relation to the so-called offence of trafficking in precursors or chemical precursors necessary for the processing or production of drugs, with few requirements for proof of the subjective aspect of the offence. That criteria extended to the criminalization of unlawful association for drug trafficking as a crime of its own, to which is added the criminalization of proposition and conspiracy to commit crimes against public health, the mere membership of a criminal group and the criminalization of drug possession when possession or carrying for personal consumption is not justified. Among the Andean countries that straight away adopted the regulations contained in the *Drugs Act* is Colombia, which, under Law 30 of 1986, criminalised the mere consumption of drugs. Due to the problems of constitutionality that this implies in relation to the exercise of individual freedom and the rational limits to criminal law within a democratic rule of law, this rule was declared unconstitutional by Supreme Court ruling C-211 of 1994<sup>23</sup>.

The legitimization of the United States' speech on the international level would find a favourable response from international bodies (in particular the UN), which supported the discourse of the need for a regulatory unification and strategic collaboration in the area of national and international security public policies for the "fight" against drug trafficking. Therefore, the criminal legislation regime contained in the *Anti-Drug Abuse Act of 1986* and in the *Anti-Drug Abuse Act of 1988* was consolidated in the 1990s, to the extent that most of the Andean countries' legislations incorporated the general guidelines set forth in said legislation into their internal regulations<sup>24</sup>.

From this moment, legal reforms aimed at creating an exceptional criminal law were introduced in the U.S. as a national security strategy that needed the legitimacy of the judicial system; that is to say, it required criminal populism to be activated by ensuring the flexibility of the interpretations, which would lead to the expansion of the irrational exercise of punitive power. In other words, despite the fact that the United States officially declared the end of the War on Drugs in 2009<sup>25</sup>, meaning at an international level the progressive

<sup>21</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "Principios", pp. 472 ss. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. "El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal", *Revista de Derecho*, n° 18, 2005, pp. 203 ss.

<sup>22</sup> UPRIMNY, Yepes and DE RODRIGO; Guzmán. *La adicción punitiva: la desproporción de leyes de drogas en América Latina* Ediciones Antropos, Bogotá, 2012, pp. 5-8, 51-54, pp. 19 ss.

<sup>23</sup> Even some Latin American States such as Colombia rightly assumed the regulations contained in the Drugs Act penalizing in the so-called Law No. 30 of 1986 the mere consumption of drugs with all the constitutionality problems that this implies in relation to the exercise of individual freedom and the rational limits to criminal law within a democratic state of law. Although, later, said norm was declared unconstitutional by the judgment of the Supreme Court C-211 of 1994. With references, ZULUAGA, Diana. "Tendencias actuales de los sistemas penales: consideraciones en torno a la criminalización de conductas relacionadas al consumo de drogas", *Jurídicas*, n° 1, 2008, p. 169.

<sup>24</sup> These three Andean countries produced 98% of the cocaine consumed in the world, for this reason and in exercise of the aforementioned "Andean initiative", a meeting took place in Cartagena de Indias at the beginning of 1990, which was baptized as "The Summit Against Drugs", where the United States met with the aforementioned Andean countries with the specific purpose of raising awareness among Latin American governments about the serious threat that cocaine posed to "the well-being, economy and national security of the United States". *Diario El País*, 15.02.1990, website: [https://elpais.com/diario/1990/02/15/internacional/635036403\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1990/02/15/internacional/635036403_850215.html) [26.11.2020]. At this meeting, the four countries committed to creating a comprehensive multilateral strategy against drug trafficking. On the one hand, the Andean countries were obliged to persevere in the pursuit of the diversion of precursors, avoiding their diversion in order to discourage cocaine production and, on the other hand, the United States would make an economic commitment to grant military assistance and develop alternatives. profitable for peasant coca leaf growers. Statistics show how in Peru, Bolivia and Colombia the cultivation of the coca leaf became 98% of agricultural production in 1998 and the number of hectares of cultivated Amazon rainforest tripled, BOVILLE, Belén. *The Cocaine War in Context: Drugs and Politics*, Algora Publishing, New York, 2004, p. 69.

<sup>25</sup> MARTÍNEZ VALENZUELA, César. "The 'War on Drugs', and the 'New Strategy' identity constructions of the United States U.S. drug user and Mexico", *Mexican Law Review* n° 2, 2013.

abandonment of military interventions in the Andean countries and, at the same time, replacing its internal criminal policy with a new strategy linked to youth prevention and education with a view to reducing consumption statistics, the ravages of the fight against drug trafficking are still there, and indeed some maintain that the war is not over, rather it has been recreated using a new discursive strategy that claims to address the apparent need for greater citizen security, while carefully ensuring to be in tune with the political sensibilities of each historical moment<sup>26</sup>.

Thus, until the 1992 presidential elections, the Democratic Party did not have a clear stance on drugs and criminality. Finally, it understood the electoral gain of criminal populism, and gave in to the Republican Party's demands for greater criminalization. This war rhetoric was intended to show how every government, George Bush's as much as Bill Clinton's, firmly stood on the side of society depicted as a victim of the scourge of drugs, how it was concerned about public security and rising crime, and, especially, combatting drug production in the Andean countries. The result of this War on Drugs was not exactly a decrease in crime, rather an unprecedented increase in the prison population (mainly male, young, poor and black). With prisons more crowded than ever, the popularity of those who had been the driving force behind these measures increased<sup>27</sup>.

During Bill Clinton's Democratic Administration, the media slogan of "getting violent criminals off the streets" spread<sup>28</sup>, leading to the approval of the *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* of 1994, which amended § 924 (e) of Chapter 18 of the *United States Code*, enshrining life imprisonment after committing the third crime, without any distinction as to proportionality or reference to the possibility of prescription. The amendment was reduced to the slogan: "three strikes and you are out"<sup>29</sup>. This law contains changes to the above cited *Anti-Drug Abuse Act* of 1988 grouped under the name *Truth in Sentencing*, with the aim of ensuring a mandatory sentence for drug possession and trafficking offences by harshening the minimum prison term comprised in the drug law, called *mandatory minimums*<sup>30</sup>. Specifically, at least 85% of the judgment had to be effectively served, which led to a steep rise in the number of drug convictions in federal prisons and the costs associated with imprisonment. Therefore, by mid-2016, 49.1% of the prisoners convicted in this type of penal establishment were for drugs and 72.3% were there convicted of a crime requiring a mandatory minimum stay in prison. At the same time, while in 1986 imprisonment costs in federal prisons stood at US\$ 550,014 million, in 2016 they were at US\$ 6,751 billion<sup>31</sup>.

At the end of 2015, Bill Clinton renounced the *three strikes law*, indicating together with president Barack Obama that this norm had been a big mistake within the framework of the War on Drugs, as it especially caused the disproportionate rise of incarceration rates, to which research adds the use of the judicial system as a means of perpetrating racial segregation of the African American and Latino population<sup>32</sup>. Furthermore, in 2015, the Supreme Court declared that judges should not have to view the *three strikes and you are out* rule as being constitutionally mandatory. Although deriving from an exceptional situation, where the Court had to judge a white supremacist, this sentence states that the of application of custodial sentences violates the guarantee of criminal legality in its manifestation of the right to a due process of law, from the moment that a law with such characteristics restricts "the right to personal liberty", because this criminal law is "so vague that it does not give ordinary people a fair warning about the conduct that warrants a penalty" and sets a standard so low - in terms of legal requirements for its application - that it "ends up being imposed

<sup>26</sup> SCHERLEN, Renee. "The Never-Ending Drug War: Obstacles to Drug War Policy Termination", *Political Science and Politics*, vol. 45 n° 1, 2012.

<sup>27</sup> ROBINSON, Paul. *Principios distributivos del Derecho penal*, traducción and introduction by Manuel Cancio and Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.

<sup>28</sup> CLINTON, Bill. "Remarks by the President at One Strike Symposium", White House, Office of the Press Secretary, Washington, 1996.

<sup>29</sup> Department of Justice, 2020. Available in the web site: <https://www.justice.gov/criminal/ndds> [12.12.2020].

<sup>30</sup> WHITLEY, Joe. "Three Strikes and you're out: More Harm than Good", *Federal Sentencing Reporter*, N° 2, 1994.

<sup>31</sup> DOYLE, Charles. "Mandatory Minimum Sentencing of Federal Drug Offenses", *Congressional Research Service*, 2018.

<sup>32</sup> ALEXANDER, *The New Jim Crow*.

arbitrarily by criminal judges”<sup>33</sup>.

## 4 Application of an interventionist criminal policy in the andean countries

In current times, there are evident studies that claim the lack of effective prevention and the failure of the old criminal policy originated in the United States under the slogan: “War on Drugs”. This is due to the fact that a total ban on the production and commercialization of drugs, a disproportionate punitive response and the absence of treatment measures for users, have proven to be ineffective as the consumption figures of narcotics, especially among the American middle class, has continued to progressively increase since the 1990s, an issue that has led to an economic crisis in the American health system.

Previous criminal policy has been characterized by a legitimizing discourse of national security ideology<sup>34</sup>, a penal populism promoted by every political party<sup>35</sup> the definition of an “internal” enemy with a high content of racism<sup>36</sup>, identified by the political class as African American and Latino communities that sold illegal drugs to honest white citizens<sup>37</sup>. This is in contrast with the “external” enemy represented by the drug traffickers of South American countries and their corrupt governments, which together with tolerating the indiscriminate cultivation of drugs, benefited from the profit of the exports of cocaine into the United States, thus legitimizing the birth of failed-states or narco-states whose goal is the legitimation and the indiscriminate proliferation of institutionalized violence against indigenous and underprivileged populations<sup>38</sup>.

During the last four decades of the past century, the United States exported to Latin America and, in particular, to the Andean countries (Colombia, Peru and Bolivia), a criminal policy devoid of guarantees of a rule of law. This took the form of a series of criminal regulations designed to strengthen the prosecution of coca crops, under emergency measures typical of a situation of constitutional exception where guarantees of due process are rendered more flexible, restricting the possibilities of defense and legitimizing illegal evidence with little effect on the presumption of innocence during criminal proceedings. While in the United States, laws passed contrasting the previous War on Drugs policies cause, in reality, mass imprisonment of Afro-Americans and Latino communities, in Latin America, they provoked a progressive increase of prison population, particularly in the Andean countries where the selectivity of the system would be reflected in the incarceration of marginalized sectors of the population, and, especially, of women who operate as drug carriers or mules.

A new criminal policy focusing on the prevention of drug trafficking and the rehabilitation of law-breaking consumers, requires strategies aimed at overcoming militarization<sup>39</sup> by allocating greater public resources to improve the living conditions of historically segregated and discriminated communities<sup>40</sup> in the Andean countries. Moreover, concrete measures must be added, aimed at eradicating the most visible consequence of the old criminal policy against drugs: mass imprisonment<sup>41</sup>. Therefore, it is necessary to address

<sup>33</sup> Johnson v. United States (2015), n° 13-7120, 26 de junio de 2015. Available in the web site: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-7120\\_p86b.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-7120_p86b.pdf). [12.10.2018].

<sup>34</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca*.

<sup>35</sup> PRATT, John. *Penal Populism*, Routledge, London, 2007.

<sup>36</sup> WATSON, Betty, DIONNE Jones and ROBERSTONE-SUNDERS, Pat. “Drug Use and African Americans: Myth Versus Reality”, *Journal of Alcohol and Drug Abuse*, 40:19, 1995.

<sup>37</sup> DEL OLMO, Rosa. *La Cara Oculta de la Droga*, Ed. Temis, Bogotá, 1998.

<sup>38</sup> ATHEIDE, David L. “Deviance and the Mass Media”.

<sup>39</sup> WACQUANT, Loïc. *Simbiosi mortale, Neoliberalismo e politica penale*, Ombre Corte, Verona, 2002.

<sup>40</sup> MACCOUN, Robert; REUTER, Peter. *Drug War Heresies: Learning from Other Vices*, Times, and Places, Cambridge University Press, Nueva York, 2001, p. 65.

<sup>41</sup> GARLAND, David. *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*.

the origin and subsequent materialization of the U.S. criminal policy in the period known as the “war on drugs”, its implementation in the Andean countries and its more visible consequences, while analyzing the need for a new criminal policy respectful of Human Rights.

Then, armed with the strength of these arguments, the so-called “Andean Initiative” was launched, in the form of a strategic plan promoted at the end of the George W. Bush’s Administration in 1990, whose purpose was to limit and control the cultivation of coca leaves on the slopes of the Andes, in exchange for economic benefits and military support for the three main producing states: Bolivia, Peru and Colombia. In these countries the traditional agricultural cultivation had been progressively abandoned since the 1970s, to the extent that the peasant farmers, who until then had grown bananas and other agricultural products, decided to burn and clear the forest in order to replace traditional agriculture with coca leaf cultivation<sup>42</sup>.

The ‘90s, would mark for Colombia the use of a criminal law of exception, whereby military justice would judge drug trafficking crimes, opening the door for massive conformities or abbreviated trials, to the limitation of the exercise of *habeas corpus*, the establishment of pre-trial detention as a general rule in criminal proceedings, the consecration of a leniency system for whistle-blowers, the confiscation by the State of all goods acquired in connection with drug trafficking, direct extradition at the request of the United States, plus other measures involving a gradual limitation of fundamental rights in criminal proceedings, at the time perceived in Colombia as a limitation to the needs pertaining to an emergency criminal law, as was made clear in the recommendations adopted at the International Conference on Judicial Protection, held in Washington in early 1989, which stated that the constitutional guarantee of the presumption of innocence, the principle of contradiction of evidence and even the constitutional guarantee of the legality of crimes and penalties, constituted in the case of Colombia “practical difficulties” for the effective prosecution of drug trafficking<sup>43</sup>.

In this country, coca growing changed from being non-existent in the 1970s to occupying more than 160,000 hectares at the end of the 1990s, spreading throughout the Colombian Amazon rainforest<sup>44</sup>. The situation remains unchanged due to the failure of a criminal policy aimed at converting peasants into other types of workers, obviously with the assistance of North American funds, despite the undeniable fact that no crop in the Andes is more profitable for the peasants than coca, added to which there was historical political instability leading to guerrilla and paramilitary groups-controlled areas in the country. At present, as far as international organizations were able to estimate<sup>45</sup> coca cultivation exceeds 171,000 illegal hectares<sup>46</sup>.

In Peru’s case the coca leaf has been traditionally grown in the altiplano area adjacent to the Amazon rainforest, in particular in Cuzco<sup>47</sup>. Since the ‘80s, coca leaf farming has been controlled by the State, which

<sup>42</sup> Available in the web site: [https://elpais.com/diario/1992/02/26/internacional/699058806\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1992/02/26/internacional/699058806_850215.html) [12.12.2020].

<sup>43</sup> BUSTOS, *Coca*, p. 121.

<sup>44</sup> By 1998 the cultivation of the coca leaf had spread throughout the Colombian Amazon jungle. In this regard, with references, BOVILLE, *The Cocaine War in Context*, p. 22.

<sup>45</sup> The areas where coca crops are currently found were colonized after the period known as “La Violencia”, which began on April 9, 1948 with the assassination of the head of the liberal party Jorge Gaitán and which unleashed a true undeclared civil war with conservative sectors. In this context, the peasants organized themselves into armed groups and took refuge in non-colonized areas of the Amazons that later became bastions of the Colombian communist party that would later lend its support for the birth, in the sixties of the last century, of armed groups such as the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC). Thus, while the guerrillas protected peasant crops, landowners supported by conservative sectors armed themselves with paramilitaries who favored the transformation of agriculture and traditional crops into extensive coca leaf plantations. CARTAGENA, Catalina. “Los Estudios de la Violencia en Colombia antes de la Violentología”, *Diálogos*, vol. N 17, n° 1, 2016, pp. 69 ff.

<sup>46</sup> UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), Colombia. Monitoring of Territories affected by illicit crops 2017, Bogotá (2018), p. 8. The report is available on the website: [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Informe\\_de\\_Monitoreo\\_de\\_Territorios\\_Afectados\\_por\\_Cultivos\\_Illicitos\\_2017\\_FINAL.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Informe_de_Monitoreo_de_Territorios_Afectados_por_Cultivos_Illicitos_2017_FINAL.pdf) [visited on 11/26/2020].

<sup>47</sup> The company is called Enaco SA. It was established in 1982. It is currently a private law corporation financed with public funds. According to official data, as of 2011 it produces 2,650 metric tons of coca leaf. Although the company is integrated with the participation of peasant coca leaf producers, they would not be enough. Especially because there are extensive areas of Alto Huallaga, San Martín, the Apurímac valley and Aguaytía that are not controlled. At the same time, there has been an ostensible demographic

initiated a process of nationalization and control of production, including the exploitation and commercialization of the coca leaf and its derivatives through the company Enaco SA, constituted in 1982, a private law corporation financed with public funds<sup>48</sup>. The economic adjustments resulting from economic liberalization in Peru during the 1990s also favoured the absence of state control over the production and commercialization of drugs, as proposals for a new microeconomy for peasants became unviable with a net area of coca crops estimated at 43,900 hectares declared<sup>49</sup>.

In Bolivia, uncontrolled cultivation has been concentrated since the 1960s in the tropical area of the Chapare, more specifically in Cochabamba, where the extension of illegal hectares experienced a controlled growth until the 1990s, exceeding 50,000 hectares with 350,000 people employed directly or indirectly in the coca business<sup>50</sup>. However, as the area under cultivation expanded, the public policies promoted with funds from Washington aimed at the labour reconversion of the indigenous peasantry failed miserably. All this, despite the active participation of local authorities even promoting infrastructure improvement works and projects. In the Bolivian Amazon, the War on Drugs meant tolerating a United States military intervention that concentrated on eradicating the plantations through the unchecked burning of thousands of hectares without any distinction being made between crops and virgin forest<sup>51</sup>. This plainly provoked strong social discontent among the peasants working in coca cultivation (the coca growers)<sup>52</sup>, who decided to politically organise themselves, demanding the expulsion of the DEA and the U.S. military.

Under the slogan “march for life, coca and national sovereignty”, Evo Morales, himself a peasant, organised in 1994 a political movement which included indigenous communities, which had up to until then been completely marginalised and excluded from political and government representation. In the 2015 presidential elections, Morales obtained an absolute majority with the support of the coca growers organised in the political party *Movimiento al Socialismo-Instrumento Político por la Soberanía de los Pueblos* (MAS-IPSP). With the arrival of Morales as president, the DEA and the U.S. military were expelled in 2008; the protection of the “original and ancestral coca leaf as cultural heritage” and the crops were constitutionally preserved in the 2009 constitutional reform, pursuant to Article 384 of the 2009 Constitution of the Plurinational State of Bolivia<sup>53</sup>.

Since 2011 Bolivia has no foreign supervision of its hectares of coca leaf that have been cultivated and declared to international agencies, estimated to cover 12,000 hectares in 2016<sup>54</sup>. In 2017, Act No. 1008 of 1988, which was imposed by the United States and merely adapted the Anti-Drug Abuse Act of 1986, was

---

growth in these areas since the eighties and traditional crops have also gradually disappeared, being replaced almost entirely by the coca leaf. The economic adjustments originated in the economic liberalization in Peru during the 1990s also favored the absence of state control over the production and commercialization of the drug to the extent that the proposals of a new microeconomy for the peasants became unviable. BOVILLE, *The Cocaine War in Context*, pp. 70-71.

<sup>48</sup> Available in the web site: <https://www.bnamericas.com/es/perfil-empresa/fondo-nacional-de-financiamiento-de-la-actividad-empresarial-del-estado-fonafe> [12.12.2020].

<sup>49</sup> UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), Peru. Monitoring of Territories affected by illicit crops 2016, San Isidro (2017), p. 8. The report is available on the website: [https://www.unodc.org/documents/cropmonitoring/Peru/Peru\\_Monitoreo\\_de\\_coca\\_2016\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/cropmonitoring/Peru/Peru_Monitoreo_de_coca_2016_web.pdf) [visited on 11/26/2020].

<sup>50</sup> Production in 1996 exceeded 50,000 hectares with 350,000 people employed directly or indirectly in the coca business. At this time, the military intervention of the United States could not eradicate the production of cocaine despite all the controls that prevented the passage of chemical precursors from Argentina and Chile. The peasants found in urine and other organic waste a way to produce essential chemicals themselves to transform the coca leaf into cocaine. In this regard, BOVILLE, *The Cocaine War in Context*, pp. 73-74.

<sup>51</sup> BUSTOS, *Coca*, pp. 45 ff.

<sup>52</sup> STIPPEL, Jörg; SERRANO, Juan. “La nacionalización de la lucha contra el narcotráfico en Bolivia”.

<sup>53</sup> Article 384 of the 2009 Constitution of the Plurinational State of Bolivia states the following: “The State protects original and ancestral coca as cultural heritage, a renewable natural resource of Bolivian biodiversity, and as a factor of social cohesion; in its natural state it is not narcotic. The revaluation, production, commercialization and industrialization will be governed by law”. The constitutional text is available on the website: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf) [visited on 11/26/2020]

<sup>54</sup> UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), Plurinational State of Bolivia. Coca Crop Monitoring 2016, (2017), p. 5. The report is available on the website: [https://www.unodc.org/documents/cropmonitoring/Bolivia/2016\\_Bolivia\\_Informe\\_Monitoreo\\_Coca.pdf](https://www.unodc.org/documents/cropmonitoring/Bolivia/2016_Bolivia_Informe_Monitoreo_Coca.pdf) [visited on 11/26/2020].

revoked through the enactment of Act No. 906 of 8 March 2017<sup>55</sup>. At the same time, in the same year Law No. 913 of 16 March was enacted, entitled: “Law on the Fight against Illicit Trafficking in Controlled Substances”, of which Article 6 declares the nationalization of the “fight against illicit drug trafficking”, as a “management model that recovers sovereignty and dignity in the fight against drug trafficking, without foreign interference”, establishing “social participation, regionalization, respect for human rights and mother earth”<sup>56</sup>.

These three Andean countries would adopt, through the direct intervention of the United States, special laws related to drug trafficking before the model contained in the 1988 Vienna Convention was shared with the rest of the western world<sup>57</sup>. These laws contained provisions literally translated from the aforementioned *Anti-Drug Abuse Act* of 1986 which - with the exception of the case of Bolivia - remain in force in their inspiring principles. Even the successive reforms (in the case of Peru and Colombia) have consecrated, since the end of the last century and, in particular, since the first decade of the present, an even more intense neopunitivist hypertrophy, characterised in the substantive plan by the progressive increase of punishable actions or guiding verbs in the penal codes, which in some paradigmatic cases within the continent reach nearly four hundred criminalised conducts<sup>58</sup>. This phenomenon implies the materialization at present of a legislative activity that resorts to a maximum substantive criminal law and of *prima ratio*, which abuses the criminal legality to produce an injury to the constitutional guarantees with the purpose that no conduct remains unpunished. The mentioned situation has been denounced since the early 1990s as an expression of an expansive, erratic, inexpressive legislation of criminal political coherence or rationality<sup>59</sup>.

## 5 Results: mass imprisonment and selective prison overcrowding in andean countries

At a prison level, the outcome of this criminal policy of the War on Drugs in the United States has been the mass imprisonment of people, understood as a manifestation of a fight against crime that seeks to prevent crimes associated with drug trafficking by imposing disproportionate penalties, without the right of substitution of sentences or without the possibility of opting for regimes of alternative compliance at liberty<sup>60</sup>. Mass imprisonment means that prison ceases to be a place of individual incarceration and becomes a site that systematically locks up a group of the population which, in the case of the United States, is composed of young male Afro-Americans living in urban centres. For those groups, prison becomes a normal place, a “predictable part of the experience” and not a rare and infrequent fact<sup>61</sup>.

Although its origin is often discussed, at least there is some agreement that this phenomenon is the result of the combination of two factors: first, it is the consequence of various cultural changes in U.S. policy that led to crime becoming a political problem and, second, it is the result of the so called “War on Drugs”, which blurred the guarantees of offenders liable to arrest and at the same time contributed to the creation of a

<sup>55</sup> Through the enactment of Law No. 906, of March 8, 2017, called the General Coca Law, available on the website: <http://senado.gob.bo/sites/default/files/LEY%20906-2017.PDF> [accessed 11.26.2020].

<sup>56</sup> The current law can be consulted on the website: <http://www.dgsc.gob.bo/normativa/leyes/Ley913.pdf> [visited on 11.26.2020].

<sup>57</sup> UPRIMY, Rodrigo, GUZMAN, Diana and PARRA, Jorge. *La adicción punitiva: la desproporción de leyes de drogas en América Latina* Ediciones Antropos, Bogotá, 2012.

<sup>58</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La legislación antidroga latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario”, en MORALES VITERI, Juan Pablo; PALADINES, Jorge Vicente (editores), *Entre el control social y los derechos humanos-Los retos de la política y la legislación de drogas*. Homenaje a Juan Bustos Ramírez, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

<sup>59</sup> ESCOBAR, Juan. “La realidad social del ‘narcotráfico’ en Colombia: Discursos y políticas criminales. Perspectiva socio-jurídica”, *Nuevo Foro Penal*, n° 47, 1990.

<sup>60</sup> ALEXANDER, *The New Jim Crow*.

<sup>61</sup> GARLAND, David, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, traducción Máximo Sozzo, Gedisa, Barcelona, 2005.

specific category of criminal<sup>62</sup>. All in all, analysing such a complicated matter as mass imprisonment appears to be a complex affair, since separating the factors and causes that generate it, although it has a pedagogical utility, is not very precise given social reality is always presented as a tangled whole and it is not always easy to understand the various relationships between different phenomena. For the same reason, and without being exempt from the same criticism, it is possibly more suitable to talk about mediate and immediate causes<sup>63</sup>. Immediate causes are to be found directly in the juridical sentences that send to prison and in the criminal legislation that encourages mass imprisonment, for example, in laws that each time enforce tougher sanctions, in those that make it impossible or difficult to obtain forms of freedom before the end of the sentence, etc. Among those norms, a key role in mass imprisonment is played by procedural laws which enable criminal justice to be way faster by allowing for expedited prison sentences<sup>64</sup>.

Mediate causes, on the other hand, refer to a more general context that makes the existence of the most punitive laws possible. Example of mediate cause are the electoral gain provided by punitivism, the dismantling of the social state, the weakening of the ideal of rehabilitation and its compensation by a system that is difficult to substantiate and is the outcome of improvisations on the fringes of science. It is precisely these mediate causes that first allow and approve, and then demand and applaud imprisonment. Garland understands that “the current field of crime control is the result of political choices and administrative decisions, but these choices and decisions are rooted in a new structure of social relations and are coloured by a new pattern of cultural sensitivities”<sup>65</sup>.

In Andean countries, on the other hand, mass imprisonment is focused on marginalised sectors of the population, specifically on micro- traffickers of drugs or consumers who sell in order to survive, who must bear overcrowded and unhealthy prison conditions. Although racial discrimination such as that in the United States cannot be ruled out *a priori*, it is certain that the increase in the number of the population subject to deprivation of liberty (with and without conviction), serves, as it does in the country of the North, to contribute towards a system of perpetuating discrimination and control of the lower classes in the cities and the countryside, contributing at the same time to a system of selection typical of a neoliberal economy<sup>66</sup> which intends to impose its hegemony in the way in which crime is considered not only in the Andean countries but throughout Latin America<sup>67</sup>. In this respect, mass imprisonment, within the context of the Andean countries’ context, can also be seen as “the difference between the number of people that enter prison and the number – consistently lower- leaving it”<sup>68</sup>.

This being said, the ideology of a national security ends up favouring, in unequal and self-proclaimed neoliberal societies, a moral indifference manifested by the banality of evil<sup>69</sup> that represents the confinement of the poor and marginalised<sup>70</sup>; it is an institutionalised inequality of entire groups of the population that are considered inferior and, as such, their freedom and dignity can be sacrificed in favour of the idea of neutralising every danger linked to criminality<sup>71</sup>. This generates a social and culture division purporting that

<sup>62</sup> SIMON, Jonathan. “Fear and Loathing in Late Modernity: Reflections on the Cultural Sources of Mass Imprisonment in the United States”, *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, Sage Publications, London, 2001.

<sup>63</sup> CUNEO, Silvio. *Cárceles y pobreza. Distorsiones del populismo penal*, Uqbar, Santiago de Chile, 2018

<sup>64</sup> CUNEO, Silvio. *El Encarcelamiento Masivo*, Didot, Buenos Aires, 2017.

<sup>65</sup> GARLAND, *La cultura del control*, p. 40

<sup>66</sup> MATTHEWS, Roger. *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2003.

<sup>67</sup> In the sense of weakening the welfare state in favor of highly formalized state social control that involves disciplining the working classes through criminal law as a priority public policy of the neoliberal state. WACQUANT, Loïc. *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Duke University Press, Durham, 2009, pp. 76 ff. Also, CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito ¿La nueva forma del Holocausto?*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993. pp. 87 ff.

<sup>68</sup> CUNEO, *El encarcelamiento*, p. 115 ff.

<sup>69</sup> To the extent that we understand that this phenomenon is a “normal” consequence of the system of rules of today’s society. ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Lumen, Barcelona, 2013. pp. 10 ff.

<sup>70</sup> CUNEO, Silvio. *El Encarcelamiento Masivo*.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Criminología, crímenes globales y Derecho Penal: El debate epistemológico en la Criminología Contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n° 4, 2013, p. 3 ff.

on one side there stands *us*, meaning we, who identify with the innocent victim and decent people, and, on the other, *them*, the immoral criminals, dangerous abusers, unworthy of being the beneficiaries of rights. Our security depends on their control<sup>72</sup>.

At this point it is important to emphasise that in reality the increase in imprisonment numbers and in the mass imprisonment of a specific group of people, whether due to racial segregation as in the United States or to social segregation as in Latin American countries, is not a phenomenon that matches the increase of criminality rates, but is the result of a criminal policy decision of the neoliberal states<sup>73</sup>, where the idea of citizen's security has been encouraged, expressed in a series of punitive laws that implied a diminishing of fundamental rights and an endorsing of a criminal policy of "law and order", promoted by punitive populism, vindictive demagogy and the aforementioned banality with which the media deal with the problem of criminality<sup>74</sup>.

In this regard, data show that, faced with the same levels or rates of crime, some states, generally, those with a weaker social state are those opting to use imprisonment as the sole and main response to crime, thus channelling their public policies and fiscal spending<sup>75</sup> to the extent that "prison functions, in public debate, as a symbol that effectively demonstrates the political concern for crime". The result of this type of criminal policy is the imprisonment in the United States of more than 2.14 million people, which translates into a ratio of 693 prisoners per 100,000 inhabitants, where 46.1% corresponds to crimes of drug trafficking or possession and only 0.3% corresponds to banking or stock market crimes<sup>76</sup>.

In Andean cocaine producing countries, imprisonment figures are similar. In Colombia, the total number of inmates are as high as 123,156 people, with a ratio of 239 prisoners per 100,000 inhabitants<sup>77</sup>. In Peru, the number of those incarcerated stands at 90,934, with a ratio of 215 prisoners per 100,000 inhabitants<sup>78</sup>. Bolivia, according to the latest statistics released in 2016, has 16,038 people behind bars, with a ratio of 142 prisoners per 100,000 inhabitants<sup>79</sup>.

Although not strictly pertinent to this article, it is important to mention that the Latin American country with the highest level of imprisonment is El Salvador, with a ratio that peaked at 617 people per 100,000 inhabitants, with a total of 38,939 people deprived of their liberty. Other countries where most inmates have been jailed on drug trafficking charges is Mexico, which also has high incarceration figures, although well below those of Colombia and Peru, with 177 people imprisoned per 100,000 inhabitants, with a prison population of over 203,364<sup>80</sup>. In each of these Latin American countries, mass imprisonment is linked to prison overcrowding, implying the constant and systematic violation of a broad range of basic rights, without considering those inherent to the punishment itself. Therefore, detentions centres seriously fail to meet the requirements for rehabilitation or social reintegration programmes.

## 6 Conclusions

The increase in prison population is directly attributable to a criminal policy on drug trafficking characterised by an over-inflating of the "drug problem", resulting in a uncontrolled punitivism leading to legis-

<sup>72</sup> GARLAND, *La cultura del control*, p. 50.

<sup>73</sup> CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito*.

<sup>74</sup> BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *El Gobierno de la Penalidad. La Complejidad de la política Criminal Contemporánea*, Dykinson, Madrid, 2014.

<sup>75</sup> TONRY, Michael. "Has the Prison a Future?", *The Future of Imprisonment*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 30 ff.

<sup>76</sup> World Prison Brief (WPB): <http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america> [26.11.2020].

<sup>77</sup> World Prison Brief (WPB): <http://www.prisonstudies.org/country/colombia> [26.11.2020].

<sup>78</sup> World Prison Brief (WPB): <http://www.prisonstudies.org/country/peru> [26.11.2020].

<sup>79</sup> <https://www.prisonstudies.org/country/bolivia>

<sup>80</sup> World Prison Brief (WPB): <http://www.prisonstudies.org/country/mexico> [26.11.2020].



lative changes materialising in special laws aimed at fighting drug trafficking as an internal issue, defined as such by national security discourses, whose guidelines, in terms of creating a criminal law of exception with substantial limitation of constitutional guarantees, are still in force today.

In the 1980s, the United States by taking the decision to internationalise the War on Drugs, has assumed a leading role in legitimising the need to neutralise drug trafficking from its origin, intervening politically, legislatively, and economically in the Andean countries, the principal producers of coca leaf. Hence, Bolivia, Peru and Colombia accepted the general principles of the *Anti-Drugs Acts* (1986 and 1988), in their domestic legal system, enacting special laws that reproduced the policies of limitation of rights and constitutional guarantees that operated within the United States. This meant the imposition of a criminal policy and the hegemonic materialization of public security policies and their acceptance in the legal systems of various States, to the extent that these guidelines found recognition in the United Nations and were embodied in the 1988 Vienna Convention.

Given the impossibility of stamping coca leaves' agriculture, despite all economic efforts, the United States decided to abandon its intervention in Latin America, reinforcing its punitive system in the internal order. Such decision implied new reforms that increased the minimum time spent in prison for all crimes of drug possession and trafficking, especially with the enactment of the "three strikes..." law, which was also legitimised by the Supreme Court itself since it argued - with some exceptions - that such a special regime for serving sentences does not violate the principle of proportionality nor does it imply a violation of the principle of legality of sentences.

The upshot in the Andean countries that implemented the policies and legislative principles promoted at a time by the United States, has been the mass imprisonment of marginalized sectors of society. In particular, of women carrying minimal quantities of drugs. The above has prompted claims such as that the War on Drugs is a war against women<sup>81</sup> and against the poor from the subcultures of Latin America's cities, who devoid of any opportunity to emerge from their poverty, join the networks of the large drug cartels. Consequently, in Latin America, especially in the Andean countries, prison has ceased to be a tool to control the male population that commits crimes, becoming a form of control and domination of the most disadvantaged classes, especially, women who commit crimes associated with drug trafficking and minority ethnic groups<sup>82</sup>.

The main reason why women commit trafficking-related crimes more than others is related to a historical role they have had to fulfill. Women, who are often mothers, can hardly disengage from their motherhood, and drug trafficking activities can be perpetrated from home. Thus, a woman fulfilling her role as a mother and housewife, who engages in activities linked to drug trafficking, can generate income without looking for work and neglect the home and the care of her children<sup>83</sup>. The incarceration of mothers often means or implies their son or daughter's imprisonment or separation from them.

To conclude this paper, we will pose two questions:

What would have happened if drugs, especially cocaine, were produced in the northern hemisphere and consumed by developing countries in the southern hemisphere?

Finally, since female imprisonment is growing faster than male incarceration, considering that most women in prison are serving sentences for drug trafficking offenses and that more than 80% of female

<sup>81</sup> CHESNEY-LIND, M. "Imprisoning Women: The Unintended Victims of Mass Imprisonment", e M. Chesney-Lind, & M. Mauer, *Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, New Press, New York, 2003.

<sup>82</sup> RIVERA, Iñaki. *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Volumen I; con prólogo de Roberto Bergalli y Massimo Pavarini, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.

<sup>83</sup> In the same vein: ANTONY GARCIA, C. "Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas". A. Facio, & L. Fries, *Género y Derecho* (pp. 511-516), LOM / La Morada, Santiago, 2002.

prisoners are mothers, a legitimate question arises. Its answer may help us understand much more complex and more profound issues beyond this paper's scope: Where do the children of women prisoners end up?

## References

AAVV., Justice. Sentencing Enhancement- "Three Strikes" Law – USAM, Available in the web site: <https://www.justice.gov/jm/criminal-resource-manual-1032-sentencingenhancement-three-strikes-law> [12.09.2018].

AAVV., La Adicción Punitiva (2012), La desproporción de leyes de drogas en América Latina, Antropos, Bogotá.

ALEXANDER, Michelle (2012), The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of the Colorblindness, The New York Press, New York.

ANTONY GARCIA, C. "Reflexiones sobre los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres de América Latina implicadas en delitos relacionados con drogas". A. Facio, & L. Fries, Género y Derecho (págs. 511-516), LOM / La Morada, Santiago, 2002.

ARENDET, Hannah. Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, Lumen, Barcelona, 2013.

ATHEIDE, David L. "Deviance and the Mass Media", The Handbook of Deviance, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2015.

BARATTA, Alessandro. "Introducción a la criminología de la droga", Nuevo Foro Penal, n° 41, 1988.

BOVILLE, Belén. The Cocaine War in Context: Drugs and Politics, Algora Publishing, New York, 2004.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. El Gobierno de la Penalidad. La Complejidad de la política Criminal Contemporánea, Dykinson, Madrid, 2014.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Coca-Cocaína. Política Criminal de la Droga. Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 1995.

California v. Acevedo, 500 U.S. 565 (1991), Available in the web site: <https://www.loc.gov/item/us-rep500565/> [14.10.2018].

CARTAGENA, Catalina (2016), "Los Estudios de la Violencia en Colombia antes de la Violentología", Diálogos, vol. N 17, n° 1, 2016.

Chesney-Lind, M. "Imprisoning Women: The Unintended Victims of Mass Imprisonment", e M. Chesney-Lind, & M. Mauer, Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment, New Press, New York, 2003.

CHRISTIE, Nils. La Industria del Control del Delito ¿La nueva forma del Holocausto?, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

CLINTON, Bill. "Remarks by the President at One Strike Symposium", White House, Office of the Press Secretary, Washington, 1996.

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009. Available in the web site: [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf) [11.09.2018].

CUNEO, Silvio. Cárceles y pobreza. Distorsiones del populismo penal, Uqbar, Santiago de Chile, 2018.

CUNEO, Silvio. El Encarcelamiento Masivo, Didot, Buenos Aires, 2017.

- DEL OLMO, Rosa. “Drogas: ¿percepciones o realidad?”, *Nuevo Foro Penal*, n° 47, 1990.
- DEL OLMO, Rosa. *La Cara Oculta de la Droga*, Ed. Temis, Bogotá, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal”, *Revista de Derecho*, n° 18, 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Principios inspiradores de una nueva política sobre drogas”, *Nuevo Foro Penal*, n° 42, 1988.
- DOYLE, Charles. “Mandatory Minimum Sentencing of Federal Drug Offenses”, *Congressional Research Service*, 2018.
- DUKE, Steven; GROSS, Albert. *America’s Longest War. Rethinking Our Tragic Crusade Against Drugs*, E-reads, 1999.
- ELIAS, Norbert. “The Civilizing Process and Punishment”, *The Oxford Online Handbook of Criminology and Criminal Justice Publisher: Oxford University Press Editors: Michael Tonry*, 2015.
- ESCOBAR, Juan. “La realidad social del ‘narcotráfico’ en Colombia: Discursos y políticas criminales. Perspectiva socio-jurídica”, *Nuevo Foro Penal*, n° 47, 1990.
- Federal Bureau of Prisons. Available in the web site: [https://www.bop.gov/about/statistics/statistics\\_inmate\\_offenses.jsp](https://www.bop.gov/about/statistics/statistics_inmate_offenses.jsp) [01.09.2018].
- FERRAJOLI, Luigi. “Criminología, crímenes globales y Derecho Penal: El debate epistemológico en la Criminología Contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n° 4, 2013.
- Florida v. Bostick, 501 U.S. 429 (1991). Available in the web site: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/89-1717.ZS.html> [11.10.2018].
- GALEN, Ted. *Bad Neighbor Policy. Washington’s Futile War of Drugs in Latin America*, Palgrave-Macmillan, New York, 2003.
- GARLAND, David, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, traducción Máximo Sozzo, Gedisa, Barcelona, 2005.
- GARLAND, David. *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, Sage Publications, London, 2001.
- HARCOURT, Bernard. “The Shaping of Chance: Actuarial Model and Criminal Profiling at the Turn of the Twenty-First Century” *The University of Chicago Law Review*, 105, 2003.
- Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991). Available in the web site: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/957/> [01.10.2018].
- Johnson v. United States (2015), n° 13-7120, 26 de junio de 2015. Available in the web site: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-7120\\_p86b.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-7120_p86b.pdf). [12.10.2018].
- LAURENZO COPELLO, Patricia. “Drogas y Estado de Derecho. Algunas reflexiones sobre los costes de la política represiva”, *Jueces para la Democracia*, N° 24, 1994.
- LIEBLING, Alison and SHAAD, Maruna (eds.). *The effects of imprisonment*, Willan Publishing, Devon, 2005.
- MACCOUN, Robert; REUTER, Peter. *Drug War Heresies: Learning from Other Vices, Times, and Places*, Cambridge University Press, Nueva York, 2001.
- MAQUEDA ABREU, M. *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Dykinson S.L., Madrid, 2014.

- MARTÍNEZ VALENZUELA, César. “The ‘War on Drugs’, and the ‘New Strategy’ identity constructions of the United States U.S. drug user and Mexico”, *Mexican Law Review* n° 2, 2013.
- MATTHEWS, Roger. *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, traducido por Alejandro Piombo, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2003.
- PRATT, John. *Penal Populism*, Routledge, London, 2007.
- RIVERA, Iñaki. *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria. Volumen I; con prólogo de Roberto Bergalli y Massimo Pavarini*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- ROBINSON, Paul. *Principios distributivos del Derecho penal, traducción e introducción de Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.
- SCHERLEN, Renee. “The Never-Ending Drug War: Obstacles to Drug War Policy Termination”, *Political Science and Politics*, vol. 45 n° 1, 2012.
- SIMON, Jonathan. “Fear and Loathing in Late Modernity: Reflections on the Cultural Sources of Mass Imprisonment in the United States”, *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, Sage Publications, London, 2001.
- SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, New York, 2007.
- STIPPEL, Jörg; SERRANO, Juan. “La nacionalización de la lucha contra el narcotráfico en Bolivia”, *Política Criminal*, n° 15, 2018.
- TONRY, Michael. “Has the Prison a Future?”, *The Future of Imprisonment*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- TONRY, Michael. *Malign Neglect: Race Crime and Punishment in America*, Oxford University Press, Nueva York, 1995.
- UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), Colombia. *Monitoreo de Territorios afectados por cultivos ilícitos 2017*, Bogotá (2018), p. 8. Available in the web site: [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Informe\\_de\\_Monitoreo\\_de\\_Territorios\\_Afectados\\_por\\_Cultivos\\_Illicitos\\_2017\\_FINAL.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Informe_de_Monitoreo_de_Territorios_Afectados_por_Cultivos_Illicitos_2017_FINAL.pdf) [12.09.2018].
- UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), Perú. *Monitoreo de Territorios afectados por cultivos ilícitos 2016*, San Isidro (2017), Available in the web site: [https://www.unodc.org/documents/crop-monitoring/Peru/Peru\\_Monitoreo\\_de\\_coca\\_2016\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/crop-monitoring/Peru/Peru_Monitoreo_de_coca_2016_web.pdf) [12.09.2018].
- UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), Estado Plurinacional de Bolivia. *Monitoreo de Cultivos de Coca 2016*, (2017), Available in the web site: [https://www.unodc.org/documents/crop-monitoring/Bolivia/2016\\_Bolivia\\_Informe\\_Monitoreo\\_Coca.pdf](https://www.unodc.org/documents/crop-monitoring/Bolivia/2016_Bolivia_Informe_Monitoreo_Coca.pdf) [12.09.2018].
- UPRIMY, Rodrigo, GUZMAN, Diana and PARRA, Jorge. *La adicción punitiva: la desproporción de leyes de drogas en América Latina* Ediciones Antropos, Bogotá, 2012.
- WACQUANT, Loïc (2009), *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Duke University Press, Durham, 2009.
- WACQUANT, Loïc. *Simbiosi mortale, Neoliberalismo e politica penale*, Ombre Corte, Verona, 2002.
- WATSON, Betty, DIONNE Jones and ROBERSTONE-SUNDERS, Pat. “Drug Use and African Americans: Myth Versus Reality”, *Journal of Alcohol and Drug Abuse*, 40:19, 1995.
- WHITLEY, Joe. “Three Strikes and you’re out: More Harm than Good”, *Federal Sentencing Reporter*, N° 2, 1994.

Whren v. United States, 517 U.S. 806 (1996), Available in the web site: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/806/> [03.10.2018].

World Prison Brief (WPB): <http://www.prisonstudies.org/country/colombia> [26.11.2020].

World Prison Brief (WPB): <http://www.prisonstudies.org/country/mexico> [26.11.2020].

World Prison Brief (WPB): <http://www.prisonstudies.org/country/peru> [26.11.2020]. World Prison Brief (WPB): <https://www.prisonstudies.org/country/bolivia> [26.11.2020].

World Prison Brief (WPB): <http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america> [26.11.2020].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “La legislación antidroga latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritario”, en MORALES VITERI, Juan Pablo; PALADINES, Jorge Vicente (editores), Entre el control social y los derechos humanos-Los retos de la política y la legislación de drogas. Homenaje a Juan Bustos Ramírez, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

ZILIO, Jacson. “La criminalización de las drogas como política criminal de la exclusión”, Pensamiento Penal, 2014.

ZULUAGA, Diana. “Tendencias actuales de los sistemas penales: consideraciones en torno a la criminalización de conductas relacionadas al consumo de drogas”, Jurídicas, n° 1, 2008.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Trabalho Decente:**

comportamento ético, política pública ou bem juridicamente tutelado?

**Decent Work:** ethical behavior, public policy or legally protected asset?

Silvio Beltramelli Neto

Mônica Nogueira Rodrigues

# Trabalho Decente: comportamento ético, política pública ou bem juridicamente tutelado?\*

## Decent Work: ethical behavior, public policy or legally protected asset?

Silvio Beltramelli Neto\*\*

Mônica Nogueira Rodrigues\*\*\*

### Resumo

Pretende-se contribuir com a compreensão da natureza do Trabalho Decente, com base na seguinte indagação: o Trabalho Decente é comportamento ético, política pública ou bem juridicamente tutelado? O problema de pesquisa foi enfrentando unicamente a partir do pensamento do economista e filósofo Amartya Sen, admitido inspirador da concepção em apreço. Em conclusão, propõe-se que a natureza do Trabalho Decente é multidimensional e que, agregando a pretensão a um comportamento ético, a políticas públicas e à tutela jurídica, lança-se a promover o Desenvolvimento Humano, tal como idealizado por Sen, no campo das relações laborais. Empregou-se o método dedutivo de abordagem e bibliográfico de procedimento, com destaque para o exame analítico de documentos oficiais produzidos pela Organização Internacional do Trabalho e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Cooperação Internacional. Trabalho Decente. Amartya Sen. Desenvolvimento Humano.

### Abstract

This study intends to contribute to Decent Work nature comprehension stem from the following inquiry: Is the Decent Work an ethical behavior, a public policy or a right protected by law? This research problem was worked only by thoughts of the economist and philosopher Amartya Sen, who inspired the concept of Decent Work. In conclusion it is proposed that Decent Work nature is multidimensional and the claim can be combined with a ethical behavior, a public policy and a right protected by law to promote Human Development as it was idealized by Amartya Sen in labour relation sphere. The deductive approach method and the bibliographic procedure method were used, with special focus to analytic exam of documents issued by International Labour Organization and United Nations Development Programme.

**Keywords:** Human Rights. International Cooperation. Decent Work. Amartya Sen. Human Development.

\* Recebido em 29/04/2020

Aprovado em 28/10/2020

\*\* Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, integrante da linha de pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos” e do Grupo de Pesquisa “Direito num Mundo Globalizado. Pós-doutorado em Desenvolvimento Econômico pelo Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas – Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho (UNICAMP/IE/CESIT). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

E-mail: silviobeltramelli@puc-campinas.edu.br.

\*\*\*Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Campinas, na linha de pesquisa Cooperação Internacional e Direitos humanos. Bolsista Capes (PROSUC II). Membro do grupo de pesquisa “Direito num mundo globalizado” (CNPq/PUC Campinas). Coordenadora do subgrupo ICSID/CPA do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais da USP. E-mail: monica.nogueira.rodrigues@gmail.com.

## 1 Introdução

Adotada, em 1999, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) como eixo central de suas ações para o século XXI, a concepção de Trabalho Decente, conquanto tenha conquistado ampla difusão nos espaços de governança global e cooperação internacional, bem como tenha galgado reconhecimento nas searas nacionais de análise e deliberação, ainda desperta dúvidas sobre seu conteúdo e alcance, bem como sobre sua natureza.

A literatura brasileira pode ser encarada como uma boa ilustração desse déficit analítico, na medida em que se divide entre menções ao Trabalho Decente como algo pressuposto e amplamente elucidado em termos de conteúdo (o que não procede), análises críticas e refutadoras de sua pertinência e conceituações personalíssimas.

Ainda desde a realidade brasileira, é crível imaginar que a falta de consenso e mesmo de clareza quanto à concepção de Trabalho Decente e suas finalidades corroboram a ausência de penetração da ideia nos espaços deliberativo da Administração Pública, legislativo do Parlamento, jurisdicional do Poder Judiciário e, por conseguinte, aprofunda a falta de efetividade na sua promoção.

Assim, este estudo pretende contribuir com a compreensão da natureza do Trabalho Decente, com base na indagação lançada em seu título, enfrentando-a, unicamente, a partir do pensamento do economista e filósofo Amartya Sen, admitido inspirador da concepção em apreço.

Para tanto, empregar-se-á o método dedutivo de abordagem e bibliográfico de procedimento, com destaque para o exame analítico de documentos oficiais produzidos pela OIT e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

## 2 O advento da concepção do Trabalho Decente segundo a OIT: contexto e pretensões

A concepção de Trabalho Decente não pode ser adequadamente compreendida de modo desconectado das circunstâncias que marcam o percurso histórico da OIT e de suas ações.

Criada em 1919, a OIT é habitualmente reconhecida como uma estrutura internacional inovadora em sua arquitetura institucional tripartite (Estados, representantes de trabalhadores e representantes patronais), pretensamente voltada à promoção da justiça social, por meio de seu mandato orientado para a produção supranacional de um corpo normativo constituinte do direito internacional do trabalho, tendo se tornado criadora de tendências não apenas em relação às configurações que utiliza para formular próprias convenções e recomendações como também cooperação técnica e expertise internacional em questões trabalhistas.<sup>1</sup> A OIT sempre acompanhou e interferiu nas dinâmicas de transformação do capitalismo, trazendo contrapontos (no campo da regulação e não da emancipação) para a afirmação de um modelo com base no qual poderia se regular o mundo laboral, desde um alegado propósito de justiça social.

Não obstante, durante quase todo o século XX, os historiadores do trabalho não deram muita atenção a recortes internacionais como referência, não havendo muito interesse no estabelecimento de conexões, comparações e relações internacionais. Nesse cenário, a OIT e sua atuação primordialmente passiva — ou seja, apostando na adesão estatal espontânea a convenções e recomendações — eram constantemente negligenciadas, nas searas nacionais. Entretanto, ao final da Guerra Fria, os Estados-nação começaram interessar-se mais pela coordenação de políticas internacionais por instituições internacionais; o interesse de pesquisa

<sup>1</sup> VAN DAELE, Jasmien. The International Labour Organization (ILO) in past and present research. *International Review of Social History*, Cambridge, v. 53, n. 3, p. 485-511, dez. 2008. p. 486.



na OIT direcionou-se à transnacionalização da história do trabalho como campo de estudo.<sup>2</sup>

Em torno das constantes transformações que aconteceram, em âmbito internacional, acerca da proteção dos direitos humanos do trabalho, destacam-se duas correntes atinentes ao papel do Estado quanto ao tema. A primeira advoga o enfrentamento do problema do desemprego e da exclusão social com uma atuação estatal intervencionista. Já a segunda propugna pela ampliação da autonomia dos particulares, desregulamentação e flexibilização de relações de trabalho. Entre as correntes, há de comum, apenas, a certeza da atualidade da discussão sobre a exclusão social e desemprego enquanto piores desafios hodiernos, no campo laboral<sup>3</sup>. Observados mundialmente, tais desafios, por serem economicamente condicionados em tempos de capital globalizado e financeirizado, descortinam a incapacidade dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos de conduzirem os Estados a atender aos desígnios de combate à desigualdade social, sobretudo pela via da adesão voluntária e consentimento expresse a convenções internacionais, exatamente o meio de ação mais privilegiado pela OIT.<sup>4</sup>

Diante dessas dificuldades, a OIT viu-se premida ao encontro de novas estratégias de atuação, mais pró-ativas e com a consideração das vicissitudes de cada país quanto a seus problemas e limitações para resolvê-los.

Com tal propósito, o Diretor-Geral da OIT apresenta, em 1999, a 87ª Conferência Internacional do Trabalho (reunião em Assembleia de todos os Estados-Membros), a concepção de Trabalho Decente e a sua difusão mediante estratégia denominada “enfoque integrado”, que compreenderia a disseminação da promoção do Trabalho Decente às demais instituições internacionais de direitos humanos e de cunho político-econômico, conjuntamente a ações de cooperação técnico-jurídica e aos Estados, com a finalidade de construir Programas de Trabalho Decente específicos para cada país.<sup>5</sup>

O próprio conteúdo da concepção de Trabalho Decente sofreu alterações e influxos conceituais, desde sua adoção. Uma detida análise documental das atas registradas das discussões travadas a respeito do assunto, em todas as Conferências Internacionais do Trabalho, desde 1999, evidencia uma proposital ausência de definição precisa do Trabalho Decente e de determinação de um possível caráter universal de seu conteúdo, contrapondo-se a um consenso institucional no sentido de tratar-se de um conteúdo sujeito a vicissitudes nacionais e que deve ser compreendido sobretudo com base nos objetivos estratégicos enunciados como instrumentos de sua consecução<sup>6</sup>. Esses, de fato, precisamente delimitados desde a origem da ideia.

A promoção do Trabalho Decente concatena, pois, quatro objetivos estratégicos: proteção dos direitos humanos das relações de trabalho, geração de empregos de qualidade, ampliação da proteção social e fomento do diálogo social<sup>7</sup>.

O primeiro objetivo estratégico é constituído de três prioridades<sup>8</sup>: promoção da Declaração da OIT

<sup>2</sup> VAN DAELE, Jasmien. The International Labour Organization (ILO) in past and present research. *International Review of Social History*, Cambridge, v. 53, n. 3, p. 485-511, dez. 2008. p. 510.

<sup>3</sup> MACHADO, Raimar Rodrigues. O trabalho humano frente à ideia de liberdade. In: COSTA, M. M.; LEAL, M. C. H. (orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. p. 204-280.

<sup>4</sup> MORAES, M.; DIEHL, R. O papel da organização internacional do trabalho na promoção do trabalho decente: diálogos com Amartya Sen. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, Bogotá, v. 19, n. 38, p. 97-108, jul./dez. 2016. p. 98.

<sup>5</sup> OIT. *História da OIT*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>. Acesso em: 29 out.2019.

<sup>6</sup> BELTRAMELLI NETO, Silvio; VOLTANI, Julia de Carvalho. Investigação histórica do conteúdo da concepção de Trabalho Decente no âmbito da OIT e uma análise de sua justiciabilidade. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 166-185, 2019. p. 173.

<sup>7</sup> Esses quatro objetivos estratégicos estão descritos, cada qual em detalhes, no documento oficial de apresentação da concepção: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999. p. 14. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

<sup>8</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999. p. 14. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998<sup>9</sup>, intensificação da luta contra o trabalho infantil e renovação das atividades relativas às normas da OIT, todas com o desígnio de preservar os princípios e direitos do trabalho. O segundo objetivo instiga a geração de empregos de qualidade, ou seja, dignos, remunerados, sem distinção de sexos, com a proteção necessária e com igualdade de condições de ingresso. O terceiro objetivo estratégico mira a salvaguarda pelo Estado daqueles que, permanente ou transitoriamente, não têm condição de manter seu autossustento, por inaptidão para o trabalho ou em razão do desemprego, sobretudo em virtude das crises econômicas. O quarto objetivo estratégico, difusor da conformação institucional tripartite da OIT, fomenta o fortalecimento do diálogo social, enquanto sistema de deliberações consensuadas orientadas a soluções perenes.

Dentre as diversas definições que se podem encontrar nos documentos e estudos da OIT sobre Trabalho Decente, de fato, mantém-se estável a indicação de seu caráter de resultado da convergência dos citados objetivos estratégicos e de instrumento de combate à desigualdade social<sup>10</sup>.

### 3 Amartya Sen: o enfoque das capacidades e o Desenvolvimento Humano

O professor indiano de economia e filosofia em Harvard, e vencedor do Prêmio Nobel de Economia, Amartya Sen, é o artífice do marco teórico a que diz a OIT estar filiada à concepção de Trabalho Decente, tendo cabido a Sen, por essa razão, o discurso de abertura da 87ª Conferência Internacional do Trabalho de 1999, publicado na forma de artigo intitulado *Work and Rights*<sup>11</sup>.

O profícuo pensamento seniano é marcado pela crítica e busca de superação de premissas que protagonizam o pensamento econômico ortodoxo que prevalecera na primeira metade do século XX, notadamente no se refere às ideias de *homo oeconomicus* (racionalidade e comportamento humanos pautados exclusivamente pelo autointeresse), de desenvolvimento como decorrência de crescimento econômico e de separação entre ética e economia<sup>12</sup>.

Nos anos 50 e 60 do século XX, Sen dedicou-se à crítica do pressuposto segundo o qual o comportamento humano se estabelece, exclusivamente, por seu autointeresse e que tal deve pautar o pensamento e as ações econômicas. Em *Sobre Ética e Economia*, de 1987, o pensador indiano refuta essa ideia, para tanto resgatando o pensamento de Aristóteles<sup>13</sup> e de Adam Smith<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Preceitua a Declaração: “todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de Trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do Trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Genebra, 1998. Disponível em: [http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf). Acesso em: 16 dez. 2019. p. 02.

<sup>10</sup> Paradoxalmente, é possível lançar um olhar crítico sobre a aplicação de um diálogo social em toda sua potencialidade democrática no processo de adoção pela OIT da concepção de Trabalho Decente, como aponta a reflexão presente em BELTRAMELLI NETO, Silvio; BONAMIM, Isadora Rezende; VOLTANI, Julia de Carvalho. Trabalho Decente segundo a OIT: uma concepção democrática? Análise crítica à luz da teoria do contrato social. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 1, p. 1-36, 2019.

<sup>11</sup> SEN, Amartya. *Work and rights*. *International Labour Review*, Genebra, v. 139, n. 2, p. 119-128, 2000.

<sup>12</sup> Cada um desses motes mereceu um momento de dedicação e de desenvolvimento teórico por parte do pensador indiano, que, para tanto, levou a termo propostas alinhavadas desde a conjugação da filosofia e da economia política, resultantes de uma inusitada conjugação teórica entre Aristóteles, Adam Smith e Karl Marx. SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 499.

<sup>13</sup> De Aristóteles, Sen retoma a relação intrínseca entre ética, política e economia, encontrada na percepção de que a busca da riqueza, objeto do pensamento econômico, não se exaure na sua aquisição, devendo ser compreendida como meio para a consecução da sua finalidade última, qual seja, o bem do indivíduo, que também pode ser compreendido como liberdade para autorrealização ou, simplesmente, felicidade enquanto meta da existência humana (*eudaimonia*). SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 15-18.

<sup>14</sup> “[...] atentar-se interiramente à irrestrita e implausível suposição do comportamento puramente interessado parece levarmos por

É a partir da associação entre a busca aristotélica da felicidade e a desmistificação do autointeresse como razão smithiana para a liberdade do mercado<sup>15</sup>, que Sen defende uma abordagem ética da economia, ademais argumentando que, conquanto seja pertinente admitir que pessoas se comportam desde seu autointeresse<sup>16</sup>, tal não pode ser uma verdade absoluta, menos ainda uma premissa de racionalidade<sup>17</sup>.

Já em um segundo momento da trajetória intelectual seniana, a década de 1970 testemunha reflexões mais específicas sobre a conceituação e a medição da pobreza e da fome, materializadas no estudo *Poverty and Famines: an essay on entitlement and deprivation* (1981), encomendado pela OIT e que abriga sua conclusão no sentido de que as fomes coletivas, verificadas na África, em Bagladesh e na Índia, não decorrem da escassez de alimentos, senão das imperfeições do mercado e dos sistemas sociais, em ambientes de déficit de controle democrático das ações de governo e de estruturas sociais de acesso a bens<sup>18</sup>.

Nessa quadra, na esteira das críticas ao pensamento econômico desenvolvimentista tradicional, preceituador da noção de desenvolvimento como resultante direta do crescimento econômico, aprofundam-se as contribuições de Sen ao PNUD, com destaque para a difusão da noção de Desenvolvimento Humano e para a participação na criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), com o qual se intenta oferecer uma fonte informacional alternativa ao Produto Interno Bruto (PIB) e à renda *per capita* enquanto dados e medições que subsidiam ações coletivas e escolhas governamentais<sup>19</sup>.

Na década de 1980, Sen volta sua atenção plena para o aprofundamento das questões filosóficas, notadamente da relação entre ética e economia, empreendendo firme contraponto, primeiro, ao que enxerga como visão positivista ou altamente tecnicista do pensamento econômico, e, posteriormente, a algumas propostas para as noções de liberdade e igualdade que ganharam destaque, sobretudo as baseadas ora em um utilitarismo revigorado e ora em um liberalismo igualitário, como é o caso das propostas de John Rawls<sup>20</sup>.

A perspectiva utilitarista<sup>21</sup>, segundo Sen, equivoca-se ao não considerar as desigualdades em relação à distribuição da felicidade, ao não atribuir importância intrínseca à reivindicação de direitos, liberdades e ou-

---

um pretenso “atalho” que termina em um lugar diferente daquele aonde desejávamos ir. [...] Descartar toda a motivação e valoração que não sejam de autointeresse extremamente restrito é algo difícil de justificar com base na utilidade para fazer predições, além de ter uma bem duvidosa sustentação empírica”. SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 95. Nessa trilha, são resgatadas diversas passagens do pensamento de Adam Smith que, segundo Sen, teria sido alvo de “estreitamento” pela economia moderna, sobretudo em razão da restrição do seu pensamento à liberalização do mercado, o que não seria condizente com a manifestada preocupação de Smith de que o enriquecimento derivado do livre comércio servisse, primordialmente, à eliminação da pobreza e da fome. SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 44; ARAUJO, Luiz Bernardo Leite; CREDER, Fábio dos Santos. Ética, economia e justiça: a escolha social no pensamento de Sen e Smith. *Dois Pontos*, Curitiba, v. 10, n. 1, abr. 2013.

<sup>15</sup> Argui Sen: “Smith opunha-se à supressão ou restrição do comércio. Mais isso não significa que ele desaprovava a ajuda aos pobres [...] nada indica que a abordagem ética smithiana das políticas governamentais teria excluído a intervenção em favor dos direitos [entitlements] dos pobres. Ainda que Smith certamente se opusesse à supressão do comércio, o fato de ele indicar o desemprego e os baixos salários reais como causas da fome sugere uma variedade de possíveis políticas públicas em resposta ao problema”. SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 41-42.

<sup>16</sup> Interpretando a ideia de comportamento em Sen, diz Muniz: “o comportamento é uma questão social, o que acarreta reflexos no senso de identidade que encerra o reconhecimento dos objetivos de outras pessoas e das interdependências mútuas existentes em uma comunidade”. MUNIZ, Veyzon Campos. Desenvolvimento humano sustentável e erradicação da pobreza extrema. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 175-191, jan./jul. 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3481>. Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>17</sup> SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 32.

<sup>18</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 34.

<sup>19</sup> “Sen dedicou grande parte de sua carreira justamente à missão de conceber índices sociais e outros mecanismos capazes de ampliar o conteúdo informativo dos procedimentos de decisão coletiva”. ARAUJO, Luiz Bernardo Leite; CREDER, Fábio dos Santos. Ética, economia e justiça: a escolha social no pensamento de Sen e Smith. *Dois Pontos*, Curitiba, v. 10, n. 1, abr. 2013. p. 117.

<sup>20</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 35.

<sup>21</sup> À crítica seniana ao utilitarismo — pautado pela satisfação dos desejos pessoais — antecede a admissão de virtudes dessa abordagem por Sen, quais sejam, a consideração (i) dos resultados, ao se julgar as disposições sociais e (ii) do bem-estar das pessoas ao se julgar os resultados das disposições sociais.

tras considerações desatreladas da utilidade e porque a visão de bem-estar é suscetível a “condicionamento mental e atitudes adaptativas”<sup>22</sup>.

Também em relação ao liberalismo igualitário de John Rawls, não há uma refutação *in totum*<sup>23</sup>. Sen converge com certos aspectos da proposta de Rawls, sobretudo a meta máxima humana da autorrealização, mas diverge de pontos centrais de análise dos caminhos de uma justiça igualitária, em especial no que tange à ideia rawlsiana de igualação de bens primários, a supor a possibilidade de uma homogeneidade de interesses e desejos no modo em que cada indivíduo se autorrealiza, proposta que é negada por Sen<sup>24</sup>.

Diante desse caminho intelectual, fala-se na existência de um “Primeiro Sen”, mais voltado à questão econômica e sua abordagem ética, com contribuições para os campos do desenvolvimento econômico planejado, da Teoria da Eleição Social e da conceituação e medição da pobreza e da fome, o que corresponde à sua produção entre os anos 50 e 70 do século XX. A partir dos anos 80, emerge o “Segundo Sen”, debruçado sobre a filosofia e enfrentando os motes da liberdade, igualdade e justiça, com atenção para as controvérsias sobre valores universais *versus* diferenças culturais e para a justificação dos direitos humanos<sup>25</sup>. E o advento marcante da transição do Primeiro ao Segundo Sen é justamente a enunciação da teoria do enfoque das capacidades (*capability approach*), realizada, pela primeira vez, no artigo *Equality of What?*, de 1980<sup>26</sup>.

Antecedentemente à formulação dessa teoria e a propósito de seus estudos sobre pobreza e fome, Sen já havia cunhado a categoria dos intitamentos ou habilitações (*entitlements*), que consiste no conjunto de bens ou recursos de que uma pessoa pode dispor ou que está habilitada de fato e direito a usar<sup>27</sup>. Essa categoria viria a se relacionar com as três outras que estruturam o enfoque das capacidades: os funcionamentos (*functionings*), as capacidades (*capability*) e agência (*agency*).

De inspiração admitidamente aristotélica, a noção de funcionamentos abarca “tudo aquilo que uma pessoa pode considerar valioso fazer ou ter”<sup>28</sup>, sendo possível, por meio deles, obter as informações sobre o que uma pessoa faz, como age, suas qualidades e sua maneira de viver, denotando qual a sua situação e seu modo de vida, aludindo, portanto, a uma conexão entre funcionamento, qualidade de vida e necessidades básicas<sup>29</sup>.

Já a capacidade, no sentido seniano, conforma-se pelas combinações de funcionamentos cuja realização seja factível (de fato viável) para a pessoa<sup>30</sup>. A agência designa a habilidade efetiva da pessoa para realizar os

<sup>22</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 86-89.

<sup>23</sup> “[...] tanto a teoria de Sen, quanto a de Rawls, almejam a meta correta, que é a liberdade para realizar, e não a realização propriamente dita, mas percorrem caminhos diferentes”. DAOU, Heloisa Sami; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. John Rawls e Amartya Sen: paralelo entre a teoria de justiça como equidade e a justiça focada nas realizações. *Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica*, v. 3, n. 2, p. 01-21, 2017. p. 13-15.

<sup>24</sup> “Ao analisar a abordagem de Rawls, Sen afirma que, caso as pessoas fossem basicamente muito semelhantes, então um índice de bens primários poderia ser um bom caminho para julgar as vantagens. Mas, na verdade, as pessoas parecem ter necessidades muito diferentes, variando com a saúde, a longevidade, condições climáticas, localização, temperamento, e até mesmo com o tamanho do corpo — que afeta as necessidades alimentares e de vestuário”. SANTOS, Cezar Augusto Pereira dos *et al.* Bem-estar e pobreza: a abordagem de Sen em comparação à utilitarista e a dos bens primários. *Revista Economia & Tecnologia*, v. 9, n. 4, 2013. p. 68.

<sup>25</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 25-26 e 68-69.

<sup>26</sup> SEN, Amartya. *Equality of What?* The Tanner lecture on human values. Stanford, 1980. v. 1. p. 195-220.

<sup>27</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 39.

<sup>28</sup> Os funcionamentos passíveis de valorização podem ser desde aqueles simples e vinculados à sobrevivência — *n.g.* estar adequadamente alimentado e protegido de doenças — até aqueles mais complexos — *n.g.* participar da vida comunitária e ter respeito próprio. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 104.

<sup>29</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 41.

<sup>30</sup> “Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade para ter estilos de vida diversos). Por exemplo, uma pessoa abastada que faz jejum pode ter a mesma realização de funcionamento quanto a comer ou nutrir-se que uma pessoa destituída, forçada a passar fome extrema, mas a primeira pessoa possui um ‘conjunto capacitário’ diferente do da segunda (a primeira pode escolher comer bem e ser bem nutrida de um modo impossível para a segunda)”. SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles,

funcionamentos desejados, sendo seu oposto a imposição a alguém de um agir forçado ou de uma opressão ou, ainda, de uma condição passiva<sup>31</sup>.

Sob o signo dessas categorias interligadas, Sen propõe a ampliação do conceito de pobreza, para que passe a ser compreendida como “privação de capacidades básicas”, não se restringindo, então, ao “baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza”<sup>32</sup>. Para Sen, “a relação instrumental entre baixa renda e baixa capacidade é variável entre comunidades e até mesmo entre famílias e indivíduos (o impacto da renda sobre as capacidades é contingente e condicional)”<sup>33</sup>.

A Teoria do Enfoque das Capacidades guarda influência direta das reflexões do “jovem Marx” acerca das noções de liberdade, autorrealização e propriedade, as quais redundam na aspiração marxiana de substituição do domínio das circunstâncias sobre os indivíduos pelo domínio desses sobre aquelas. Ideias que inspiram Sen a alçar ao centro de suas propostas econômico-filosóficas a ampliação da capacidade do ser humano de obter bem-estar, entendido este como a liberdade de, autonomamente, desenvolver seus funcionamentos e satisfazer suas necessidades, conforme o que valorize para si<sup>34</sup>.

Em verdade, encontra-se mais comumente na obra de Sen a referência a “liberdades” (no plural). O pensamento seniano identifica liberdades substantivas e liberdades instrumentais. As liberdades substanciais são aquelas “que temos razão para valorizar”<sup>35</sup>, portanto, está atrelado aos interesses livremente eleitos pelo indivíduo. Cada capacidade à feição seniana (*capability*) é uma liberdade substantiva<sup>36</sup> e as liberdades substantivas incluem “capacidades elementares”, *vg* de evitar privações como a fome e a morte prematura, bem como de saber ler, fazer cálculos aritméticos, ter participação política e fruir da liberdade de expressão<sup>37</sup>. Já as liberdades instrumentais favorecem as aquisições e expansão das capacidades e das liberdades substanciais, tendo a “contribuir para a capacidade geral de a pessoa viver mais livremente, mas também têm o efeito de complementar umas às outras”<sup>38</sup>. Em *Desenvolvimento como Liberdade*, são examinadas 5 liberdades instrumentais: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantia de transparência e segurança protetora.

As liberdades políticas são tomadas de modo amplo, de forma a incluir os chamados direitos civis e políticos, e verificam-se com a oportunidade de as pessoas participarem da determinação de quem as governa e com fulcro em quais princípios, podendo exercer, livremente (sem censura direta ou à imprensa),

---

Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 105.

<sup>31</sup> ALKIRE, Sabina; DENEULIN, Séverine. *An introduction to the human development and capability approach*. London: Earthscan, 2009. p. 11. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.383.6231&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 17 dez. 2019.

<sup>32</sup> Sob essa perspectiva, a pobreza designa uma condição de privações de capacidades “intrinsecamente importantes”, para além da baixa renda, “que é importante apenas instrumentalmente”, havendo de se admitir a existência de outras influências sobre a pobreza real, como, por exemplo, *inter alia*, idade, “papéis sexuais e sociais” (obrigações familiares determinadas pelo costume), localização (propensão a intempéries, ambiente violento, região populosa, suscetibilidade a doenças, etc.). SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 120.

<sup>33</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 120-121.

<sup>34</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 515. Curiosamente, Garrido afirma ter havido uma inversão cronológica na influência marxiana de Sen, de modo que as digressões mais relacionadas à economia política e à crítica do capitalismo do “velho Marx” impactaram mais o “jovem Sen”, enquanto que os pensamentos do “jovem Marx” sobre a liberdade, a autonomia e a autorrealização do ser humano frente à propriedade são grande fonte para o “velho Sen” e seus estudos filosóficos da maturidade. SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 365 e 480. De todo modo, Sen compreende tanto Marx (sobretudo o “jovem”) quanto Adam Smith como continuadores do legado aristotélico atinente à “liberdade para realizar-se” como intrinsecamente importante à condição humana. SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 157.

<sup>35</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 29.

<sup>36</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 105.

<sup>37</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 55.

<sup>38</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 58.

a fiscalização e crítica de seus governantes e a escolha entre diferentes partidos políticos). As facilidades econômicas “são as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca”, o que demanda que, aos resultados positivos do crescimento econômico, corresponda o “aumento de intitamentos econômicos de toda a população”, denotando a centralidade das considerações distributivas adicionalmente às agregativas). As oportunidades sociais dizem respeito ao acesso à educação, saúde, alimento e todos os demais bens ou serviços que influenciem, positivamente, a liberdade da pessoa de viver melhor, tanto na dimensão da vida privada — a exemplo da proteção da saúde, contra a morbidez evitável — quanto da participação no espaço público, em atividades econômicas e políticas (para o que é fundamental, entre outras oportunidades, a educação). A garantia de transparência remete à presunção básica de confiança entre as pessoas, nos espaços privado e público, e demanda mecanismos de salvaguarda de “dessegregação e clareza”, com isso pretendendo-se evitar “corrupção, irresponsabilidade financeira e transações ilícitas”. Por fim, a segurança protetora reclama a proteção social do Estado às pessoas em condição de vulnerabilidade em razão de “mudanças materiais que afetem adversamente suas vidas”, levando-as ao limiar da pobreza, da fome e até da morte. Diz respeito, por conseguinte, a disposições institucionais que assegurem benefícios, complemento de renda e outras medidas peculiares (distribuição de alimentos, abrigo etc.) a desempregados, idosos e outros necessitados<sup>39</sup>.

Argumenta, ainda, Sen, que as liberdades tratadas envolvem processos e oportunidades: processos que viabilizam ações e decisões e oportunidades que as pessoas têm de se autorrealizar, a depender de suas circunstâncias individuais e sociais<sup>40</sup>.

É com esse arsenal teórico de categorias que se inter-relacionam que Sen confecciona uma abordagem própria sobre o conceito de desenvolvimento que irá ganhar o mundo e, pelas mãos do PNUD, ser institucionalizado como parâmetro de cooperação internacional sobre o tema.

As noções de liberdades substantivas e instrumentais estruturarão a ideia seniana desenvolvimentista, centrada na enunciação do desenvolvimento como um processo que tem por fim a expansão das liberdades individuais, mas que também tem nas liberdades seu meio de consecução<sup>41</sup>. Em outras palavras, o desenvolvimento é um processo de expansão de liberdades substanciais, para cuja consecução demanda-se, igualmente, a expansão das liberdades instrumentais. Desse modo, as ideias de bem-estar e de posição de vantagem de alguém não são aferidas com base no que essa pessoa de fato realiza, mas das liberdades que frui para realizar ou não o que valoriza. Essa percepção deve informar a análise e estabelecimento de políticas públicas, direitos e oportunidades<sup>42</sup>. Nessa perspectiva, a meta do desenvolvimento deve ser a ampliação das liberdades individuais pela “remoção das principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”<sup>43</sup>.

Não são poucas as críticas lançadas ao que se tomou por viés individualista do pensamento seniano, supostamente contrário a uma visão social do bem-estar. Acusa-se Sen de pugnar por uma análise do desenvolvimento, com base em uma perspectiva atomizada do sujeito, na medida em que é para o aspecto personalíssimo que remetem as categorias das capacidades, dos funcionamentos e da agência.

A respeito, Robeyns explica haver três tipos de individualismo aplicados ao pensamento social. Há o individualismo ético, que prega a individualidade como unidade última do interesse moral e que as instituições

<sup>39</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 25 e 58-60.

<sup>40</sup> “A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar da morte prematura, morbidez voluntária ou fome involuntária)”. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 32.

<sup>41</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 55.

<sup>42</sup> SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 63.

<sup>43</sup> SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 17.

e estruturas sociais serão sempre avaliadas à luz de sua importância para o bem-estar individual. Já o individualismo ontológico, mais radical, preceitua que a sociedade é, e sempre será, constituída por indivíduos e conformada pela soma desses indivíduos e suas características. Já o individualismo metodológico presume que todo fenômeno social pode ser explicado a partir dos indivíduos e de suas características<sup>44</sup>.

Para a autora, o enfoque das capacidades contempla o individualismo ético, mas é crucial admitir que tal postura não é incompatível com uma abordagem ontológica que considere as relações entre pessoas, suas relações sociais e a incorporação social, assim como que políticas sociais destinadas a certos grupos ou comunidades são perfeitamente compatíveis com o individualismo ético<sup>45</sup>. Garrido, por sua vez, recorda que, em distintas oportunidades, Sen respondeu a seus críticos destacando que mais do que não conceber a análise social do indivíduo separada do seu ambiente social, defende justamente essa associação, buscando apoio em Marx como um exemplo de uma visão metodológica individualista, mas também holística<sup>46</sup>.

O caráter social das propostas de Sen sobre o desenvolvimento como expansão das liberdades manifesta-se, no campo teórico, por seus aportes à Teoria da Escolha Social e, no campo empírico, por sua contribuição à construção e aperfeiçoamento do IDH, divulgado pelo PNUD, aspirando, como dito, consubstanciar-se em fonte informativa de políticas públicas globais, nacionais e locais.

Assim enuncia o pensador indiano o problema fundamental da Teoria da Escolha Social: é possível e, se sim, como obter deliberações racionais, razoáveis e cogentes sobre as preferências da sociedade, diante da diversidade de desejos, preocupações e condições dos diferentes indivíduos que integram a sociedade?<sup>47</sup> Em suma, trata-se de enfrentar o problema das decisões de amplitude social, o que, embora já refletido por Aristóteles, configurou-se em uma teoria sistematizada apenas ao tempo da Revolução Francesa, pelos matemáticos franceses J. C. Borda e Marquês de Condorcet, motivados a encontrar um modo de evitar a insegurança e a arbitrariedade nas decisões sociais<sup>48</sup>.

Tal teoria viria a ser revivida por trabalhos de meados do século XX pelo economista e matemático estadunidense Kenneth Arrow, autor do “Teorema da Impossibilidade”, segundo o qual é impossível elegerem-se, de modo consistente, preferências que conduzam a escolha social, exceto em uma situação de ditadura, o que, todavia, cobraria ao alto preço do sacrifício da participação democrática nas decisões sociais e da insensibilidade governamental quanto à condução da economia de bem-estar capaz de abarcar todos os interesses heterogêneos sob administração<sup>49</sup>.

Criticando o que entende ser o estabelecido uso inadequado de técnicas matemáticas pela Teoria da Escolha Social, Sen entende que essa análise é mais complexa e exige a abordagem de outros aspectos, mas, em especial, o reconhecimento de que, ante a diversidade de individualidades, deve haver um processo democrático e inclusivo de deliberação sobre as preferências a serem socialmente contempladas, cujo resultado não está plenamente sujeito a antecipações por racionalidades formais, como a matemática, já que pode haver *insights* e conformações inesperadas — o que não reduz a importância das investigações formais sobre as combinações de valores e consensos obtidos<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> ROBEYNS, Ingrid. An unworkable idea or a promising alternative? Sen's capability approach re-examined. *Discussion Paper Series*, Katholieke Universiteit Leuven. Faculty of Economics and Applied Economics, p. 1-33, 2000. p. 16-17.

<sup>45</sup> ROBEYNS, Ingrid. An unworkable idea or a promising alternative? Sen's capability approach re-examined. *Discussion Paper Series*, Katholieke Universiteit Leuven. Faculty of Economics and Applied Economics, p. 1-33, 2000. p. 16-17.

<sup>46</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 534. De fato, no Prefácio de Desenvolvimento como Liberdade consta: “Existe uma acentuada complementaridade entre a condição de agente individual e as disposições sociais: é importante o reconhecimento simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influências sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual. Para combater os problemas que enfrentamos, temos de considerar a liberdade individual um compromisso social”. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 10.

<sup>47</sup> SEN, Amartya. The Possibility of Social Choice. *The American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999. p. 349.

<sup>48</sup> SEN, Amartya. The Possibility of Social Choice. *The American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999. p. 350.

<sup>49</sup> SEN, Amartya. The Possibility of Social Choice. *The American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999. p. 351.

<sup>50</sup> SEN, Amartya. The Possibility of Social Choice. *The American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999. p. 353.

É possível perceber que a pluralidade subjetiva que motiva o problema da Teoria da Escolha Social é a mesma que impede Sen de adotar, *a priori*, um rol acabado de liberdades e capacidades prioritárias a serem privilegiadas no processo de desenvolvimento, conquanto, em seus estudos, usualmente mencione algumas também referidas nos estudos de sua principal inspiração aristotélica contemporânea, Martha Nussbaum<sup>51</sup>. Não obstante, aponta-se a necessidade de que a Teoria da Escolha Social contemple, da mesma maneira e com a mesma preocupação, os aspectos de oportunidade e processual das liberdades, superando uma tendência de privilégio do primeiro sobre o segundo<sup>52</sup>.

Por outro lado, Sen chama a atenção para o fato de deliberações baseadas em votações decididas por maioria (eleições, referendos ou soluções por comitês) serem adequadas para algumas questões, mas não para outras, como é o caso das políticas econômicas de bem-estar social, porquanto não se pode admitir sejam ignorados os interesses atinentes à qualidade de vida — i.e. às liberdades e capacidades — daqueles que perderam a votação ou que sequer exerceram a liberdade política de votar. Assim, é preciso ir além do sistema de votação para a escolha de questões distributivas<sup>53</sup>.

A propósito, a democracia, no pensamento seniano, é liberdade substantiva em si, mas com função instrumental de aumentar a possibilidade de reivindicações de atenção política (inclusive de cunho econômico) serem atendidas e com o papel construtivo na conceituação das “necessidades econômicas” em sentido social<sup>54</sup>.

O pensamento seniano, como se vê, segue uma tradição indiana de ecletismo<sup>55</sup> e caracteriza-se por um resultado sincrético *suis generis* de referências (Aristóteles, Smith e Marx), dificultando, inclusive, seu enquadramento dentro das vertentes da filosofia política<sup>56</sup>.

## 4 Mercado, Estado e direitos humanos no pensamento seniano

Como antecipado, Sen comunga e difunde a percepção smithiana a respeito da conveniência da liberalização do mercado, sem que isso signifique ausência de limites ou não vinculação à distribuição de renda que expanda as liberdades, postura alinhada com todo o seu esforço de retomada da associação entre ética e economia. De fato, o pensamento seniano nega que o mercado por si mesmo seja capaz de expandir capacidades, porque não considera a situação inicial dos intitulentos, tampouco as vicissitudes dos mais depauperados<sup>57</sup>.

Nessa linha, Sen afirma que o mercado é parte indissociável do processo de desenvolvimento pela sua

<sup>51</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 180-186. Nussbaum formula sua própria teoria das capacidades, apresentando uma lista de “capacidades centrais” relacionadas a 5 temas: vida; saúde física; integridade física (engloba liberdade de ir e vir, sexual e de estar seguro contra a violência); sentidos, imaginação e pensamentos; e emoções. NUSSBAUM, Martha C. *Creating capabilities*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 33. Sobre o tema: ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; STURZA, Janaína Machado Sturza. As políticas públicas e a promoção da dignidade: uma abordagem norteadas pelas capacidades (capabilities approach) propostas por Martha Nussbaum. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 114-126, abr. 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5894>. Acesso em: 08 mar. 2020.

<sup>52</sup> SEN, Amartya. The Possibility of Social Choice. *The American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999. p. 364.

<sup>53</sup> SEN, Amartya. The Possibility of Social Choice. *The American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999. p. 356.

<sup>54</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 195.

<sup>55</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 374.

<sup>56</sup> Há quem tenha afirmado que Sen promove um “liberalismo social intercultural” ou um “certo socialismo liberal-social multicultural”. SANCHO, Jesus Conill *apud* SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 75.

<sup>57</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. 522.



capacidade de dinamizar o crescimento econômico. Ademais, como já arguiu Smith, a liberdade de troca e transação é, em si, uma liberdade substantiva que as pessoas têm a possibilidade e razão para valorizar. Aliás, a despeito da relevância do crescimento econômico para o processo de desenvolvimento, a liberdade de troca (de palavras, bens e presentes) o precede em importância<sup>58</sup>. Apreende-se, pois, que a liberdade do mercado, defendida por Sen, pressupõe a liberdade ampla dos indivíduos (todos) de estarem no mercado e poderem realizar as trocas. Trata-se da liberdade econômica. A pobreza extrema, pois, representa a completa privação da liberdade econômica e deixa a pessoa mais suscetível à violação de outras liberdades<sup>59</sup>.

O crescimento econômico e a liberdade econômica, apenas, se justificam como instrumentos de desenvolvimento se observada a necessária distribuição, pois “o principal é que o impacto do crescimento econômico depende muito do modo como seus frutos são aproveitados”<sup>60</sup>. Atada a essa reflexão, em *Desenvolvimento como Liberdade*, há um esforço analítico estatístico para demonstrar a inadequação de uma suposta vinculação irredarguível entre privação de renda e privação de capacidades<sup>61</sup>, com a proposta de que, conquanto seja uma relação importante a mantida entre renda e capacidades, a privação de capacidades, por sua maior amplitude, afigura-se mais pertinente para a definição de políticas orientadas ao desenvolvimento<sup>62</sup>. Para tanto, o Estado é chamado a conduzir o processo desenvolvimentista, nesses termos.

Sustenta Sen, citando o contexto do estado indiano de Kerala, que países pobres não necessitam aguardar os frutos do crescimento econômico para obter avanços no processo de incremento da qualidade de vida das pessoas, uma vez que para tanto pode haver custeio público (adequadamente gerido) direcionado para oportunidades de educação básica e saúde<sup>63</sup>. Claramente atacando as propostas neoliberais, Sen rechaça uma “visão compartimentada do processo de desenvolvimento”, com soluções que classifica como “únicas e multiuso” — tais como abertura de mercados e ajuste de preços. Aduz que deve haver uma abordagem integrada entre redução da atividade burocrática do Estado, sem, contudo, abrir mão de seu papel crucial de expansão das liberdades instrumentais, mormente das oportunidades sociais e da segurança protetora, até porque há liberdades instrumentais cujos elementos não se encontram no mercado para a aquisição individual, sendo providos coletivamente pelo Estado na forma de “bens públicos”, como a preservação ambiental, as gestões epidemiológicas e os serviços públicos de saúde<sup>64</sup>.

Nessa trilha, a análise seniana refuta o apego irrestrito às rigorosas políticas de austeridade fiscal, pois o controle de gastos públicos jamais pode perder de vista os “objetivos globais da política pública” voltadas à geração e garantia de capacidades básicas aos indivíduos, de modo que a necessidade instrumental de estabilidade macroeconômica deve “ser avaliada dentro de uma estrutura de objetivos sociais”<sup>65</sup>. Até porque a ampliação das oportunidades sociais, com base em medidas de acesso à saúde e à educação pública e de reforma agrária, pode favorecer o crescimento econômico, como revelam os casos das economias japonesa e chinesa, no século XX<sup>66</sup>.

O Estado, portanto, na visão seniana (e, a seu juízo, desde Smith), tem o papel central de promover as liberdades, inclusive a despeito do mercado, mas também orientando a redistribuição igualitária de seus rendimentos — denotando que as reflexões de Sen partem do exame da situação individual, mas, como assente

<sup>58</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 20.

<sup>59</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 23.

<sup>60</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 66.

<sup>61</sup> Há dados sobre países com incremento de PIB e renda *per capita* não revertido em solução para a problemas de desigualdade, desemprego e má assistência à saúde, ao passo em que há exemplos de limitada receita pública, mas com resultados positivos na redução de mortalidade infantil e provimento de educação e saúde. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 36-39, 62-77 e 131-145.

<sup>62</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 35.

<sup>63</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 71.

<sup>64</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 169-171.

<sup>65</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 187.

<sup>66</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 61 e 330.

Garrido, desde uma perspectiva estatal de interdependência social<sup>67</sup>.

Como dito, é no “Segundo Sen” que se verifica uma atenção mais detida do pensador aos direitos humanos. Em escrito do século XXI, dedicado ao tema, Sen associa os direitos humanos ao enfoque das capacidades, entendendo que aqueles contemplam, a miúdo, certas liberdades específicas, intentando assegurar, juridicamente, os intitamentos (*entitlements*) de pessoas para determinadas capacidades<sup>68</sup>. Chama a atenção, ainda, para a tendência de os debates sobre direitos humanos debruçarem mais sobre as liberdades em seu aspecto das oportunidades, quando a análise deveria ter a mesma preocupação com seu aspecto processual<sup>69</sup>.

Alude Sen a três argumentos em favor da associação entre liberdades básicas e direitos humanos: “importância intrínseca”, “papel consequencial de fornecer incentivos políticos para a segurança econômica” e “papel construtivo na gênese de valores e prioridades”<sup>70</sup>. Todavia, o pensador indiano não descarta da questão da multiculturalidade no processo de estabelecimento dos direitos humanos, tema que guarda estrita relação com o enfoque das capacidades e seu destaque para a pluralidade de subjetividades, o que, por consequência, se aplica a povos e culturas. Sen trata esse mote valendo-se de sua já conhecida postura de não aderir a portfólios pré-estabelecidos de liberdades e capacidades básicas, aplicando a mesma ideia aos direitos humanos. Nessa perspectiva, a ênfase volta a recair sobre a observância de um processo democrático e plural de estabelecimento de padrões coletivos e de sua fiscalização, o que também se aplica às ações estatais em prol da expansão das liberdades, em ordem a evitar privações decorrentes da omissão estatal<sup>71</sup>. É o que Sen trata como “processo de razão pública”<sup>72</sup>.

A respeito de um processo de razão pública internacional, Sen, em escrito dedicado ao tema, admite que sua realização seja feita por organizações e atores internacionais mobilizados por isso e que possibilitem que cada uma das “múltiplas identidades” de interesses, reivindicações e culturas possam tomar assento e ter voz em um espaço de busca de consensos globais, sem sacrifício imposto a particularismos nacionais, em um movimento agregativo que o filósofo denomina “afiliação plural”<sup>73</sup>.

Não obstante a confirmação da pertinência dos direitos humanos, Sen afirma ser melhor concebê-los como pretensões éticas não identificadas como “direitos legais legislados”, algo que, também a seu juízo, não macula a utilidade da noção de direitos humanos “no tipo de contexto no qual eles são comumente invocados”, pois, argumenta: “temos que julgar a plausibilidade dos direitos humanos como um sistema de raciocínio ético e com base em reivindicações políticas”<sup>74</sup>, para o que, pensa-se, vislumbra Sen a utilidade dos direitos humanos como objeto da cogência normativa.

<sup>67</sup> SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 535. Segundo Bentes e Brígida, na teoria das capacidades de Sen, a atuação do Estado se mostra pressuposto para concretização das dimensões da liberdade capazes de promover o desenvolvimento econômico e social em termos plurais. BENTES, Natalia Mascarenhas Simões; BRÍGIDA, Yasmin Salgado Santa. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 99-121, 2018.

<sup>68</sup> SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development*, v. 6, n. 2, p. 151-166, jul. 2005. p. 152.

<sup>69</sup> SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development*, v. 6, n. 2, p. 151-166, jul. 2005. p. 157.

<sup>70</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 116.

<sup>71</sup> Conforme Sen, a omissão estatal verifica-se em governos que não se submetem a controle democrático, exercido por uma imprensa livre, uma oposição ativa. SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen*: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 523.

<sup>72</sup> SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development*, v. 6, n. 2, p. 151-166, jul. 2005. p. 163.

<sup>73</sup> SEN, Amartya. Global justice: beyond international equity. In: KAUL, Inge et al. (eds.) *Global public goods: international cooperation in the 21st Century*. New York: Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 116-125.

<sup>74</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 295.

## 5 A teoria aplicada à prática: os Relatórios Desenvolvimento Humano e o IDH

A divulgação pelo PNUD, desde 1990, do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), de maneira periódica, dentro dos Relatórios de Desenvolvimento Humano (RDHs) globais temáticos, resulta de colaboração direta de Sen com seu amigo e economista paquistanês Mahbub ul Haq. A noção de Desenvolvimento Humano, todavia, deve ser compreendida no contexto das transformações históricas que impactaram a própria concepção de desenvolvimento.

Originariamente, a ideia de desenvolvimento foi conformada por objetivos evolucionistas dos Estados europeus no pós-Guerra, inspirados nos marcos das Revoluções Industrial e Francesa, sendo aquela a referência inicial da industrialização e esta o aspecto valorativo do fenômeno histórico, ambas pautadas nos valores essenciais antropocêntricos da Modernidade: hiper-valorização da liberdade, prevalência da razão e domínio utilitarista sobre a natureza<sup>75</sup>. Essa visão eurocêntrica de desenvolvimento é eminentemente economicista, na medida em que compreende o crescimento econômico com condição suficiente para o desenvolvimento<sup>76</sup>. Outro importante conceito trazido nessa perspectiva é o de industrialismo, pois o processo de desenvolvimento no pós-Guerra pelos Estados denominados “desenvolvidos” se deu por meio da industrialização<sup>77</sup>.

A disputa pelo conceito de desenvolvimento foi intensificada durante a Guerra Fria, período que a celeuma sobre inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais no rol de direitos humanos refletia o momento político-social tensionado pela também emergência das desigualdades entre as nações.

Segundo Carniello e Santos, transversalmente à persistência da desigualdade social e econômica, emergiu o debate sobre a preservação dos recursos naturais indispensáveis à sobrevivência da sociedade e à perpetuação do modelo econômico em vigor<sup>78</sup>. Nasce a ideia de desenvolvimento sustentável, suplantadora da perspectiva tradicional economicista, passando-se a uma noção de desenvolvimento econômico, social, cultural, naturalmente político, depois sustentável e humano<sup>79</sup>.

Nesse cenário, o advento do IDH e de sua veiculação pelos RDHs representa a manifestação prática

<sup>75</sup> AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento ou Pós-Desenvolvimento? Des-Envolvimento e... Noflay! *Cadernos de Estudos Africanos*, Lisboa, n. 34, jul./dez. 2017. p. 85.

<sup>76</sup> AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento: um conceito ultrapassado ou em renovação? Da teoria à prática e da prática à teoria. *Cadernos de Estudos Africanos*, Lisboa, n. 4, jan./jul. 2003. p. 46. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/cea/article/view/8659>. Acesso em: 12 nov. 2019.

<sup>77</sup> AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento: um conceito ultrapassado ou em renovação? Da teoria à prática e da prática à teoria. *Cadernos de Estudos Africanos*, Lisboa, n. 4, jan./jul. 2003. p. 46. Nesse sentido, a “fórmula” do desenvolvimento era composta pela meta do crescimento econômico a partir da industrialização. Tal ponto de vista foi diretamente criticado por Trubek, sob o argumento de que a realidade dos países subdesenvolvidos não era necessariamente essa, a exigir que se admitam outros caminhos para o desenvolvimento, que não apenas pela proteção jurídica e promoção da propriedade e do investimento industrial. TRUBEK, David. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo do direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 51-122. p. 60-65.

<sup>78</sup> SANTOS, Moacir José dos; CARNIELLO, Monica Franchi. História do desenvolvimento: limites de um campo de pesquisa. *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*, Taubaté, v. 10, n. 3, 2014. p. 70.

<sup>79</sup> SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 12, n. 33, 1998. p. 150. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v12n33/v12n33a11.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019. A perspectiva sustentável se consolidou no âmbito das Nações Unidas, em 1987, no relatório “Nosso Futuro Comum”, assinado por Gro Harlem Brundtland, então primeira-ministra norueguesa e chefe da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, instituída pela ONU. O documento ficou conhecido como Relatório Brundtland. NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 26, n. 74, 2012. p. 54. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142012000100005&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142012000100005&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 10 dez. 2019. Corrobora o fenômeno o fato dos RDHs de 2001, 2006 e 2011 haverem ressaltado o aumento na degradação da natureza, principalmente com a dilapidação dos recursos naturais, sobrecarga dos recursos e poluentes, bem como perda da biodiversidade. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2001: fazendo as novas tecnologias trabalhar para o desenvolvimento humano*. Nova Iorque: PNUD, 2001. p. 113-114; PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2006: a água para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água*. Nova Iorque: PNUD, 2006. p. 27-28. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2011: sustentabilidade e equidade: um futuro melhor para todos*. Nova Iorque: PNUD, 2011. p. IV, 2-4.

do pensamento seniano naquilo em que preceitua que a Escolha Social e, por conseguinte a formulação da intervenção estatal pela via das políticas públicas, deve ser exercitada a partir de uma base informacional adequada, tarefa não cumprida a contento pelas apurações matemáticas e formais típicas dos desenvolvimentistas ortodoxos do século XX. Nas palavras do próprio Sen, o IDH conjuga uma lista mínima de capacidades, reunidas com o único objetivo de oferecer a possibilidade de se apurar, coletivamente, a situação da qualidade básica de vida, com apoio em estatísticas alternativas ao uso exclusivo do PIB e à renda *per capita*<sup>80</sup>.

Desde essa miríade de categorias e expressões que compõem a teoria e as ações internacionais para o desenvolvimento, convém perceber que a expressão Desenvolvimento Humano remete, especificamente, a uma ideia avaliativa do processo de expansão de liberdades (e, para tanto, de capacidades), cuja medição pelo IDH pretende oferecer um panorama estatístico informador do processo de Escolha Social e de formatação de políticas públicas voltadas ao Desenvolvimento Sustentável (em todas as suas múltiplas dimensões e não apenas na dimensão da renda), para tanto permitindo, de um lado, a constatação da existência de privações de liberdades substanciais e instrumentais (nos âmbitos global, nacional e local) e, de outro, a apuração e análise dos resultados das medidas adotadas sob o propósito desenvolvimentista.

A transição de conteúdo da noção de desenvolvimento econômico ao desenvolvimento sustentável também impactou a regulação sobre o tema, erigida na seara da governança global, notadamente no marco da ONU, como se afere da sucessão de declarações atinentes ao tema — Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento de 1995 — e dos compromissos internacionais celebrados em torno dos Objetivos do Milênio (2000), posteriormente sucedidos pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável ou “Agenda 2030” (2015), consolidando a concepção multidimensional do desenvolvimento, a abranger aspectos econômico, social, sustentável e humano.

As relações de trabalho são contempladas pela multidimensionalidade conceitual da ideia de Desenvolvimento Sustentável, atraindo, por conseguinte, atenção no que se refere às medidas orientadas à sua promoção e à sua mediação. Consequentemente, não há falar-se em Desenvolvimento Sustentável e em Desenvolvimento Humano, sem abordar-se o tema do trabalho. Por tais motivos, também a regulação internacional da tensão capital-trabalho não ficou alheia à influência desenvolvimentista, em seus contornos contemporâneos, do que é expressão maior justamente a concepção de Trabalho Decente e seus desdobramentos práticos.

## 6 Trabalho Decente: motor do Desenvolvimento Humano

O título desse tópico replica a afirmação que também intitula o RDH de 2015. Foram necessários 25 anos desde o primeiro relatório publicado pelo PNUD para que um RDH tivesse por tema principal o Trabalho Decente.

O trabalho sempre foi abordado por todos os RDHs, ora com mais ênfase, ora menos, sempre tangencialmente aos temas que protagonizaram os estudos. Invariavelmente, as relações de trabalho foram versadas em sua função de instrumento de acesso à renda e combate à pobreza (privações), a despeito de o RDH de 2000, intitulado “Direitos Humanos e Desenvolvimento Humano – pela Liberdade e Solidariedade”

<sup>80</sup> SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development*, v. 6, n. 2, p. 151-166, jul. 2005. p. 159. Atualmente, o IDH é composto, em sua forma básica, pela associação dos seguintes indicadores: expectativa de vida ao nascimento, expectativa de anos de escolarização, média efetiva de anos de escolarização e PIB *per capita*, denotando alusão a algumas das liberdades substanciais mais examinadas por Sen em seus estudos teóricos e ilustrações empíricas. Acerca da uma suposta contradição entre o IDH e sua recusa em pré-estabelecer listas de capacidades básicas, Sen defende-se que se trata de uma lista mínima e não exaustiva, com finalidade específica e que não desvalida outras listas que possam ser confeccionadas. SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development*, v. 6, n. 2, p. 151-166, jul. 2005. p. 159.

haver incluído a liberdade para o Trabalho Decente, sem exploração, no rol do que enunciou como sendo as 7 liberdades básicas<sup>81</sup>. É, de fato, uma constante na série histórica dos RDHs a reivindicação, de um lado, de medidas de inserção no mercado de trabalho para pessoas em condição de vulnerabilidade de qualquer natureza (inclusive as vitimadas pelo próprio desemprego), e, de outro, de prestação de assistência social pelo Estado a esse mesmo grupo de indivíduos<sup>82</sup>.

Antes do RDH temático de 2015 sobre Trabalho Decente, merecem menções mais detidas as análises dos RDHs de 2010 e 2013 sobre as relações laborais.

Em exame retrospectivo de dados e análises de todos os relatórios publicados desde 1990, o RDH de 2010, intitulado “A Verdadeira Riqueza das Nações: Vias para o Desenvolvimento Humano” — em alusão explícita da inspiração smithiana da Teoria de Sen —, afirma estar demonstrado que os três componentes elementares do IDH (rendimento, longevidade e educação) não guardam relação de implicação, pois se evidenciou a existência de países pobres ou em desenvolvimento que incrementaram seus níveis de saúde e educação, a despeito de não crescerem economicamente, enquanto outros Estados economicamente favorecidos não lograram expansão do acesso à saúde e educação de sua população<sup>83</sup>.

Repisando a crítica ao desenvolvimentismo economicista, o RDH de 2010 desmente a relação supostamente necessária entre crescimento econômico e oportunidades de Trabalho Decente, embora admita ocorrências em que tal relação seja aferível<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> O RDH de 2000 afirma a associação entre Direitos Humanos e Desenvolvimento Humano, a partir do asseguramento das nominadas *The Seven Freedoms*: liberdade em face a discriminação (de gênero, raça, etnia, nacionalidade e religião), liberdade em face do medo de afronta à segurança pessoal, da tortura, da prisão arbitrária e de outros atos violentos; liberdade de pensamento, de expressão, de reunião e de deliberação; liberdade para desejar e usufruir de um padrão decente de vida; liberdade para desenvolver e realizar o potencial humano individual; liberdade em face da injustiça e da violação do devido processo legal; e liberdade para o Trabalho Decente, sem exploração. UNDP. *Human Development Report 2000: Human Rights and Human Development*. New York: UNDP, 2000. p. 01. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2000.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>82</sup> Cf., exemplificativamente: PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2001*: fazendo as novas tecnologias trabalhar para o desenvolvimento humano. Nova Iorque: PNUD, 2001. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20001.html>. Acesso em: 18 dez. 2019. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2004*: liberdade cultural num mundo diversificado. Nova Iorque: PNUD, 2004. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20004.html>. Acesso em: 18 dez. 2019. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2005*: cooperação internacional numa encruzilhada. Nova Iorque: PNUD, 2005. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20005.html>. Acesso em: 18 dez. 2019. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2009*. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20009.html>. Acesso em: 18 dez. 2019. PNUD. *Ultra-passar barreiras*: mobilidade e desenvolvimento humanos. Nova Iorque: PNUD, 2009. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2011*. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200011.html>. Acesso em: 18 dez. 2019. PNUD. *Sustentabilidade e equidade*: um futuro melhor para todos. Nova Iorque: PNUD, 2012. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2014*: sustentar o progresso humano: reduzir as vulnerabilidades e reforçar a resiliência. Nova Iorque: PNUD, 2014. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200013.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>83</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2010*: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Nova Iorque: PNUD, 2010. p. 48-56. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200010.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>84</sup> O RDH de 2010, ainda, destaca a função primordial do Estado na mediação da relação entre empresas, trabalhadores, comunidades e o próprio Estado, em especial pela via da regulação e de sua salvaguarda pelas instituições, com vistas à limitação do abuso do mercado e à redistribuição de renda, haja vista a experiência demonstrar que a plena liberdade do mercado acarreta barateamento da mão-de-obra associada à explosão do exército de reserva (desemprego estrutural) e ao desprezo pela saúde dos trabalhadores. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2010*: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Nova Iorque: PNUD, 2010. p. 65-66. Nessa senda, esse RDH confronta o corrente discurso neoliberal sobre o custo dos direitos trabalhistas como desvantagem comercial e obstáculo ao desenvolvimento econômico, bem como clama pela proteção do emprego. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2010*: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Nova Iorque: PNUD, 2010. p. 51, 65-66, 78-85. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200010.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

Ao tempo em que revisita critérios e metodologias de análises e percepções de seus antecessores, o RDH de 2010 inova em relação àqueles, trazendo indicadores relativos à vulnerabilidade, dentre os quais há um indicador intitulado “Trabalho Decente”, composto (com desagregação por gênero) por: taxa de população empregada, taxa de empregos formais, taxa de emprego vulnerável (trabalho familiar não pago ou por conta própria), taxa de pessoas empregadas que vivem com menos de US\$ 1,25 por dia, taxa de desemprego por nível de educação, taxa de trabalho infantil e número de dias úteis de gozo de licença maternidade remunerada e obrigatória<sup>85</sup>. A justificativa apresentada para esse indicador expressa a importância do trabalho para o Desenvolvimento Humano para além de seu aspecto da vulnerabilidade econômica, alcançando proveito à subjetividade humana<sup>86</sup>. Tal indicador não reapareceria, todavia, nos RDHs subsequentes.

O RDH de 2013 (“A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado”) lança luzes ao Sul Global, notadamente às experiências de expansão do Desenvolvimento Humano, alavancadas por países que ostentaram crescimento econômico substancial, no início do século XXI. Esse RDH compreende o Trabalho Decente como resultante da ampliação das principais capacidades, nomeadamente alimentação, educação, saúde e qualificações<sup>87</sup>, alertando para uma exigência dessa evolução econômica: oferta de Trabalho Decente que seja compatível com o rápido crescimento dos países do Sul Global, sobre pena de conflagração civil<sup>88</sup>.

No que tange à intervenção estatal, o RDH de 2013 reafirma posicionamentos anteriores contra a flexibilidade laboral, em razão de favorecer riscos ao Trabalho Decente, até mesmo porque leis sobre salário mínimo, proteção do emprego, limites da jornada de trabalho, segurança social e modelos contratuais seguros, tomadas em conjunto, auxiliam não processo de redução da desigualdade<sup>89</sup>. Ainda no campo do Estado, atuando na redução das desigualdades sociais, as experiências de Brasil e Índia são mencionadas como exemplos da época de *locus* de políticas públicas de transferência de renda conjugada com “programas de direito ao trabalho”, medidas até então consideradas equivocadas ou ineficazes pelos tradicionais modelos de desenvolvimento<sup>90</sup>.

Intitulado “O Trabalho como Motor do Desenvolvimento Humano”, o RDH de 2015 assume, finalmente, a importância do trabalho para a promoção do Desenvolvimento Humano, tratando, pela primeira vez, a expressão Trabalho Decente, em termos de conteúdo, de forma totalmente sintonizada com a concepção da OIT, bem como com os à época recém aprovados ODS e seu oitavo objetivo<sup>91</sup>.

<sup>85</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Nova Iorque: PNUD, 2010. p. 197-200. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200010.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>86</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Nova Iorque: PNUD, 2010. p. 83. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200010.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>87</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013: a ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado*. Nova Iorque: PNUD, 2013. p. iv. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200012.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>88</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Nova Iorque: PNUD, 2010. p. 15 e 94. Na mesma linha de preocupação, o relatório elenca os riscos e oportunidades advindos do avanço das tecnologias da informação como facilitadores do comércio de serviços. PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013: a ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado*. Nova Iorque: PNUD, 2013. p. 45-50. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200012.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>89</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013: a ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado*. Nova Iorque: PNUD, 2013. p. 53. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200012.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>90</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013: a ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado*. Nova Iorque: PNUD, 2013. p. 86. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200012.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

<sup>91</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015: o trabalho como motor do desenvolvimento humano*. Nova Iorque: PNUD, 2015. p. 1. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200014.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

O RDH de 2015, dentro do marco teórico seniano, reconhece haver uma relação “sinérgica” entre Trabalho Decente e reforço das capacidades individuais e, por conseguinte, entre Trabalho Decente e Desenvolvimento Humano<sup>92</sup>, que autoriza concluir que o labor executado em circunstâncias indignas implica privações e, por isso, viola o processo de Desenvolvimento Humano, cuja promoção depende “da qualidade do trabalho, das condições do trabalho, do valor social do trabalho, etc”<sup>93</sup>.

Alinhando-se aos ODS, o RDH de 2015 abraça o conceito de “trabalho sustentável” como aquele que “promove o desenvolvimento humano, reduzindo e eliminando simultaneamente certas externalidades negativas que podem verificar-se em diferentes escalas geográficas e temporais”<sup>94</sup>, de modo que o Desenvolvimento Sustentável depende do Trabalho Sustentável, ao mesmo tempo em que aquele tem implicações consideráveis para esse, inclusive quanto ao processo produtivo<sup>95</sup>.

Fala-se, ainda, em “bem-estar dos trabalhadores”, vislumbrado ante direitos, benefícios, proteção social e combate às desigualdades, demandando, entre outras tantas medidas, proteção da liberdade e da ação sindical e ampliação do número de Estados comprometidos com as normas internacionais fundamentais de proteção do trabalho, notadamente as preceituadas pela OIT<sup>96</sup>.

A série histórica dos RDHs permite perceber que, na senda pragmática dos estudos sobre Desenvolvimento Humano, a atividade laboral, conquanto tenha sido, pontualmente, tratada como uma liberdade básica, ligada à construção da subjetividade, sua abordagem como instrumento de acesso à renda é sobrejamente mais recorrente. Será possível afirmar que há o mesmo tratamento pelas reflexões teóricas senianas?

## 7 O Trabalho Decente à luz do enfoque das capacidades

Tal como percebido com os RDHs, as obras que compendiam cada uma das três fases do pensamento de Sen — *Sobre Ética e Economia, Desenvolvimento como Liberdade e A Ideia de Justiça* —, versam, apenas, incidentalmente sobre o papel do trabalho na expansão das liberdades. Um olhar para essas obras, conjugadas com passagens em artigos esparsos dedicados ao tema do trabalho, permite entrever que não há uma análise detida sobre o trabalho *vis-à-vis* as categorias fundamentais do enfoque das capacidades, como se vê ocorrer com a saúde, a educação e a participação democrática.

Não obstante, é possível encontrar pontuais afirmações e levar a efeito inferências sobre o labor em condições dignas como liberdade substantiva, juntamente à educação básica e os serviços de saúde<sup>97</sup>, para além de sua função instrumental de acesso à renda. A chave para a consideração do trabalho em condições

<sup>92</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015*: o trabalho como motor do desenvolvimento humano. Nova Iorque: PNUD, 2015. p. iii e 1 e 4. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200014.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

<sup>93</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015*: o trabalho como motor do desenvolvimento humano. Nova Iorque: PNUD, 2015. p. 6-7 e 46-52. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200014.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

<sup>94</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015*: o trabalho como motor do desenvolvimento humano. Nova Iorque: PNUD, 2015. p. 42. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200014.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

<sup>95</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015*: o trabalho como motor do desenvolvimento humano. Nova Iorque: PNUD, 2015. p. 16-19, 150-152 e 155-159. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200014.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

<sup>96</sup> PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015*: o trabalho como motor do desenvolvimento humano. Nova Iorque: PNUD, 2015. p. 21-27. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200014.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

<sup>97</sup> “Fatores econômicos e sociais como educação básica, serviços elementares de saúde e emprego seguro são importantes não apenas por si mesmos, como pelo papel que podem desempenhar ao dar às pessoas a oportunidade de enfrentar o mundo com coragem e liberdade”. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 90.

dignas como uma liberdade substantiva, para além do já citado reconhecimento pelo RDH de 2000, pode ser inferida com mais segurança do modo como Sen aborda os efeitos do desemprego:

se a perda de renda fosse tudo que o desemprego acarreta, ela poderia ser, em grande medida, suprimida — para os indivíduos envolvidos mediante auxílio-renda. [...] Se, porém, o desemprego tem outros efeitos graves sobre a vida dos indivíduos, causando privações de outros tipos, a melhora graças ao auxílio-renda seria, nessa medida, limitada. Há provas abundantes de que o desemprego tem efeitos abrangentes além da perda de renda, como dano psicológico, perda de motivação para o trabalho, perda de habilidade e autoconfiança, aumento de doenças e morbidez (e até mesmo de taxas de mortalidade), perturbação das relações familiares e da vida social, intensificação da exclusão social e acentuação de tensões raciais e das assimetrias entre os sexos<sup>98</sup>.

Fiel à natureza individualista/relativista do enfoque das capacidades, Sen dedica o ensaio *Inequality, Unemployment and Contemporary Europe* a uma análise comparativa da situação de desemprego em países europeus e nos EUA, para tanto assumindo como premissa que a variedade de efeitos nocivos do desemprego, do ponto de vista do exame macro das desigualdades, reclama atenção para o equívoco de se reduzir a desigualdade à mera desigualdade de renda, sendo fundamental devotar atenção para o *locus* em que se inserem as vítimas do desemprego, sobretudo no que tange à assistência social conferida pelo Estado para as pessoas desempregadas. Assim, a variedade e a intensidade dos efeitos do desemprego no impacto para a desigualdade irão depender, sobretudo, da forma como o Estado ampara (ou não) seus desempregados<sup>99</sup>.

Impossível olvidar, contudo, a recorrente preocupação com a inserção das pessoas no mercado e o trato do desemprego com base na perspectiva da renda enquanto fator de remoção de algumas privações — aquelas suscetíveis ao ingresso da pessoa no mercado. Sob essa ótica, a força de trabalho, inexoravelmente, transmuta-se em mercadoria posta à transação e, por conseguinte, exposta aos abusos que tanto Smith quanto Sen reconhecem praticados pelo mercado, por mais que se tenha esforçado o pensador indiano em ressuscitar a vinculação entre ética e economia. Portanto, se, ao sentir de Sen, a liberdade de estar no mercado é crucial para o processo de expansão das capacidades, o é, outrossim, a proteção contra a sanha do capital, que há de vir, do Estado, no que se refere, em especial, à promoção das 5 liberdades instrumentais, com destaque (na área laboral), dentre elas, às facilidades econômicas, às oportunidades sociais e à segurança protetora.

O trabalho, assim contextualizado pelo arcabouço teórico seniano, pode significar, portanto, uma liberdade substantiva e instrumental, se desempenhado em condições dignas e aptas a expandir suas capacidades e conferir intitamentos, mas também pode representar fator de privação e de pobreza, se desempenhado em condições precárias e indignas. A esse propósito, é possível compreender o Trabalho Decente como uma concepção que serve ao estabelecimento de um padrão globalmente aceito para a promoção, em termos coletivos (sociais), das condições de trabalho favorecedoras da expansão das capacidades individuais, portanto, do Desenvolvimento Humano e que, ao mesmo tempo, faça as vezes de paradigma para o exame da consonância de práticas privadas e públicas com o processo de desenvolvimento sustentável aplicado ao campo laboral.

## 8 Trabalho Decente: comportamento ético, política pública ou direito?

A influência do pensamento seniano na concepção do Trabalho Decente e nos desdobramentos da sua promoção pela OIT são manifestas, a começar pela proposital adoção de um conceito aberto e de uma

<sup>98</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 129-130. Cada um dos citados efeitos deletérios do desemprego e outros mais experimentaram análise individualizada em SEN, Amartya. *Inequality, unemployment and contemporary Europe*. *International Labour Review*, Genebra, v. 136, n. 2, p. 155-171, 1997.

<sup>99</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 161.



ideia de conteúdo flexível, que se mostre adaptável às vicissitudes de cada nação ou grupo local disposto a promovê-lo. Tal flexibilidade mostra-se perfeitamente harmônica com a subjetividade que permeia tanto o plano individual em que se constituem os sentidos das categorias “capacidades”, “funcionamentos” e “agência” quanto o plano coletivo das deliberações acerca das liberdades prioritárias, para o qual se dirigem as reflexões de Sen sobre a Escolha Social.

A inspiração seniana da noção de Trabalho Decente pode ser revista, também e especialmente, nos quatro objetivos estratégicos para os quais convergem a sua promoção, pois aspiram estabelecer, cada qual, providências que contribuam para o enfrentamento das privações de liberdades substantivas e instrumentais tipicamente verificáveis na seara laboral, contemplando seus aspectos de oportunidade e processuais. A proteção dos direitos humanos nas relações laborais<sup>100</sup>, a geração de empregos com qualidade e a expansão da proteção social intentam intermediar, em múltiplas e específicas circunstâncias da venda da força de trabalho, o acesso fático e juridicamente protegido ao próprio mercado de trabalho, à saúde, à educação (inclusive para o trabalho) e à renda, enquanto o diálogo social, em conjunto com a liberdade sindical e a negociação coletiva, busca observar a preceituada participação política nos espaços normativos e de decisão.

Os objetivos estratégicos do Trabalho Decente dirigem-se mais claramente à ação estatal. Não por outro motivo, como visto, a adoção dessa concepção marca a decisão da OIT de pautar sua atuação pela busca de um enfoque integrado juntamente a outros atores internacionais, mas, principalmente, a seus Estados Membros, a partir da cooperação técnica voltada à confecção de programas nacionais de promoção do Trabalho Decente<sup>101</sup>.

Tal percepção permite, pois, que a natureza processual típica da promoção do Desenvolvimento Humano seja, também, adequada ao Trabalho Decente, obstando que quaisquer dessas expressões sejam tomadas por categorias de classificação de situações fáticas individualmente consideradas. Em outras palavras, a noção de Desenvolvimento Humano não existe para catalogar quais seres humanos são desenvolvidos e quais não o são, tampouco o Trabalho Decente não foi originariamente concebido para permitir que determinadas relações laborais sejam classificadas como decentes e, outras, por exclusão, indecentes. Esse tipo de classificação será plausível, apenas, se havido o reconhecimento das situações fáticas de privação constatadas em cada existência humana, como nas hipóteses de fome, desabrigo, analfabetismo (ou baixa escolaridade), exposição evitável a doenças e à mortalidade, desemprego, trabalho não remunerado ou mal remunerado, labor com exposição a riscos à vida e à segurança, desamparo estatal frente ao desemprego e à inaptidão para o trabalho, ausência de participação política na atuação sindical ou do sindicato em negociação coletiva etc.

Diante de sua natureza flexível e processual, bem como de sua finalidade promocional, pode-se afirmar que a concepção de Trabalho Decente foi forjada, primordialmente, para impulsionar políticas públicas nos níveis nacional, regional e local, com conformações peculiares pertinentes à conjuntura envolvida, tal como se percebe com a aferição do IDH pelo PNUD e as decorrentes atividades promocionais desse órgão internacional junto aos Estados.

Por outro lado, a ideia de Trabalho Decente, compreendida desde seus objetivos estratégicos, permite entrever um comportamento ético a ser observado no campo privado, sobretudo pelos atores do mercado que compram a força de trabalho. A observância dos direitos humanos trabalhistas preceituados pela Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 e pelas legislações nacionais, em si, é um comportamento ético desejável, nada obstando seja objeto de política pública, como fez questão de afirmar Sen, perante os representantes dos Estados Membros da OIT, reunidos na 87ª Conferência

<sup>100</sup> Notadamente a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório a abolição efetiva do trabalho infantil; e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

<sup>101</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo. 89ª reunión. *Discusión Del Informe Del Presidente Del Consejo De Administración Y De La Memoria Del Director General*. (Cont.). Ginebra: OIT, 2001. p 16. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/reim/ilc/ilc89/pdf/pr-5s4.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.

Internacional do Trabalho<sup>102</sup>. O mesmo se aplica à geração de empregos de qualidade (não precários), ao financiamento da assistência social do Estado e à oportunização do diálogo social.

Diante dessa perspectiva, políticas públicas de Estado para o Trabalho Decente suscitam também a necessidade de medidas que habilitem o aparato estatal a fomentar e implementar comportamentos público e privado compatíveis com o processo de promoção de que se cuida, reprovando e sancionando o que houver em sentido contrário. No que se refere aos atores privados, há de se rememorar a vigência da Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social de 2002, recentemente atualizada, com vistas a compatibilizar-se com os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos da ONU (2011) e a Agenda 2030 (2015). É nesse ponto que faz sentido pensar o Trabalho Decente, para além de um comportamento ético ou de diretrizes para políticas públicas, como bem juridicamente tutelado, dotando-o da prerrogativa de ser institucionalmente reivindicado, sem o que estar-se-á negando ao indivíduo a possibilidade de experimentar os intulamentos e as contribuições em favor da expansão de suas capacidades, a que se propôs a OIT, quando lançou mão da ideia.

O discurso de Sen à 87ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1999, não abordou a aplicação do enfoque das capacidades às relações de trabalho, mas dedicou-se, em sua maior medida, a saudar a intenção de estabelecimento de um padrão internacional de ações para o enfrentamento das mazelas sociais advindas da exploração da força de trabalho. Empreendendo argumentação em prol da proteção de direitos humanos trabalhistas, mesmo aqueles não contemplados em norma positiva, a fala de Sen a OIT — que, na ocasião, abraçava a concepção de Trabalho Decente — retomou alegação recorrente, apoiada na noção kantiana de obrigações imperfeitas, no sentido de haver direitos que, por característica, não permitem que sejam vislumbradas todas as obrigações dele decorrentes, assim como todo o conjunto de obrigados à sua observância. Nessa linha, há direitos que, *prima facie*, têm aptidão para obrigar todas as situações e todos aqueles que possam, de algum modo, contribuir para a consecução ou violação, o que se define casuisticamente<sup>103</sup>.

A obrigação imperfeita de Kant afigura-se adequada, em particular, para compreensão do alcance e da tutela de direitos de caráter processual, como o direito ao desenvolvimento, o que torna plausível falar-se em um direito ao Trabalho Decente, que suscita obrigações imperfeitas, capazes de estabelecer a obrigação jurídica do Estado de adotar ações promocionais e também obrigações do Estado, do mercado e dos demais particulares de se comportem conforme os preceitos éticos derivados dos quatro objetivos estratégicos que convergem para o Trabalho Decente. Assim, corresponde ao direito ao Trabalho Decente a possibilidade de sua reivindicação em face de decisões estatais, inclusive acerca de políticas públicas, que porventura vão de encontro a quaisquer dos objetivos estratégicos que conformam a realização do direito. Quanto ao ponto, não é objeto deste estudo a longa controvérsia sobre os limites da atuação judicial em face das políticas públicas, mas, ao menos, a intervenção judicial de menor intensidade, consistente em obstar os efeitos da decisão administrativa antijurídica, há de ser admitida como consequência lógica da tomada do direito em questão<sup>104</sup>.

A ausência de um tratado internacional específico sobre Trabalho Decente não impede sua cogência em face dos Estados Membros da OIT — como é o caso do Brasil —, na medida em que as normas internacionais vinculantes não se reduzem à figura dos tratados internacionais, com isso tendo seus efeitos condi-

<sup>102</sup> SEN, Amartya. Work and rights. *International Labour Review*, Genebra, v. 139, n. 2, p. 123-124, 2000.

<sup>103</sup> SEN, Amartya. Work and rights. *International Labour Review*, Genebra, v. 139, n. 2, p. 124-125, 2000. Para uma análise aplicada ao direito ao desenvolvimento da concepção kantiana de obrigações imperfeitas utilizada por Sen, cf. SENGUPTA, Arjun. On the Theory and Practice of the Right to Development. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 24, n. 4, p. 837-889, 2002. p. 843-846.

<sup>104</sup> Já em relação a relações privadas individualmente consideradas, a despeito de a concepção de Trabalho Decente não haver sido, como sustentado, concebida para ensejar direitos subjetivos de uma pessoa que vende sua força de trabalho em face de seu contratante, isso não significa que, judicialmente, tal condição seja de reconhecimento inviável. A respeito, confira-se a proposta formulada em BELTRAMELLI NETO, Silvio; VOLTANI, Julia de Carvalho. Investigação histórica do conteúdo da concepção de Trabalho Decente no âmbito da OIT e uma análise de sua justiciabilidade. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 166-185, 2019. p. 176-182.

cionados, exclusivamente, ao consentimento estatal manifestado na forma de ratificação.

Essa vetusta compreensão das normas internacionais encontra-se, como explica Cançado Trindade<sup>105</sup>, completamente superada, no que tange aos direitos humanos, pelo adensamento da força normativa vinculante de deliberações alcançadas por consenso da comunidade internacional, materializado em resoluções e declarações aprovadas em assembleia e não sujeitas à posterior ratificação, dotadas de efeito e legitimidade pela democrática construção de uma *opinio juris* coletiva (expressão de uma “consciência jurídica universal”). Desde essa compreensão, não parece demasiado classificar-se o Trabalho Decente como norma imperativa, inderrogável e vinculante (norma de *jus cogens*)<sup>106</sup>, que obriga independentemente de consentimento estatal formalizado por posterior e individual ratificação, até mesmo porque assim já estabeleceu a OIT deve ser considerada a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 (estruturante da concepção de Trabalho Decente) em relação a todos os seus Estados Membros.

Igualmente preservada está a aplicabilidade nacional da norma que abriga o direito ao Trabalho Decente, em decorrência da sua integração fundamentada nos arts. 4º, II, e 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Em conclusão, o Trabalho Decente contempla as dimensões associadas do comportamento ético, da política pública e do bem juridicamente tutelado (um direito), estabelecidas em ordem a favorecer o processo de Desenvolvimento Humano nas relações de trabalho, colocado em marcha com a expansão de liberdades e remoção de privações. Ao modo de Sen, o Trabalho Decente deve ser adotado como um comportamento ético pelo Estado e pelos particulares, apto a suscitar políticas públicas, mas que, sem embargo, admita reivindicação dentro da técnica jurídica.

## 9 Considerações finais

Recém completados 100 anos do advento da OIT e 20 anos da adoção da concepção de Trabalho Decente, ainda muito se discute sobre o alcance das ações e dos compromissos internacionais e nacionais correlatos à sua promoção.

Nascida para marcar uma virada no modo de atuação da OIT quanto à consecução de sua finalidade regulatória da tensão capital-trabalho, a noção de Trabalho Decente, a despeito de sua fluidez conceitual, esprou-se como sinônimo de “mínimo civilizatório” das relações de trabalho — do que é exemplo sua contemplação específica pela Agenda 2030 —, conquanto, ainda, muitas incertezas, críticas e até indiferenças a acometam.

Particularmente no Brasil, o termo Trabalho Decente aparenta suscitar adesão pela maioria das pessoas, mas, no mais das vezes, sob o signo de esparsas compreensões intuitivas e até coloquiais (inclusive no contexto jurídico), sendo certo que a ausência de uma melhor delimitação de seu conteúdo e de seu escopo maculam suas possibilidades de eficaz promoção.

Procurou-se demonstrar que o Trabalho Decente é uma concepção multidimensional e de natureza processual, que contempla comportamento ético, políticas públicas e tutela jurídica e que se justifica pelo intento de contribuir para o avanço do Desenvolvimento Humano, a partir do campo das relações de trabalho. Para tanto, sistematizou-se o pensamento econômico-filosófico de Amartya Sen, artífice da ideia de Desenvolvimento Humano e admitida inspiração da noção de Trabalho Decente, com vistas a demonstrar

<sup>105</sup> TRINDADE, A. A. Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 76-96.

<sup>106</sup> As normas imperativas estão contempladas no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada, no Brasil, pelo Decreto n.º 7.030/2009, a saber: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

que, à luz de seu marco teórico, o Trabalho Decente deve ser compreendido como uma concepção a serviço da promoção do trabalho como liberdade (compreendida ao modo seniano), como fator de expansão de capacidades e como meio para intitamentos.

Não coube às reflexões expostas fazer juízo crítico sobre a teoria estudada e sobre o Trabalho Decente como objeto de exame, conquanto a crítica caiba, em diversos aspectos, como, de fato, vem sendo feito, notadamente no âmbito acadêmico. A proposta foi, desde o início, uma análise do Trabalho Decente enquanto iniciativa internacional mediadora e regulatória da tensão capital-trabalho (portanto não emancipatória) e assim foi feito. O mote, contudo, nos tempos atuais, reclama abordagem para além do interesse acadêmico.

É que, em tempos ultraliberais de cooptação de Estado pelo mercado, de desemprego estrutural agravado por crises econômicas mundiais, extinção de direitos sociais e reestruturação da morfologia do trabalho, delineada pelo capital financeiro globalizado, pelas cadeias globais de valor e pela revolução tecnológica informacional, não parece exagero considerar que a promoção do Trabalho Decente está a fazer face ao seu maior desafio. Um desafio que coloca em xeque sua própria viabilidade, ao menos para aqueles que não a negam à partida.

Nesse contexto alarmante, reflexões mais recorrentes e acuradas sobre as possibilidades e finalidades do Trabalho Decente se impõem como condição de perpetuação da ideia, sem deformações.

## Referências

ALKIRE, Sabina; DENEULIN, Séverine. *An introduction to the human development and capability approach*. London: Earthscan, 2009. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.383.6231&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 17 dez. 2019.

AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento ou Pós-Desenvolvimento? Des-Envolvimento e... Noflay! *Cadernos de Estudos Africanos*, Lisboa, n. 34, p. 75-111, jul/dez. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S1645-37942017000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1645-37942017000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 10 dez. 2019.

AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento: um conceito ultrapassado ou em renovação? Da teoria à prática e da prática à teoria. *Cadernos de Estudos Africanos*, Lisboa, n. 4, p. 40-60, jan/jul. 2003. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/cea/article/view/8659>. Acesso 12 nov. 2019.

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite; CREDER, Fábio dos Santos. Ética, economia e justiça: a escolha social no pensamento de Sen e Smith. *Dois Pontos*, Curitiba, v. 10, n. 1, p. 103-126, abr. 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/30654>. Acesso em: 17 dez. 2019.

BELTRAMELLI NETO, Silvio; VOLTANI, Julia de Carvalho. Investigação histórica do conteúdo da concepção de Trabalho Decente no âmbito da OIT e uma análise de sua justiciabilidade. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 1, p. 166-185, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5900>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BELTRAMELLI NETO, Silvio; BONAMIM, Isadora Rezende; VOLTANI, Julia de Carvalho. Trabalho Decente segundo a OIT: uma concepção democrática? Análise crítica à luz da teoria do contrato social. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 1, p. 1-36, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33853>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BENTES, Natalia Mascarenhas Simões; BRÍGIDA, Yasmin Salgado Santa. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 99-121, 2018. Disponível:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5596>. Acesso em: 10 dez. 2019.

MACHADO, Raimar Rodrigues. O trabalho humano frente à ideia de liberdade. In: COSTA, M. M.; LEAL, M. C. H. (orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. p. 204-280.

MORAES, M.; DIEHL, R. O papel da organização internacional do trabalho na promoção do trabalho decente: diálogos com Amartya Sen. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, Bogotá, v. 19, n. 38, p. 97-108, jul./dez. 2016.

MUNIZ, Veyzon Campos. Desenvolvimento humano sustentável e erradicação da pobreza extrema. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 175-191, jan./jul. 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3481>. Acesso em: 10 mar. 2020.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade: do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 26, n. 74, p. 51-64, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142012000100005&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142012000100005&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 10 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *História da OIT*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>. Acesso em: 29 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Genebra, 1998. Disponível em: [http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf). Acesso em: 16 dez. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional Del Trabajo. 89ª reunión. *Discusión Del Informe Del Presidente Del Consejo De Administración Y De La Memoria Del Director General (Cont.)*. Ginebra: OIT, 2001. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-5s4.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.

PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015: O Trabalho como Motor do Desenvolvimento Humano*. Nova Iorque: PNUD, 2015. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200014.html>. Acesso em: 12 dez. 2019.

PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013: A Ascensão do Sul: Progresso Humano num Mundo Diversificado*. Nova Iorque: PNUD, 2013. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200012.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2010: A Verdadeira Riqueza das Nações: Vias para o Desenvolvimento Humano*. Nova Iorque: PNUD, 2010. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200010.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2001: Fazendo as novas tecnologias trabalhar para o desenvolvimento humano*. Nova Iorque: PNUD, 2001. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20001.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

ROBEYNS, Ingrid. An unworkable idea or a promising alternative? Sen's capability approach re-examined. *Discussion Paper Series*, Katholieke Universiteit Leuven. Faculty of Economics and Applied Economics, p. 1-33, 2000. Disponível em: <https://feb.kuleuven.be/drc/Economics/research/dps-papers/dps00/dps0030.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2019.

SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. *Estudos Avançados*, São

Paulo, v. 12, n. 33, p. 149-156, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v12n33/v12n33a11.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

SANCHEZ GARRIDO, Pablo. *Raíces intelectuales de Amartya Sen: Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

SANTOS, Moacir José dos; CARNIELLO, Monica Franchi. História do desenvolvimento: limites de um campo de pesquisa. *Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional*, Taubaté, v. 10, n. 3, p. 67-88, 2014. Disponível em: <https://www.rbgdr.net/revista/index.php/rbgdr/article/view/1472>. Acesso em: 12 nov. 2019.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. *Journal of Human Development*, v. 6, n. 2, p. 151-166, jul. 2005.

SEN, Amartya. Work and rights. *International Labour Review*, Genebra, v. 139, n. 2, p. 119-128, 2000.

SEN, Amartya. Global justice: beyond international equity. In: KAUL, Inge *et al.* (eds.). *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 116-125.

SEN, Amartya. The Possibility of Social Choice. *The American Economic Review*, Pittsburgh, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999.

SEN, Amartya. Inequality, unemployment and contemporary Europe. *International Labour Review*, Genebra, v. 136, n. 2, p. 155-171, 1997.

SEN, Amartya. Equality of What? *The Tanner lecture on human values*, Stanford, v. 1, p. 195-220, 1980.

SENGUPTA, Arjun. On the Theory and Practice of the Right to Development. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, v. 24, n. 4, p. 837-889, 2002. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/13865>. Acesso em: 11 dez. 2019.

TRINDADE, A. A. Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRUBEK, David. Para uma teoria social do direito: um ensaio sobre o estudo do direito e desenvolvimento. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *O Novo Direito e Desenvolvimento: presente, passado e futuro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 51-122.

UNDP. *Human Development Report 2019: Beyond income, beyond averages, beyond today: Inequalities in human development in the 21st century*. New York: UNDP, 2019. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2019.

UNDP. *Human Development Report 2000: Human Rights and Human Development*. New York: UNDP, 2000. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2000.html>. Acesso em: 18 dez. 2019.

VAN DAELE, Jasmien. The International Labour Organization (ILO) in Past and Present Research. *International Review of Social History*, Cambridge, v. 53, n. 3, p. 485-511, dez. 2008.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; STURZA, Janaína Machado Sturza. As políticas públicas e a promoção da dignidade: uma abordagem norteadas pelas capacidades (capabilities approach) propostas por Martha Nussbaum. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 114-126, abr. 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5894>. Acesso em: 08 mar. 2020.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**El final de una política pública:**  
análisis del ciclo político del  
proyecto destinos inductores para  
el desarrollo turístico regional  
(DIDTR) – Brasil

**The finalization of a public  
policy:** analysis of the political  
cycle of the project inductor  
destinations for regional tourist  
development (DIDTR) – Brazil

María Belén Zambrano Pontón

Magnus Luiz Emmendoerfer

Suely de Fátima Ramos Silveira

# El final de una política pública: análisis del ciclo político del proyecto destinos inductores para el desarrollo turístico regional (DIDTR) – Brasil\*

## The finalization of a public policy: analysis of the political cycle of the project inductor destinations for regional tourist development (DIDTR) – Brazil

María Belén Zambrano Pontón\*\*

Magnus Luiz Emmendoerfer\*\*\*

Suely de Fátima Ramos Silveira\*\*\*\*

### Resumen

En este artículo se presentaron las razones para la extinción de una política pública, identificadas a partir del análisis del proyecto Destinos Inductores para el Desarrollo Turístico Regional (DIDTR), en Brasil. A partir del análisis de esa política pública federal, por medio del modelo del ciclo político, se identificaron los motivos que llevaron al Ministerio de Turismo (MTur) a decidir el fin del proyecto turístico. Con un abordaje metodológico cualitativo, cuyos datos fueron colectados a través de una investigación de campo, con entrevistas semiestructuradas a los actores del gobierno federal - funcionarios del MTur, y actores públicos y privados de los destinos inductores del Estado de Minas Gerais: Belo Horizonte, Diamantina, Ouro Preto y Tiradentes. También fueron colectados datos secundarios, como informaciones disponibles en los portales oficiales del MTur. Los resultados permitieron evidenciar que una política pública puede acabar de varias maneras y por diferentes motivos. La extinción del proyecto ocurrió en dos momentos: el primero, para fines internos, en 2011, y, el segundo, para fines externos, en 2015, con el fin de la acción más emblemática del proyecto, los Informes de los Índices de competitividad. Se identificó también que el ciclo político del proyecto presentó fallas en todas las fases analizadas, situación que, se podría decir, llevó al final de la política pública estudiada. La contribución de este estudio radica en que se trató un tema relevante, pero poco discutido en el mundo académico, que es la finalización-extinción de una política pública.

**Palabras-Clave:** Ciclo Político. Destinos Inductores. Extinción de Políticas Públicas. Políticas Públicas de Turismo. Brasil.

\* Recebido em 08/05/2020  
Aprovado em 16/02/2021

\*\* Ingeniera en Marketing, Escuela Superior Politécnica de Chimborazo, Riobamba-Ecuador. Magister Scientiae em Administração, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa-Brasil. Investigadora en el Grupo de Investigación em Gestão e Desenvolvimento de Territórios Criativos – GDTeC del Núcleo de Administração e Políticas Públicas – NAP2. Fui Asistente de Cadeira de la disciplina de Gestão de Personal I y II (1 año). Mi experiencia profesional también ha sido en el área comercial y financiera.  
E-mail: belen.zambrano.p@hotmail.com

\*\*\* Pós-Doutor em Administração Pública, Universidade do Minho, e em Turismo, Universidade do Algarve, Portugal. Professor Associado, Programa de Pós-Graduação em Administração - Pública, Universidade Federal de Viçosa.  
E-mail: magnus@ufv.br

\*\*\*\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade Federal de Viçosa (UFV). Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Viçosa (1984), Mestrado em Economia Rural pela Universidade Federal de Viçosa (1993) e Doutorado em Economia Aplicada pela ESALq/Universidade de São Paulo (2000).  
E-mail: sramos@ufv.br



## Abstract

This article presented the reasons for the extinction of a public policy, identified from the analysis of the project of the Inductive Destinations of the Regional Tourist Development (DIDTR), in Brazil. From the analysis of this federal public policy, through the model of the political cycle, the reasons that led the Ministry of Tourism (MTur) to decide the end of the tourism project were identified. With a qualitative methodological approach, the data of which was collected through field research, with semi-structured interviews with the actors of the federal government - MTur bureaucrat, and public and private actors from the induction destinations of the state of Minas Gerais: Belo Horizonte, Diamantina, Ouro Preto and Tiradentes. Secondary data was also collected, such as information available on the official MTur portals. The results showed that public policy can end in various ways and for different reasons. The termination of the project occurred in two moments: the first, for internal purposes, in 2011, and the second, for external purposes, in 2015, for the purpose of the most emblematic action of the project, the Relatories of the Competitiveness Indexes. It was also identified that the political cycle of the project failed in all the phases analyzed, a situation that, we could say, led to the end of the public policy studied. The contribution of this study lies in the fact that an important topic was discussed, but little discussed in the academic world, which is the termination-extinction of a public policy.

**Keywords:** Political Cycle. Inductor Destinations. Extinction of Public Policies. Public Tourism Policies. Brazil.

## 1 Introducción

Brasil, a través de la Constitución Federal de 1988, establece que la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios deben promover e incentivar el turismo como factor de desarrollo socioeconómico. Siendo, las políticas públicas una de las formas de intervención del Estado, porque buscan incentivar que la actividad turística suceda, sea en el ámbito local, regional o nacional. Partimos del concepto de políticas públicas planteado por Secchi, en el cual, para el autor son directrices creadas con la finalidad de resolver un problema público, entendiéndose por problema público una acción de interés público que beneficie a la sociedad<sup>1</sup>. Así para Beni, la política pública de turismo puede entenderse como:

[...] el conjunto de factores condicionantes y de directrices básicas que expresan los caminos para atender los objetivos globales para el turismo en el país, determinan las prioridades de acción ejecutiva o asistencial del Estado, facilitan la planificación de las empresas del sector de los emprendimientos y las actividades más susceptibles de recibir apoyo estatal<sup>2</sup>.

Así, las políticas públicas pueden ser observadas y analizadas a través de diversos modelos<sup>3</sup>: el modelo del proceso o ciclo político, uno de los más utilizados, pues coloca fases a la “vida” de una política pública, que pueden variar de acuerdo con los diversos autores, en la cual la fase de extinción la última etapa del proceso político, esta etapa propuesta por Lasswell, en 1956, ya que el autor propone siete fases al modelo

<sup>1</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

<sup>2</sup> BENI, Mario. *Análise estrutural do turismo*. São Paulo: SENAC, 1998.

<sup>3</sup> DYE, Thomas. *Understanding public policy*. 12.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008. p. 11-12 cita: las políticas públicas pueden ser examinadas a partir de las perspectivas de los siguientes modelos: Modelo Institucional, Modelo de Proceso, Modelo Racional, Modelo Incremental, Modelo de Grupo, Modelo de Elite, Modelo de Elección Pública, Modelo de la Teoría de los Juegos.

del proceso político<sup>4</sup>, entre ellas, la extinción<sup>5</sup>. Esta etapa ha sido analizada por la academia internacional desde los años 1970, sin embargo, ha sido poco estudiada en los trabajos realizados en Brasil, pues son raras las ocasiones que esta etapa final es presentada en el proceso político, se podría decir como lo afirma Souza y Secchi que ha existido un “olvido” de esa fase. Esta fase es igual de importante como las demás etapas, ya que la extinción puede ser considerada esencial para la toma de futuras decisiones y de la misma manera como sucede con cualquier tipo de organización, las políticas públicas también llegan a su fin, haciéndose necesario comprender los motivos que llevan a ese final<sup>6</sup>.

El gobierno federal brasileño a través del Ministerio de Turismo (MTur) implementó en el año 2008 el Proyecto 65 Destinos Inductores del Desarrollo del Turismo Regional (DIDTR) y, de acuerdo con Souza y Secchi, “los programas son una forma de organizar la estrategia gubernamental para que las políticas públicas sean implementadas”<sup>4</sup>. Y es bajo esa premisa, que el proyecto de los DIDTR, fue una estrategia del gobierno federal para alcanzar el desarrollo regional. Ese proyecto se encontraba dentro del Programa de Regionalización del Turismo (PRT) que, a su vez, era parte de la Política Nacional de Turismo (PNT).

En el año 2007 el gobierno federal definió 65 destinos, pertenecientes a las 59 regiones del turismo en Brasil. Esos destinos buscaban promover el turismo regional y fueron escogidos cubriendo todas las regiones y estados de la federación brasileña, presentes por medio de sus capitales, siendo contemplados, mínimo, por un municipio y máximo representados por cinco municipios. Además, cada municipio debía tener, por lo menos, sus atractivos turísticos calificados y la infraestructura turística básica para recibir a los visitantes<sup>7</sup>. Y, además, el proyecto DIDTR tenía el objetivo de desarrollar el turismo con la finalidad de impulsar el desarrollo regional no solo en el ámbito local. Sin embargo, después de un corto periodo de ejecución y de la inversión de recursos, el proyecto DIDTR había desaparecido, sorprendiendo a muchos de sus participantes: gestores, burócratas, grupos de interés, entre otros. La extinción del proyecto sucedió de forma inesperada, abrupta, sin explicación, una vez que los datos y los hechos que llevaron a esa decisión no fueron claramente informados a los participantes del programa, así como a la sociedad en general.

Considerando que el Gobierno Federal implementó políticas públicas orientadas para el desarrollo turístico regional, se buscó responder a la siguiente pregunta: **¿Cuáles fueron los motivos que llevaron a decidir el fin de la política pública de los destinos inductores de turismo?**

Con la finalidad de elucidar los motivos de la extinción de un programa considerando la importancia de las actividades turísticas, tanto por sus aspectos económico-financieros, como por los socioculturales, la promoción del turismo en Brasil encuentra un ambiente político favorable para su inserción en la agenda gubernamental y políticas públicas han sido creadas con el fin de incentivar el turismo, considerando el medio de promover el desarrollo. El objetivo de la presente investigación fue identificar y analizar los procesos presentes en las fases del ciclo de políticas públicas implicadas en la política de turismo, que llevaron a la extinción del Proyecto 65 DIDTR, del Ministerio de Turismo de Brasil. Esta investigación se cubre de mayor importancia una vez que no existen estudios suficientes que traten la extinción de las políticas públicas en Brasil<sup>8</sup>, siendo una fase del ciclo político que se ha mostrado de poco interés para la academia brasileña.

<sup>4</sup> JANN, Werner; WEGRICH, Kai. Theories of the Public Cycle. In: FISCHER, Frank., MILLER, Gerald, J.; SIDNEY, Mara S. *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods*. Boca Raton: CRC Press, Nueva York, 2007. p. 43 citan “Lasswell introdujo (en 1956) un modelo del proceso de políticas [ciclo político] que consta de siete etapas: inteligencia, promoción, prescripción, invocación, solicitud, terminación y evaluación.

<sup>5</sup> JANN, Werner; WEGRICH, Kai. Theories of the Public Cycle. In: FISCHER, Frank., MILLER, Gerald, J.; SIDNEY, Mara S. *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods*. Boca Raton: CRC Press, Nueva York, 2007. p. 43-62.

<sup>6</sup> SOUZA, Yalle Hugo de; SECCHI, Leonardo. Extinção de políticas públicas. Síntese teórica sobre a fase esquecida do policy cycle. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 20, n. 66, 2015. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/39619/52574>. Acceso el: 29 abr. 2017.

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Estudo de competitividade dos 65 destinos indutores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2008*. Brasília: MTur, 2008.

<sup>8</sup> Después de las búsquedas en las bases científicas Spell (Scientific Periodicals Electronic Library) y Scielo (Scientific Electronic Library Online) que son repositorios de artículos científicos, fue encontrado solamente un artículo científico que aborde el tema de

Además de esta introducción, éste artículo fue organizado en cuatro secciones más, en la segunda se trae el referencial teórico, en seguida son presentados los procedimientos metodológicos, en la cuarta sección son presentados y discutidos los principales resultados, finalizando con las conclusiones.

## 2 Referencial Teórico

En esta fundamentación teórica fueron abordados, el tópico de las Políticas Públicas de Turismo (PPT) y su relación con el ciclo político, después se profundizó en la fase de Extinción.

### 2.1 Políticas públicas y el ciclo político

Para Rúa “la política consiste en el conjunto de procedimientos formales e informales que expresan relaciones de poder y que se destinan a la resolución pacífica de los conflictos con relación a los bienes públicos”<sup>9</sup>, resolviendo problemas de carácter público.

Además, las políticas públicas constituyen no solo las acciones que el gobierno decide hacer, sino también, lo que el gobierno no hace, es decir existe la percepción de un problema público, entra en la agenda del gobierno, sin embargo, no avanza por alguna razón para la formulación como política, no existiendo una decisión positiva para dar continuidad y avanzar a la formulación de la política pública.

A partir de esas definiciones, los objetivos de las políticas públicas de turismo buscan el bienestar de la población local y de los turistas, generando empleos y divisas, preservando y conservando los lugares turísticos, al buscar inducir la protección y seguridad de turistas y de la población, pues van a reflejar en el desarrollo de las localidades, regiones y naciones<sup>10</sup>.

Para que esos objetivos presentados por el referido autor puedan ser alcanzados, es necesario que el Estado intervenga con políticas públicas, que, generalmente, poseen un ciclo de vida, “el ciclo de políticas públicas es un esquema de visualización e interpretación que organiza la vida de una política pública en fases secuenciales e interdependientes”. Aunque, no siempre, sea fácil observar esas fases claramente en las políticas públicas, pues, en la práctica, las políticas públicas no se presentan en un orden específico<sup>11</sup>.

El modelo del ciclo político, que en esta investigación orienta al análisis de la extinción del proyecto 65 DIDTR, busca identificar como tales procesos se dan a partir del comportamiento de los actores políticos, burócratas, grupos de interés, etc. El ciclo de vida de una política pública se encuentra dividido en fases. A partir de la propuesta de Lasswell en 1956, autores como Saravia, Souza y Frey, identificaron varias fases y, en el caso de esta investigación, la orientación se dio a partir de las fases desarrolladas por Secchi, que propone siete fases, que son: 1. Identificación del problema; 2. Formación de la agenda; 3. Formulación de las alternativas; 4. Toma de Decisión; 5. Implementación; 6. Evaluación; y 7. Extinción, aunque las políticas públicas no sigan, necesariamente, ese orden específico, ni cumplan todas las fases y algunas, inclusive, no concluyan el *policy cycle*. Se observa que existen autores que difieren en una o más etapas, sin embargo, la mayoría de ellos coinciden con las fases de Agenda, Implementación y Evaluación, del ciclo político.

La fase de Identificación del problema, según Sijoblom está relacionada con el problema público bajo la percepción de los autores involucrados, considerada una fase importante, pues, si el problema no se encuen-

---

los posibles motivos para la extinción de las políticas públicas.

<sup>9</sup> RUA, María. Graças. das: Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria. Graças. das; CARVALHO, Maria Izabel de. (org). *O estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: paralelo 15, 1998.

<sup>10</sup> SCOTT, Noel. *Tourism Policy: A Strategic Review*. Oxford: Goodfellow, 2011.

<sup>11</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

tra correctamente identificado, difícilmente, ese problema será resuelto<sup>12</sup>. Además, los problemas públicos, una vez identificados, pueden dar origen a la acción de los poderes públicos. Entonces, esos problemas son suficientemente relevantes para ser considerados “problemas” por las autoridades públicas y, por lo tanto, capaces de formar parte del programa o agenda de esos mismos poderes públicos<sup>13</sup>.

La Formación de la Agenda es cuando se decide si el problema realmente va a ser incluido en la política, ya que también puede ser excluido o pospuesto, eso va a depender de la importancia del problema e inclusive de las presiones para resolver ese problema<sup>14</sup>. En la fase de Formulación de alternativas son elaboradas las estrategias, métodos y acciones que se llevarán a cabo, con el intento de alcanzar los objetivos planeados, donde se va escoger la alternativa más apropiada que resuelva el problema público<sup>12</sup>. Aún sobre la definición de la agenda, el papel de los gestores que, según los autores, viene siendo “frecuentemente subestimado” en esta área, considerando que los gestores públicos están en posición “privilegiada” para “identificar las cuestiones de políticas emergentes por medio de los programas que ellos dirigen y de las personas que sirven” [...] <sup>15</sup>.

La Toma de decisión sucede cuando se va escoger entre las alternativas la más viable, tanto en términos económicos como de sostenibilidad, escogiendo la mejor posible<sup>16</sup>. Una vez escogida la alternativa, en la visión de los tomadores de decisión, ahora se va poner en práctica en la fase de la Implementación, que es cuando los planes, programas y proyectos elaborados van a ser probados en su ambiente, esperando resolver el problema que generó la intervención<sup>17</sup>.

Considerando que la toma de decisión involucra también a los gestores públicos, estos pueden estar en diversas funciones, dependiendo de la posición ocupada en la organización en que trabajan, consideran los diversos gestores, de los que ocupan niveles elevados y dividen la responsabilidad de la toma de decisión con los líderes políticos, hasta aquellos responsables por divisiones o departamentos, en sus diversos niveles<sup>17</sup>.

La implementación de políticas públicas constituye una actividad fundamental es ahí donde las actividades planificadas serán ejecutadas y, en ese proceso, los gestores públicos desempeñan un papel central<sup>17</sup>. Varios investigadores realizaron estudios sobre la implementación de políticas públicas, destacando los abordajes: *Top-Down* (como los de Pressman y Widavsky, en 1973; Bradach, en 1977); *Bottom-Up* (como los de Van Meter y Van Horn, en 1975; Mazmanian y Sabatier, en 1983). Particularmente se destacan los estudios de Lipsky, en 1971 y 1980, abordando las estrategias diarias de solución de problemas de los burócratas a nivel de calle<sup>18</sup>.

En la Evaluación de una política pública son analizados los efectos de los programas, con la finalidad de conocer los resultados alcanzados, así como los no esperados e identificar si los objetivos propuestos fueron cumplidos<sup>19</sup>. Por lo tanto, la evaluación constituye un instrumento que busca mejorar el proceso de toma de decisiones, permitiendo a los involucrados tomar conocimiento de los resultados, y esa información puede ser utilizada con la finalidad de detectar fallas y hacer las correcciones necesarias, es decir, permite que la toma de decisiones suceda en el momento correcto y fundamentada en los resultados de las evaluaciones realizadas<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v. 21, p. 211-259, 2009.

<sup>13</sup> SUBIRATS, Joan. *Análisis de Políticas Públicas y Eficacia de la Administración*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1989.

<sup>14</sup> FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v. 21, p. 211-259, 2009.

<sup>15</sup> XUN, Wu; RAMESH, M; HOWLETT, Michael; FRITZEN, Scott. *Guia de políticas públicas: gerenciando processos*. Traduzido por Ricardo Avelar de Souza. Brasília: Enap, 2014.

<sup>16</sup> SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

<sup>17</sup> SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da Política Pública. In: SARAIVA, Enrique; FERREREZI, Elisabete. (org.) *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 2.

<sup>18</sup> PÜLZL, Helga; TREIB, Oliver. Implementing Public Policy In: FISHER, Frank; MILLER, Gerald. J.; SIDNEY, Mara. S. *Handbook of public policy analysis: Theory, politics, and methods*. Boca Raton: CRC Press., 2007. p. 43-62.

<sup>19</sup> FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v. 21, p. 211-259, 2009. p. 214

<sup>20</sup> ALA-HARJA, Marjukka; HELGASON, Sigurdur. Em direção às melhores práticas de avaliação. *Revista do Serviço Público*, Brasília,

Según la literatura Ortegon; Pacheco; Prieto<sup>21</sup>, y Morra-Imas; Rist<sup>22</sup>, existen dos tipos de evaluación: la formativa y la sumativa. La evaluación formativa permite realizar cambios durante el ciclo político buscando mejorar los resultados, orientándose a mejorar el proyecto, programa o política. Por su parte, la evaluación sumativa puede ocurrir en cualquier momento de la vida de la política, inclusive después de su implementación o conclusión, llamada también evaluación ex-post o de impacto. Principalmente utilizada con la finalidad de identificar los resultados (*outputs*) y los efectos (*outcomes*) dejados por el programa. Y, en caso de resultados negativos, puede ser útil como aprendizaje para evitar cometer los mismos errores en los proyectos, programas y políticas futuras.

Además, la evaluación de una política pública es fundamental para que el proceso de toma de decisiones ocurra, basado en las informaciones generadas por las evaluaciones que permitan decidir sobre la continuidad, o de ser el caso, decidir la extinción de la misma<sup>4</sup>.

## 2.2 Extinción de Políticas Públicas

Existen diversos motivos para que un gobierno decida que una política pública debe terminar, existen dos posibilidades para ese final. El primer motivo se refiere a la percepción de que el problema público que llevó a la creación de la política fue resuelto. El segundo sucede cuando la percepción del problema aumentó, aun estando en implementación la política, haciendo con que su continuidad sea insostenible. Sin embargo, según el autor “la etapa de la extinción puede ser tratada como un fin y un inicio – un fin para un programa que cumplió su propósito, y un comienzo para corregir una política o un conjunto de programas fallidos”<sup>23</sup>.

Los principales motivos que pueden influenciar la decisión de los gobiernos para extinguir una política pública, son las razones relativas al problema, a la solución y al ambiente político (Cuadro 1).

Cuadro 1. Razones y percepciones para la extinción de una política pública

RAZONES PARA LA EXTINCIÓN	PERCEPCIONES
Razones relativas al problema	Problema resuelto
	Problema agrabado
	Disminución en la Atención al problema
	Cambio en el entendimiento de la naturaleza del problema
Razones relativas a la solución	Política Pública Ineficaz
	Política Pública Eficaz
	Política Pública con plazo expirado
	Política Pública substituída
	Política pública incorporada
Razones relativas al ambiente político	Presión de los medios y de la opinión pública
	Cambio en la administración y en el Gobierno
	Ideología Política
	Cuestiones financieras
	Eficiencia organizacional

Fuente: Elaboración nuestra. Adaptado de Souza y Secchi (2015: 2).

v. 51, n. 4, p. 5-60, 2000.

<sup>21</sup> ORTEGÓN, Edgar; PACHECO, Juan Francisco; PRIETO, Adriana. *Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas*. Santiago: Cepal, 2005. p. 124. Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/>. Acceso el: 29 abr. 2017.

<sup>22</sup> MORRA IMAS, Linda G.; RIST, Ray. *The road to results: Designing and conducting effective development evaluations*. The World Bank, 2009.

<sup>23</sup> DELEON, Peter. Public policy termination: an end and a beginning. *Public Analysis*, v. 6, n. 1, p. 01-38, 1977.

No siempre, extinguir una política pública es fácil, ya que existen algunos obstáculos, inclusive la legislación, que puede llegar hasta prohibir la extinción. Entre ellos, se destacan: renuencia intelectual, permanencia institucional, coaliciones anti extinción, complejidad y costos iniciales elevados<sup>24</sup>.

### 3 Procedimientos Metodológicos

En esta sección son presentados los procedimientos metodológicos para la colecta y análisis de los datos. La finalidad de la investigación fue identificar y comprender los procesos que llevaron a la extinción del Proyecto 65 DIIDTR del Ministerio de Turismo Brasileño.

Para alcanzar el objetivo propuesto, se realizó un estudio de carácter descriptivo, con un abordaje cualitativo, la investigación cualitativa ha ganado un lugar entre diversas opciones para el estudio que implica a las personas y sus relaciones sociales que suceden en varios ambientes<sup>25</sup>.

Se consideró para el análisis del proyecto de los DIDTR los años de 2008 hasta 2015, periodo en que el proyecto de los DIDTR estuvo en fase de implementación.

La colecta de datos se dio por medio de datos primarios, a través de entrevistas que seguían un guion semiestructurado, con actores del área de turismo del Gobierno Federal, específicamente funcionarios del MTur, y los actores, tanto del sector público como de la iniciativa privada, involucrados con la actividad turística en los cuatro destinos inductores del estado de Minas Gerais, constituidos por las ciudades: Belo Horizonte, Diamantina, Ouro Preto y Tiradentes, como presentado en el Cuadro 2. A los entrevistados fueron atribuidos códigos, para preservar su identidad.

Cuadro 2. Entidades y sujetos objetivo de la colecta de datos

Nivel Federal		
Unión	Entidades	Códigos
<b>Ministerio de Turismo</b>	Burócrata Líder	E13
	Burócrata Líder	E14
	Burócrata Técnico	E15
	Burócrata Técnico	E16
	Burócrata Técnico	E17
	Burócrata Líder	E18
Nivel municipal		
Municipios	Entidades	Códigos
<b>Belo Horizonte</b>	Gestor Burócrata Técnico - Belotur	E1
	Técnico del Sector Privado - Belo Horizonte Convention & Visitors Bureau.	E11
<b>Diamantina</b>	Gestor del Sector Privado - Circuito de los Diamantés	E2
	Burócrata Técnico - Secretaria Municipal de Turismo	E3
<b>Ouro Preto</b>	Burócrata Técnico - Secretaria Municipal de Turismo	E4
	Gestor del Sector Privado - Ouro Preto y Circuito del Ouro Convention & Visitors Bureau	E5
	Burócrata Técnico – Asociación del Circuito del Ouro	E10
	Político Parlamentar	E12

<sup>24</sup> MORRA IMAS, Linda G.; RIST, Ray. *The road to results: Designing and conducting effective development evaluations*. The World Bank, 2009. p.5.

<sup>25</sup> GODOY, Arilda Schmidt. Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais. *Revista de Administração de empresas*, v. 35, n. 3, p. 20-29, 1995.

<b>Tiradentes</b>	Gestor del Sector Privado - Asociación Empresarial de Tiradentes (ASSET)	E6
	Gestor del Sector Privado - Circuito Turístico Senderos de los Inconfidentes	E7
	Gestor del Sector Privado - Instituto Histórico y Geográfico de Tiradentes	E8
	Gestor Burocrata Líder - Secretaría de Turismo y Cultura de Tiradentes	E9

Fuente: Elaboración propia.

Los datos secundarios fueron obtenidos a través de publicaciones sobre el tema de interés y de los informes disponibles en los sitios oficiales del Ministerio de Turismo, como: Estudios e Índices de Competitividad de los cuatro destinos en estudio en esta investigación desde el año 2008 hasta el año 2015, Evaluación del Programa de Regionalización del Turismo del año 2010, Manual sobre la Categorización de los Municipios del Mapa de Turismo Brasileño, año 2016.

Los datos primarios y secundarios fueron analizados considerando cinco fases del ciclo político, las primeras cuatro fases – 1. Identificación del Problema, 2. Agenda y 3. Formulación e Implementación y 4. Monitoreo y Evaluación, fueron agrupadas así en función de la colecta de los datos, las categorías de análisis - fueron utilizadas las declaraciones de los entrevistados en el nivel federal, específicamente, del MTur, pues para fines de esta investigación, esas fases están relacionadas con la institución como formuladora e implementadora de la política pública de Turismo objeto de este estudio.

Además de las entrevistas en el MTur, en la quinta fase, la extinción, fueron analizadas las declaraciones de los actores públicos y privados de los cuatro destinos inductores mineros: Belo Horizonte, Diamantina, Ouro Preto y Tiradentes, y, así, analizadas las razones para la extinción.

## 4 Resultados y Discusión

A partir de las fuentes consultadas y de los resultados obtenidos tanto en los datos documentales como en las entrevistas realizadas, fue posible identificar en este artículo, cinco fases, del proyecto 65 DIDTR buscando cumplir con los objetivos propuestos, las fases fueron 1. Identificación del Problema, 2. Agenda y Formulación de la Política Pública, 3. Implementación, 4. Monitoreo y Evaluación y 5. Extinción, que en este caso se dio de manera interna y externa, como presentada en la Figura 1.

Figura 1. Fases del ciclo político del proyecto didtr



Fuente: Elaboración nuestra.

A continuación, se presentan y analizan cada una de las fases del ciclo o proceso político del proyecto DIDTR.

#### 4.1 Identificación del problema

El proyecto 65 DIDTR, surgió como una estrategia para el cumplimiento de las metas del Programa de Regionalización del Turismo y del Plan Nacional de Turismo<sup>26</sup>. El proyecto DIDTR buscaba que la actividad turística sea competitiva y cumpla con los Padrones de Calidad Internacional, que buscaban ser trabajados en los destinos seleccionados como inductores hasta el año 2010. Y, esa calidad, estaba basada en normas internacionales y los destinos debían ayudar a desarrollar la actividad turística en el nivel regional, es decir, no solo en las ciudades destinos<sup>27</sup>.

La identificación del problema es una etapa crucial para el éxito de la futura política pública a implementar, siendo así, un problema público sería la relación entre la situación real y la situación ideal a alcanzar con la política pública<sup>28</sup>.

Identificando como problema la falta de desarrollo turístico, por el hecho de que los destinos no estaban certificados con el Padrón de Calidad Internacional. El problema surgió, según el entrevistado E16, “no como problema público, sino más bien por la necesidad de asignar recursos de enmiendas parlamentarias”. Así, en la visión de los entrevistados E14 y E15 el proyecto DIDTR surgió para potenciar algunos destinos (65) preparando esos territorios para los eventos internacionales que sucederían en Brasil en los años 2014, la Copa del Mundo y 2016, las Olimpiadas. Ya los Padrones de Calidad Internacional, según los entrevistados E15 y E18, quedaron solamente en el discurso, pues no fueron definidos, por lo menos en el MTur. Para el entrevistado E15 esos padrones buscaban aumentar el número de turistas extranjeros, sin embargo, también afirmó no conocer cuáles serían los padrones específicos.

Es posible identificar a partir de esas declaraciones, que existió una mala definición del problema público, cuando una política no es diseñada adecuadamente, puede llevar a soluciones equivocadas, de ahí la importancia de una correcta definición de los problemas que conllevan a la creación de las políticas públicas<sup>29</sup>. Cabe mencionar que en la visión del entrevistado E16 el proyecto DIDTR fue creado con la finalidad de asignar los recursos de enmiendas parlamentarias en proyectos del Programa de Regionalización de Turismo, y considera que “no fue el gran problema público que buscaba ser resuelto, sino la gran oportunidad de asignar los recursos provenientes de enmiendas parlamentarias, entrando de esa forma en la agenda del gobierno federal. Esta decisión surge más como fruto de la acción de un grupo de interés, que se materializó por la creación del Proyecto que se presentó en este caso específico de los destinos inductores, de acuerdo con Xun “políticas públicas decididas en la esfera política son frecuentemente amplias, dejando detalles cruciales a ser trabajados por los agentes públicos”<sup>30</sup>. Por lo tanto, según el entrevistado E16, la solución estuvo primero, los recursos estaban disponibles, antes mismo de haberse identificado el problema (oportunismo político), revelándose una disfunción de la administración pública para asignar recursos.

Así, “el reconocimiento y la definición de los problemas afectan los resultados de la agenda”<sup>31</sup>, es decir,

<sup>26</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Índice de competitividade do turismo nacional: destinos inductores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2013*. Brasília: MTur, 2013.

<sup>27</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Estudo de competitividade dos 65 destinos inductores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2008*. Brasília: MTur, 2008. p. 2.

<sup>28</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p.3.

<sup>29</sup> FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v. 21, p. 211-259, 2009. p.4.

<sup>30</sup> FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v. 21, p. 211-259, 2009. p. 4.

<sup>31</sup> SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, n. 16, p. 20-45, 2006. Disponible en <http://www.sci->



si un problema no es identificado y definido correctamente existe la posibilidad de afectar a las demás etapas del ciclo político y podría terminar no llegando a la agenda de decisión del gobierno. En el caso del proyecto DIDTR como la decisión sobre su elaboración e implementación fue identificada de manera *top down*, que apareció en el MTur, como una decisión política, en la cual los *policy makers*, que hacen la política pública, podrían haberla tomado por diversos motivos, pero no porque se tratase de una respuesta a una demanda colectiva. Así, se podría suponer que había intereses políticos o presiones de los stakeholders, que llevaron a la asignación de los recursos por medio de enmiendas parlamentarias.

## 4.2 Agenda y Formulación de la Política

Con la creación del Ministerio de Turismo en el año 2003, el Gobierno otorgó el reconocimiento y la importancia que el turismo tiene para la economía y fue a través de las políticas públicas que el gobierno federal buscaba el desarrollo de la actividad turística en Brasil. El primer Plan Nacional de Turismo 2003-2007, lanzado en abril del año 2003, fue creado con la finalidad de desarrollar el turismo con calidad y diversidad, ya sea regional, cultural y natural que Brasil posee<sup>32</sup>.

En esta fase, son propuestos por los actores involucrados, los objetivos y metas, concordando con los resultados que desean alcanzar a través de las políticas públicas. En ese sentido, se tenía como meta que 15 de esos destinos cumplan con el padrón de calidad internacional hasta finales de 2008 y los 50 restantes hasta final del 2010<sup>33</sup>. Aunque, se presume que esas metas no fueron alcanzadas o, por lo menos, no existen registros que permitan identificar lo que sucedió. Si los objetivos son más concretos, es más fácil medir la eficacia de la política pública<sup>34</sup>, pero en el caso del proyecto DIDTR no habían sido definidos, por lo menos no divulgados, cuáles eran los padrones de calidad internacional a ser adoptados, también según las declaraciones de los entrevistados, no hubo ningún análisis en el MTur que permita identificar si esos objetivos fueron alcanzados. Es importante comprender, o establecer, como los programas funcionan<sup>35</sup>. Según la autora, la teoría del programa identifica los recursos del programa, sus actividades, los objetivos y resultados deseados (*program outcomes*), y establece una cadena causal de supuestos que enlazan los recursos del programa, las actividades, los resultados intermedios, y los objetivos finales. Lo que no fue identificado para el Proyecto 65 DIDTR.

Según lo divulgado por el Ministerio de Turismo, la elección de esos 65 destinos se dio a partir de un trabajo planificado

La propuesta y el número no fueron escogidos al azar. Partieron de un trabajo anterior, enfocado en el turismo regionalizado y fortalecido por la gestión descentralizada y participativa de la Política Nacional de Turismo, el Programa de Regionalización del Turismo — Itinerarios de Brasil. Esa acción ya establecía la estructuración de itinerarios en las regiones turísticas brasileñas, con base en los principios de la cooperación, integración y sustentabilidad ambiental, económica, sociocultural y político-institucional<sup>36</sup>.

Fue en 2007, con el lanzamiento del segundo Plan Nacional de Turismo 2007-2010 – Un viaje de Inclusión, que en el Programa de Regionalización del Turismo fue incluido el Proyecto 65 Destinos Inductores

elo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso Acceso el: 13 Mar. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>

<sup>32</sup> HENZ, Aline Patrícia; CRUZ, Jessica da Silva. Qualidade em destinos indutores: Análise dos serviços e equipamentos turísticos de Foz do Iguaçu/PR. *Caderno Estudos e Investigações do Turismo*, Curitiba, v. 4, n. 4, p. 77-98, jan./jun. 2015.

<sup>7</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

<sup>33</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Estudo de competitividade dos 65 destinos indutores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2008*. Brasília: MTur, 2008.

<sup>34</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

<sup>35</sup> WEISS, Carol. H. *Evaluation: Methods for studying programs and policies*. 2. ed. São Paulo: Prentice Hall, 1998.

<sup>36</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Estudo de competitividade dos 65 destinos indutores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2008*. Brasília: MTur, 2008.

del Desarrollo Turístico Regional<sup>37</sup>. Esos destinos tenían como finalidad inducir el desarrollo en las regiones a las cuales pertenecen, teniendo como socios del Ministerio de Turismo (MTur) al Servicio de Apoyo a las Micro y Pequeñas Empresas (SEBRAE) y a la Fundación Getúlio Vargas (FGV), para planificar los destinos y, principalmente, cumplir con la Certificación de Calidad Internacional.

El proyecto de los destinos inductores para el entrevistado E13 “fue un avance, porque fueron los estados que indicaron cuales municipios irían a participar en los destinos y existieron criterios para que ellos fuesen escogidos, entonces, creo que hubo un desarrollo”. En esa fase fue posible identificar que, desde el inicio, el proyecto de los 65 DIDTR ya presentaba fragilidades, que podrían haber sido corregidas en su ejecución, pues según las declaraciones de los entrevistados E13, E16 y E17 las principales fallas del proyecto fueron en la elección de esos 65 destinos, ya que no fue una elección técnica, sino política, no siendo una muestra representativa de los municipios turísticos de Brasil. Para ser escogidos, los municipios debían cumplir con algunos requisitos, entre ellos, poseer mínimamente la infraestructura turística necesaria para recibir a los turistas. Existiendo así, opiniones divergentes dentro de la institución formuladora de la política, el MTur, con relación a la elección de esos municipios.

En ese sentido, el entrevistado E16 considera que hasta hoy, algunos de esos destinos todavía no atienden a ese requisito, haciendo con que sea cuestionable esa elección. Sin embargo, el entrevistado E18 considera que no era posible trabajar con una muestra mayor de municipios y esa elección se dio en función de la capacidad de inducción turística de esos 65 municipios.

De acuerdo con la teoría sobre formulación de políticas públicas, esa fase busca soluciones para un problema público y que ellas sean viables operacionalmente en la fase de implementación, se percibió de acuerdo con los entrevistados que eso de hecho no sucedió. También, fue posible identificar que no había un problema claramente identificado o, si fue identificado, no fue definido ni llevado para los destinos de forma correcta, pues como sucede con la mayoría de las políticas públicas, fue una decisión *top down*, siendo una cuestión política de necesidad de asignar recursos vía enmiendas parlamentarias. En la literatura Howlett et al.<sup>38</sup> analizó las etapas del proceso de políticas y las fallas de políticas asociadas, destacando en la etapa de Establecimiento de Agenda los gobiernos que establecen o acuerdan establecer agendas políticas sobrecargadas o inalcanzables. Y en la formulación de políticas, intentar abordar problemas perversos sin investigar, o investigar adecuadamente las causas del problema o los efectos probables de las alternativas políticas.

Aunque hubiesen sido utilizados instrumentos técnicos de divulgación de la política por el Gobierno Federal, a través del MTur, específicamente, fueron realizadas capacitaciones técnicas en los destinos inductores, tratando de compartir los objetivos del proyecto además de asegurar que los gestores estuvieran capacitados para su gestión y, así, promover el desarrollo turístico. Además, el proyecto de los destinos inductores no tenía un instrumento normativo legal que lo amparase, constituyendo una barrera institucional importante para el proyecto en estudio.

### 4.3 Implementación

La implementación del Proyecto DIDTR, estuvo a cargo del Ministerio de Turismo y el objetivo principal del proyecto era que los actores (públicos y privados), los actores del área de turismo de cada municipio, fueran capacitados para la gestión de la actividad, mejorando sus conocimientos sobre planificación estratégica, buscaban fortalecer la gobernanza y la relación con otros destinos de las regiones en que están inseridos<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Avaliação do Programa de Regionalização do Turismo: Roteiros do Brasil*. Brasília: MTur, 2010.

<sup>38</sup> HOWLETT, M.; RAMESH, M.; WU, XUN. Understanding the persistence of policy failures: The role of politics, governance and uncertainty. *Public Policy and Administration*. v. 30, n. 3-4, p. 209-220, 2015. DOI:10.1177/0952076715593139.

<sup>39</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Índice de competitividade do turismo nacional: destinos inductores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2013*. Brasília: MTur, 2013. p. 6.

La implementación del proyecto DIDTR ocurrió por medio de: 1. Elaboración del Índice de Competitividad; 2. Gestión de los Destinos; y 3. Sistema de Gestión - SG65. Sin duda, la acción más visible y que fue cumplida lo más cercano de lo panificado fue el levantamiento de las informaciones para la elaboración del índice de competitividad nacional. Se pretendía, que con la definición de los padrones de calidad y la calificación que los municipios inductores tuvieran prioridad en el recibimiento de las inversiones, tanto técnicas como financieras del Ministerio de Turismo. Sin embargo, las acciones quedaron restringidas solo a capacitación e investigación.

Por lo tanto, de acuerdo con la declaración del entrevistado E18, “la priorización de las inversiones para los 65 destinos fue otro hecho que quedó solo en el papel”, pues, el proyecto DIDTR rezaba que esa priorización sucedería, pero, contrariamente, no ocurrió. Sin embargo, según el entrevistado E13, si existió una priorización para esos destinos, aunque no sea solo de recursos financieros y, si, técnicos.

Incluso aunque, esos municipios tenían la responsabilidad de “inducir” el desarrollo no solo de sus ciudades, es decir, deberían incluir en sus itinerarios turísticos los atractivos de las regiones a las cuales pertenecen<sup>40</sup>. Además, como ya fue apuntado en las fases anteriores, el padrón de calidad a ser seguido no fue definido, por lo tanto, no podría haber sido cumplido.

Así, en la primera etapa, la elaboración del índice de competitividad elaborado por la Fundación Getúlio Vargas (FGV) y sus informaciones funcionaron como una herramienta para que los gestores municipales y del MTur pudieran tener datos actualizados de los indicadores, de los índices y su evolución, ya que el estudio fue realizado casi todos los años en que el proyecto se encontraba en fase de Implementación, como será profundizado y analizado en la siguiente fase, Monitoreo y Evaluación.

Los instrumentos de políticas públicas constituyen los medios que se tiene disponible, con la finalidad de transformar en acciones las intenciones<sup>41</sup>. En el caso de los DIDTR, existieron destinos que avanzaron sus calificaciones y mejoraron sus niveles de competitividad. Para el entrevistado E14, los destinos que sobresalían en las trece dimensiones analizadas, eran premiados las dimensiones analizadas eran: 1. Infraestructura general; 2. Acceso; 3. Servicios y equipamientos turísticos; 4. Atractivos turísticos; 5. Marketing y promoción del destino; 6. Políticas públicas; 7. Cooperación regional; 8. Monitoreo; 9. Economía local; 10. Capacidad empresarial; 11. Aspectos sociales; 12. Aspectos ambientales; y 13. Aspectos culturales, cada una de esas dimensiones fue analizada en los 65 DIDTR y divulgadas a través de los estudios de competitividad. Los mejores destinos colocados según los niveles de competitividad eran premiados, esa premiación fue según el entrevistado E14 “una de las formas que se tenía que el destino buscara mejorar, esa premiación, generalmente, ocurría al final del año, la premiación ocurrió hasta el 2015”. Ese reconocimiento, entonces, podría ser considerado como un instrumento para que los municipios busquen mejorar su desempeño en las diferentes dimensiones y variables analizadas y, consecuentemente, ser mejor evaluados.

De acuerdo con los resultados de la investigación en campo, fue posible identificar que solo existen los datos provenientes de los estudios de competitividad, de las otras dos acciones, como la Gestión de los destinos y el Sistema de Gestión-SG65 no existen datos que permitan identificar si fueron implementados programas enfocados en la competitividad o si fueron debidamente ingresadas las informaciones por parte de los 65 destinos inductores.

En teoría, la Implementación de Políticas falla en no aborda los problemas de implementación, incluida la falta de financiamiento, cuestiones de legitimidad, problemas agente-principal, fallas de supervisión y otros<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Estudo de competitividade dos 65 destinos inductores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2008*. Brasília: MTur, 2008.

<sup>41</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

<sup>42</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Índice de competitividade do turismo nacional: destinos inductores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2015*. Brasília: MTur, 2015.

Fueron identificadas varias barreras en la implementación del proyecto DIDTR, existen, principalmente barreras políticas, como débiles incentivos para que los municipios alcancen los objetivos propuestos; barreras de competencia analítica, como mala concepción de la política por cuenta de fragilidades no solucionadas en su formulación; fallas de la capacidad operacional, con limitados recursos, mala gestión; o capacidad de coordinación con los socios involucrados en el proyecto DIDTR y falta de claridad como evidenciado desde el diseño de la política<sup>43</sup>.

#### 4.4 Monitoreo y Evaluación

El Proyecto de los DIDTR fue monitoreado de dos maneras, a través del Sistema de Gestión-SG65, mediante el cual el MTur podría haber dado seguimiento a la Gestión de los municipios y, la segunda manera, a través de los Informes presentados por los Estudios de Competitividad. El entrevistado E15 considera que no fue realizado ningún monitoreo, a través de ese sistema SG65, mientras el entrevistado E18 señala que “el MTur si monitoreaba, a través de ese sistema, las acciones que estaban siendo realizadas por cada uno de esos 65 municipios”, aunque para los entrevistados E15 y E18, el sistema fue subutilizado. El entrevistado E14 acrecentó que el “MTur no monitoreo nada, pues los municipios no ingresaban las informaciones necesarias para que de hecho ese seguimiento suceda”.

Sin embargo, el monitoreo a través de los Informes de los Estudios de Competitividad, realizados por medio de investigaciones que analizaban y evaluaban algunas dimensiones con sus indicadores, fue la actividad que, se puede considerar, se aproximó más a un Monitoreo. En ese sentido, para la elaboración de la herramienta de monitoreo, el Índice de Competitividad, metodología utilizada por la FGV para el levantamiento de las informaciones para de los índices de competitividad, cubriendo las 13 dimensiones ya mencionadas. Los municipios fueron calificados con el peso atribuido para las dimensiones y sus respectivas variables y, de esa forma, fueron generados los índices para cada dimensión. Los resultados de las 13 dimensiones<sup>44</sup> fueron clasificados en cinco niveles, colocados en una escala de 0 a 100<sup>45</sup>.

Esos estudios fueron realizados todos los años en el periodo 2008-2015 con excepción del año 2012, y los entrevistados E13, E14, E15 y E17 afirman, de forma unánime, que los estudios de competitividad fueron la manera más efectiva de monitorear las acciones realizadas por cada municipio inductor. Ese seguimiento fue realizado en los años 2008 y 2009 bajo el nombre de Estudio de Competitividad de los 65 Destinos Inductores del Desarrollo Turístico Regional, ya en los años 2010, 2011 y 2013 con el nombre Índice de Competitividad del Turismo Nacional, 65 Destinos Inductores del Desarrollo Turístico Regional, Informe Brasil. En el año 2011, algunos socios estratégicos del MTur, presentaron dificultades según declaración del entrevistado E14, dos de esos pilares, en la forma de asociaciones con entidades privadas sin fines de lucro, presentaron problemas serios relacionados, principalmente, con la corrupción y un supuesto desvío de dinero, considera que:

[...] cuando en 2011 el Ministerio pasó por el **problema de la Voucher**<sup>46</sup>, esos pilares no fueron renovados, **no se renovaron esos proyectos**, entonces se comenzó a trabajar, el trabajo que era

<sup>43</sup> FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v. 21, p. 211-259, 2009.

<sup>44</sup> BRASIL. Ministério do Turismo. *Índice de competitividade do turismo nacional: destinos indutores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2015*. Brasília: MTur, 2015.

<sup>45</sup> Para efectos de los análisis, los resultados obtenidos por las dimensiones de los Estudios de Competitividad, fueron divididos en 5 niveles: Nivel 1: de 0 a 20; Nivel 2: de 21 a 40; Nivel 3: de 41 a 60; Nivel 4: de 61 a 80 y Nivel 5: de 81 a 100. BRASIL. Ministério do Turismo. *Índice de competitividade do turismo nacional: destinos indutores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2015*. Brasília: MTur, 2015.

<sup>46</sup> Operación Voucher, tenía el objetivo de combatir el desvío de recursos que serían realizados por medio de enmiendas parlamentarias. Esa operación fue comandada por la Policía Federal, que resultó en la detención del Secretario Ejecutivo de Turismo (número dos del Ministerio), el Secretario Nacional de Desarrollo de Programas de Turismo y otros funcionarios del Ministerio. ENTENDA a Operação Voucher, da PF, que prendeu o número 2 do Turismo. Disponible en <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/08/entenda-operacao-voucher-da-pf-que-prendeu-o-numero-2-do-turismo.html>. Acceso el: 6 dic. 2017.

realizado en campo y dejó de ser realizado [...] y el segundo es que no se invirtió en los destinos como se imaginó que se invertiría, entonces debería haberse tenido realmente una priorización de esos destinos, fueron seleccionados como inductores y se entendió que tenían esa capacidad, entonces ahí tiene dos figuras, destinos que son pocos, entre **los 65 que no tenían esa capacidad de inducción** y la mayor parte de la inversión del gobierno federal, no solo del Ministerio de Turismo, sino del gobierno federal como un todo, quedando en el discurso, en el papel no fueron priorizados.

En concordancia con el referido evento, el entrevistado E17 considera que, “el motivo por el cual en el año 2012 no fue realizado el estudio de competitividad fue la Operación Voucher entonces, tuvimos una operación de la policía federal, que frenó la celebración de contratos aquí, en aquel año, para los contratos en el año 2012, fue por una cuestión interna”.

Silva y Costa en su investigación sobre el tema de la Operación Voucher, señalan que la operación dejó en evidencia una de las mayores crisis dentro del dejando al descubierto fallas, principalmente en el control de los procesos realizados por la Institución<sup>47</sup>.

De la misma forma, el Entrevistado E18 declara que los motivos fueron principalmente, el cambio de la gestión y las denuncias de corrupción dentro del MTur, presentado así, los motivos para que, en el año 2012, no fuera realizado el índice de competitividad:

[...] la verdad, sucedió, una **interrupción en la Gestión**, entonces en 2011 hubo un nuevo Ministro y se cambia algunos Gestores y se comienza a discutir la continuidad e interrupción de programas, en el Ministerio de Turismo, en el año **2011 el estudio estaba hasta contratado, entonces 2011 tuvo continuidad** [...] y, el índice no había sido contratado al final de 2011 para que sea ejecutado en el año 2012 y, el año **2012 fue un año que estaba con nueva gestión, teniendo las actividades interrumpidas en el año anterior, por cuenta de denuncias de corrupción** [...], eso, que a partir de ahí (2013), **no se va llamar 65 destinos inductores, entonces vamos hablar de Estudio de Competitividad del Turismo Brasileño, porque los destinos terminaron en 2011, pero vamos a continuar realizando el índice de competitividad bajo muestra de los 65 destinos**, para continuar con esa serie muestral.

Y, solamente en el año 2013 se dio continuidad al levantamiento de las informaciones para los índices de competitividad, sin embargo, esa vez, denominado Índice de Competitividad del Turismo Nacional, Destinos Inductores del Desarrollo Turístico Regional - Informe Brasil y cambió nuevamente de nombre a Índice de Competitividad del Turismo Nacional, Informe Brasil, en los años 2014 y 2015, en esta última modificación del nombre del informe se retiró por completó el de los destinos inductores. De acuerdo con algunas declaraciones obtenidas en el MTur, esos estudios presentaron algunas fragilidades, entre las cuales, el entrevistado E16 considera que “los estudios de competitividad no presentaron una metodología clara”, tanto que el entrevistado E13 considera que “la manera como fueron evaluadas algunas variables y dimensiones no fue la más adecuada”, considerándola confusa.

Con relación a la evaluación del proyecto DIDTR, no hubo una evaluación que permita identificar cuáles fueron los efectos producidos para la sociedad a partir del Proyecto, aunque, en el año 2010 fue realizada una evaluación de todo el Programa de Regionalización de Turismo, del cual era parte el Proyecto en estudio. La evaluación mide y analiza los efectos de las políticas públicas para la sociedad<sup>48</sup>.

Otro factor importante a ser analizado es el ambiente en el cual estaba desarrollado el Proyecto, constituyendo el cambio de gestión un limitante para el Proyecto DIDTR. El entrevistado E14 considera que uno de los grandes problemas del turismo, constituye el cambio de Gestión “hubo destinos que llegaron a ser destaque en la premiación y que el cambio de gestión de los destinos era tan brusco que, los años siguientes, desaparecían, los números caían considerablemente, entonces, el problema de la gestión fue una gran limitante para esos 65 destinos”.

<sup>47</sup> SILVA, B. R; COSTA, H. A. Gerenciamento de crises no setor público e suas influências sobre a administração: o caso da Operação Voucher no Ministério do Turismo. *Revista do Serviço Público*, v. 69, n. 2, p. 90-116, 2018.

<sup>48</sup> XUN, Wu; RAMESH, M; HOWLETT, Michael; FRITZEN, Scott. *Guia de políticas públicas: gerenciando processos*. Traduzido por Ricardo Avelar de Souza. Brasília: Enap, 2014.

Se evidencia también, que no quedó claro, ni dentro del Ministerio de Turismo, lo que había sucedido en el año 2011, así, para los entrevistados E14 y E15, esa interrupción se dio por una cuestión de recursos, porque según lo acordado, un año el Ministerio pagaba los gastos del Proyecto, en el año siguiente, el SEBRAE cubriría esos gastos, y “ahí debe haber existido algún problema por la cuestión presupuestaria, siendo un problema burocrático”.

Se cree que debe ser realizada una evaluación del proyecto DIDTR, considerando que el mismo fue extinto, la Evaluación Sumativa sería la más adecuada, pues es realizada al final de la ejecución, o transcurrido algún tiempo de la ejecución, pudiendo ser, inclusive años después, llamada también de evaluación de impacto. Así, consideramos que, si hubiera sido realizada una evaluación del proyecto específico, cuando se encontraba en fase de implementación, se podrían haber realizado las correcciones necesarias y, posiblemente, hasta se hubiesen efectuado las mejoras necesarias para la continuidad del Proyecto, hecho que no ocurrió.

La evaluación constituye un instrumento que ayuda a detectar fallas y hacer las correcciones necesarias, o sea, permite que la toma de decisiones suceda en el momento correcto y fundamentándose en los resultados de las evaluaciones realizadas<sup>49</sup>.

Constatase que, si hubiera sido realizada una evaluación al proyecto específico, durante su implementación, se podría haber adoptado las medidas correctivas necesarias, resultando en la continuidad del proyecto DIDTR, en el caso de que este si fuera viable.

Al reconocer la importancia que la Evaluación de una política pública tiene para la toma de decisiones, tanto de las actuales como de las futuras políticas que los gobiernos implementen, sea en el ámbito municipal, regional y nacional y, así, entender las posibles razones que llevan a la extinción de una política, se verifica que la no realización puede comprometer la continuidad de políticas, programas o proyectos, con potencial de generar buenos resultados para la sociedad. El escenario ideal (deseable) sugiere que exista una evaluación antes que se decida por el fin de una política pública, justificando esa decisión, sin embargo, en la realidad, no siempre la evaluación sucede.

## 4.5 Extinción

Con esta investigación se identificó que puede existir más de una forma de extinguir una política pública, en este caso, se evidenció una extinción para fines internos (2011) y una extinción para fines externos (2015), como será detallada en esta sección.

### 4.5.1 Extinción para fines Internos

Considerando los objetivos de la investigación, la extinción para fines internos corresponde a una decisión tomada por los actores involucrados en el proceso de decisión de la política del MTur, habiendo sido comunicada su extinción solo en el nivel interno de la organización, sin exteriorizar para dominio público, considerando también, el no esclarecimiento para los destinos, que el Proyecto había sido finalizado en 2011, una vez que, aparentemente, para los municipios la interrupción ocurrió en 2012.

La Extinción para fines Internos habría sucedido en 2011, como ya fue mencionado, por cuenta de la operación “Voucher” de la Policía Federal, cuando fueron interrumpidos casi todos los programas que estaban siendo ejecutados por el MTur, esa suspensión se dio, para que sean analizados todos los procesos que estaban en marcha<sup>50</sup>, entre ellos, inclusive el Programa de Regionalización de Turismo y, en el caso de los

<sup>49</sup> PÜLZL, Helga; TREIB, Oliver. Implementing Public Policy In: FISHER, Frank; MILLER, Gerald. J.; SIDNEY, Mara. S. *Handbook of public policy analysis: Theory, politics, and methods*. Boca Raton: CRC Press., 2007. p. 43-62.

<sup>50</sup> SILVA, B. R; COSTA, H. A. Gerenciamento de crises no setor público e suas influências sobre a administração: o caso da Operação Voucher no Ministério do Turismo. *Revista do Serviço Público*, v. 69, n. 2, p. 90-116, 2018.

65 DIDTR, no fueron renovados los contratos para la investigación en campo, tanto del estudio de competitividad, como del monitoreo del sistema de gestión (SG65), que tenía que seguir todas las acciones de los destinos, recordando que fue realizado el estudio de competitividad en aquel año, porque se encontraba firmado el contrato desde el año 2010, entonces fue realizado en el año 2011 y, ya en ese año, no fue renovada la contratación para realizar el estudio en el año 2012.

Y fue en ese mismo año, con el inicio de una nueva gestión en el MTur, que se manifestó el interés de continuar con las investigaciones de los estudios de competitividad, se inició una nueva negociación con la FGV, buscando la continuidad y, en el año 2013, las investigaciones fueron realizadas en los mismos 65 destinos, hasta el año 2015. Esa acción fue caracterizada solo como investigación, ya no como Proyecto de los 65 Destinos Inductores, pues de acuerdo con las declaraciones de los entrevistados del nivel federal, el proyecto de los destinos inductores fue finalizado en 2011, aunque la sociedad y los municipios (destinos), por lo menos en el caso de Minas Gerais, no tuvieron conocimiento de ese final. Por lo tanto, la extinción sucedió para fines internos, con conocimiento solo por parte del MTur.

De ese modo, conforme la visión del entrevistado E14 “los pilares que sustentaban el proyecto acabaron, ya no era posible que sean contratados de la forma como eran contratados por el Ministerio de Turismo, entonces, la verdad, no tenía más pilares desde 2011”. Evidenciándose, varios motivos para el final del proyecto 65 DIDTR. Sin embargo, no existe una explicación que justifique los motivos de no comunicar que el proyecto iba a finalizar y que solo una acción específica, el Estudio de Competitividad, sería mantenida.

#### 4.5.2 Extinción para fines Externos

El final para fines externos en esta investigación, se aproxima de la extinción de políticas públicas como había sido tratado hasta hoy en la literatura, estando comprendido en los términos de la definición ese final contempla el fin de todas las acciones de la política<sup>51</sup>, en el caso del proyecto analizado, que se dio en 2015, cuando fue elaborado el último Estudio de Competitividad en los destinos y los municipios sintieron la falta de esas investigaciones por la interrupción del recibimiento de los informes cada final de año. Esa interrupción de los informes también no fue comunicada debidamente, revelando la falta de transparencia por parte del MTur como órgano encargado de la Gestión de la Política Nacional de Turismo en Brasil.

Esa extinción, que en esta investigación fue identificada como extinción para fines externos, también sucedió por varios motivos, partiendo del cambio de gestión del MTur, seguida por la reestructuración del Ministerio en 2015, reasignando la competencia por el Índice de Competitividad a una unidad del propio ministerio, el Departamento de Estudios e Investigaciones, un departamento que, en esa época, tenía un equipo restringido y un presupuesto decreciente y limitado. Adicionalmente, también ya no tenían el interés en continuar los estudios. Así, el principal motivo fue la falta de recursos y la falta de interés en dar continuidad, conforme relató el entrevistado E18:

La verdad, hubo un cambio administrativo en el Ministerio de Turismo, así, se cambió la estructura del Ministerio en 2015 y, se redistribuyó las competencias en el Ministerio de Turismo. El programa de los 65 destinos había acabado y, lo único que había quedado [la única actividad] eran los estudios de Competitividad, el índice no era una acción propia para los destinos, es un índice y ahí lo que fue realizado en el año 2015 en esa redistribución de competencias, fue reasignada esa atribución para el área de estudios e investigaciones, que en la teoría tiene sentido, el índice no es una política de reestructuración de destinos, es solo un índice, solo una investigación, entonces esa área de estudios e investigaciones debería cuidar de esa investigación y de ahí esa área subsidiar esas informaciones, tiene sentido desde el punto de vista teórico, pero en la práctica tenía un equipo muy limitado en la época no alcanzaban con el conjunto de investigaciones que tenían que contratar. Pero, más grave todavía, no tenían recursos, entonces tenían un presupuesto de doce millones para hacer investigación, ese presupuesto fue reduciendo, en el año 2015 ese presupuesto ya era de 7 millones

<sup>51</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

y era una investigación más para hacer que costaba un millón y medio y no dieron para ellos, ni ese millón y medio más, entonces de 12 millones cayó para 7, entonces, **en la práctica se mató el estudio**. Operacionalmente ya no era posible, por otro lado, existía también el punto de vista técnico, dentro del departamento de estudios e investigaciones no tenían el apoyo suficiente, **los técnicos, el coordinador general, no tenían interés en ese índice**. El año 2014 con el Ministro de la época, ya tenía apuntado, bien, ¿no hubiera sido mejor hacer el estudio cada dos años?, entonces ya existía una desconfianza, que mató en la práctica, porque pasó a un área que no tenía ni recursos para eso (E18).

Así, el MTur acabó definitivamente con la recolección de datos e informes presentados en los Estudios o Índices de competitividad y se enfocó en una nueva y actual política, la Categorización de los municipios, la política que tiene una perspectiva más económica, “pues abarca los municipios de acuerdo con su desempeño dentro de la economía del turismo, buscando la asignación de recursos de una manera más eficiente” (Entrevistado E17). Se evidencia así, que se perdió el interés en los resultados que el índice de competitividad podría presentar, pues ya no era más considerado como prioridad para el Ministerio de Turismo, también, la cuestión financiera y presupuestaria fue un factor limitante para que las investigaciones sigan realizándose por la FGV.

El entrevistado E15 considera que uno de los motivos para la extinción del proyecto de los destinos inductores fue no haber cumplido una de sus finalidades, de inducir el turismo regionalmente. Evidenciándose en esta investigación que, aunque, el proyecto DIDTR busque el desarrollo regional, la región de los destinos no fue monitoreada, y así, no había datos sobre los resultados de la región, acción que quedó solamente en el papel. En la visión del entrevistado E16 los motivos eran que “fue perdiendo el interés en la continuidad del proyecto y restó solamente una investigación”:

[...] la idea original fue disminuyendo hasta quedar solo el estudio de competitividad y fueron cuestionados por instancias superiores, para que están realizando esos estudios, que información quedó de ahí, es una información de 65 municipios, Brasil tiene 5.570, [...] esos municipios no son representativos del turismo nacional, si se observa con mucha buena voluntad, las capitales son, pero en principio como distinguir el flujo de turistas de ocio por el de negocios, que está midiendo, y peor para qué está utilizando (E16).

Delante de eso, se evidencia que ni al interior del propio MTur quedaron claros los motivos para el fin de la política. Se percibió que la extinción de la política, para fines internos del proyecto, ocurrió en el año 2011 y, posteriormente, en el año 2015, ocurrió su extinción para fines externos. Se percibió, también, que los destinos inductores, por lo menos en el caso de Minas Gerais: Belo Horizonte, Diamantina, Ouro Preto y Tiradentes, no fueron comunicados sobre el final del proyecto DIDTR, ni cuando el proyecto fue finalizado definitivamente. En los municipios, por la falta de esos informes, los técnicos involucrados en el Proyecto percibieron que los estudios de competitividad no irían a suceder más.

Según la Tabla 1, las principales razones para la extinción de las políticas públicas fueron expuestas. En el caso específico del Proyecto de los 65 DIDTR fue posible identificar otras razones de extinción de las políticas públicas, que fueron clasificadas como empíricas, para distinguir de las razones<sup>52</sup> que las identifican como teóricas, como presentadas en la Tabla 1. La investigación evidenció, por medio de las declaraciones de la mayoría de los entrevistados tanto en el nivel federal, como en el nivel municipal, así como, por la percepción de los investigadores, que se puede considerar como los principales motivos para la extinción de la política pública en estudio, las razones relativas al ambiente político, constituyendo la limitación de recursos financieros dentro del MTur la principal razón identificada, seguido por el cambio en la Administración, en el Gobierno y en la ideología política.

Además, fue posible identificar en esta investigación otras percepciones más allá de las encontradas en la literatura sobre la extinción y que fueron clasificadas en el grupo de razones del ambiente político y clasi-

<sup>52</sup> SOUZA, Yalle Hugo de; SECCHI, Leonardo. Extinção de políticas públicas. Síntese teórica sobre a fase esquecida do policy cycle. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 20, n. 66, 2015. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/39619/52574>. Acceso el: 29 abr. 2017.



ficadas como empíricas: la ineficiencia organizacional con la mayor parte de las percepciones, seguido con la falta de planificación y la falta de interés en dar continuidad al proyecto que, según la percepción de los entrevistados, llevaron al MTur a extinguir el proyecto.

Tabla 1. Razones y percepciones para la extinción de la política de los 65DIDTR

Razones para la extinción	Percepciones	Frecuencia bajo la percepción de los destinos inductores (MG)	Frecuencia bajo la percepción de los funcionarios (MTur)	Percepción de los investigadores	TOTAL
Razones relativas al ambiente político (teóricas)	Cuestiones Financieras	3	3	1	7
	Cambio en la administración y en el gobierno	-	1	1	2
	Ideología política	1	1	-	2
Razones relativas al ambiente político (empíricas)	<b>Falta de interés en la continuidad</b>	-	-	-	-
		3	1	1	2
	<b>Ineficiencia Organizacional</b>	2	2	1	6
	<b>Falta de planificación</b>	-	-	1	3
Razones relativas a la solución (teóricas)	<b>Política Pública substituída</b>	-	2	1	3
	<b>Política Pública Ineficaz</b>	-	2	1	3
Razones relativas a la solución (empíricas)	<b>Falta de Resultados</b>	-	2	1	3
	<b>Corrupción</b>	-	3	1	4
Razones relativas al problema (teóricas)	Cambio en el entendimiento de la naturaleza del problema	1	2	1	4
Razones relativas al problema (empíricas)	<b>Problema No resuelto</b>	-	1	1	2

Fuente: Elaboración nuestra a partir del cuadro propuesto por Souza y Secchi (2015)<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Una versión previa de esa Tabla tratada en EMMENDOERFER, Magnus; TRETIN, Fábria; PIMENTEL, Thiago D.; ZAM-

Así, también fueron percibidas, las razones relativas a la solución del problema. Entre ellas, las percepciones de la Política Pública sustituida y la Política Pública percibida como ineficaz, con tres menciones cada una de ellas relacionada a esas razones. También fue posible identificar la falta de resultados del proyecto, evidenciándose con mayor frecuencia la percepción relacionada a la corrupción que involucraba al MTur en la época de la implementación del proyecto en estudio, conforme relataron los entrevistados.

Además, las Razones relativas al problema, en esta investigación la mayor percepción fue el cambio en la manera de entender la naturaleza del problema, identificando también otra percepción, adicional de las propuestas por los referidos autores, en relación a la resolución del problema, la falta de resultados, percibiendo esto tanto por el MTur como por los investigadores.

En esta investigación, fue evidenciada la falta de comunicación entre el órgano encargado de la formulación de las políticas públicas de turismo en Brasil y los municipios involucrados (los destinos) en las políticas públicas de turismo. Es indiscutible que la competencia por la comunicación de las políticas públicas de turismo entre el Gobierno Federal y Municipal, era responsabilidad del MTur, como órgano coordinador y encargado de la Gestión del Turismo en Brasil, el cual debía informar a los municipios sobre la extinción del proyecto de los destinos inductores. Durante la investigación quedó claro que existió una desinformación y falta de transparencia por parte del MTur, una vez que en los municipios (los Destinos) no se conocían las razones que pudieron haber influenciado y llevado al final del proyecto 65DIDTR.

Evidenciándose también que hubo fragilidades en todas las fases analizadas y por tal razón ser las posibles causas para la extinción de la política, desde la Identificación del problema no fueron definidos cuales son los padrones de calidad que buscaban ser trabajados en los 65 destinos. En la fase de Agenda y Formulación, la elección de los municipios fue política y no técnica, pues algunos destinos no tenían y, todavía no tienen, la capacidad de recibir el flujo de turistas que se esperaba. En la Implementación la falla evidenciada fue que la priorización de los recursos no ocurrió, por lo menos de las inversiones financieras del MTur, y conforme los entrevistados, “no salió del papel”.

En la etapa de Monitoreo y Evaluación fue identificado que el sistema SG65, contratado para monitorear las acciones realizadas por los 65 municipios, fue subutilizado, pues algunos destinos no ingresaban y no compartían las informaciones necesarias para que ese seguimiento sea efectivo. Y en la etapa de Extinción, la principal fragilidad fue la falta de comunicación y transparencia, pues no fue comunicado a los destinos involucrados, ni a la sociedad, que el proyecto había terminado en el año 2011, aunque, su acción más visible, los Estudios de Competitividad, fue continuada hasta el año 2015, habiendo sufrido una interrupción en 2012. También bajo la perspectiva del propio órgano responsable por la política, internamente no hubo claridad sobre el final del proyecto.

Como un aspecto positivo, resultado del proyecto 65DIDTR, se puede mencionar la serie histórica colectada de informaciones relevantes provenientes de los estudios de competitividad para cada uno de esos 65 destinos inductores, independientemente de la continuidad o no del proyecto, pues esa serie histórica registró informaciones que en los destinos inductores (por lo menos en el caso del estado de Minas Gerais) contribuyen para la formulación e implementación de políticas públicas en los municipios del estado, mostrándose como un aspecto relevante del Proyecto.

Esta investigación, permitió evidenciar que no fueron identificados estudios en Brasil que analicen el ciclo político del proyecto de los 65 DIDTR, ni existen evaluaciones del proyecto específico que permitan conocer sus resultados, así como los impactos que el Proyecto 65DIDTR pudo haber generado para la actividad turística de los municipios involucrados y de las regiones de las cuales hacen parte.

Evidenciándose varias razones, como ya fueron analizadas anteriormente, que motivaron al Ministerio

---

BRANO-PONTÓN, María Belén. Análisis de Extinción da Política Pública de Destinos Inductores del Desarrollo del Turismo Regional en Brasil. *Gestión Turística*, Valdivia, en prensa.

del Turismo a extinguir el proyecto de los 65 Destinos Inductores, en el año 2011, y posteriormente el fin de las investigaciones de levantamiento del Índice de Competitividad, en el año 2015. En esta investigación, las razones de la extinción del Proyecto identificadas fueron, principalmente, problemas de corrupción que involucraban a funcionarios del MTur, la falta de recursos presupuestarios, la falta de cumplimiento de los objetivos, el cambio de Gestión. Todos esos problemas son temas de interés jurídico y administrativo como la corrupción y la responsabilidad sus recursos públicos y para o bien común. Además, la política fue percibida como ineficaz, hubo una disminución del interés del MTur en dar continuidad al proyecto.

## 5 Conclusiones

Este trabajo permitió identificar que no existe una única manera de extinción de una política pública, identificándose así dos momentos empíricos de extinción: Interna y Externa y razones también empíricas adicionales a los motivos presentados en la teoría sobre extinción de las políticas públicas.

Es posible destacar la importancia de la comunicación y la transparencia que, en el caso específico de los 65DIDTR, no existió ningún tipo de comunicación entre el Gobierno Federal y los gobiernos municipales. Y, específicamente, por parte del MTur, como órgano encargado de la gestión de turismo en Brasil, informando a los municipios sobre la extinción de la política de los 65DIDTR y, de forma transparente, dejar claros los motivos para el final de la política en estudio.

La teoría sustenta que las políticas públicas, desde su formulación involucran aspectos políticos y técnicos, involucrando la formulación de la teoría del programa y de las etapas necesarias para su implementación, así como los instrumentos para el monitoreo y evaluación. Siendo así, las políticas públicas deben ser aplicadas con planificación, con monitoreo, con fiscalización y evaluación adecuadas, haciéndose necesario tener los instrumentos correctos que permitan dar un seguimiento a las inversiones realizadas por los gobiernos en pro de las políticas públicas buscando sostenibilidad, tanto de esas políticas como de las propias organizaciones en el área turística de Brasil.

De ese modo, las inversiones realizadas por los gobiernos adquieren mayor potencial para la generación de resultados positivos que conduzcan a la solución del problema público. Para alcanzar el resultado deseado y crear programas sustentables se verificó en esta investigación la necesidad de comunicación (interna y externa) incluyendo técnicos, burócratas, y todos los demás actores involucrados, burócratas o no, para que tengan claridad de los objetivos a alcanzar, los medios necesarios para la implementación y el seguimiento necesario y evaluación. Es relevante mencionar que tanto los burócratas de nivel técnico, pues son los que tienen el conocimiento técnico, como los líderes, que son los tomadores de decisiones políticas, además de los burócratas a nivel de la calle, que son los ejecutores de la política, deben basar las decisiones en estudios, analizando la viabilidad de la continuidad o no de las políticas ejecutadas por los entes gubernamentales.

Y así, adquiere mayor relevancia identificar si las decisiones sobre la extinción o final de una política pública están siendo tomadas basadas en evaluaciones o simplemente se trata de decisiones políticas. Al aplicar instrumentos apropiados a la elaboración de políticas públicas desde la identificación del problema hasta su extinción, un elevado número de alternativas puede ser identificado, sin embargo, las mejores son las que permiten resolver el problema cuando son formuladas e implementadas, resultando en cambios positivos y propiciando mejores condiciones de vida a los ciudadanos, más allá de resultar en una asignación más productiva y sostenible de los recursos públicos.

La investigación identificó fallas desde la concepción hasta la extinción del Proyecto de los 65 DIDTR, como los burócratas del MTur (y/o, los políticos) fallaron en la comunicación con los burócratas “de medio escalón” (funcionarios de carrera) del propio Ministerio. Además, fallaron en la comunicación con los actores (públicos y privados) de los destinos (municipios) seleccionados. La información sobre el proyecto,

sus objetivos, sus supuestos no fueron claramente compartidos para los implementadores (los burócratas a nivel de calle). Todo eso resultó en la falta de coordinación de las acciones, así como los recursos aplicados no se convirtieron en resultados efectivos para el desarrollo de los destinos (municipios) o para inducir su desarrollo, como se pretendía con la creación de la política pública de turismo.

Como una limitación de esta investigación anotamos que los agentes privados y beneficiarios no fueron objeto de este estudio porque el foco de la investigación fue analizar el ciclo de esta política pública (PP) y no únicamente una fase/etapa específica, centrando nuestro objetivo en los analistas de PP (coordinadores, formuladores e implementadores). Sin embargo, no disminuye su originalidad y relevancia para el campo y el sector analizado. Se sugiere para estudios futuros, analizar bajo la óptica del proceso político (*Policy Process*).

Este trabajo partió de la premisa de que el estado es responsable de generar el desarrollo local y regional a través de políticas públicas. Sin embargo, las políticas públicas también son responsables de hacer que el turismo nacional no se desarrolle como se espera, pues existen regulaciones que podrían considerarse como excesivas dentro de la industria turística. Tales como la regulación de las aerolíneas, las políticas de precios de combustible, etc. El estado (ineficiente) grava el consumo o los servicios, por ejemplo, con la prerrogativa de utilizar estos recursos para generar desarrollo. Por lo tanto, nuevos estudios podrían encuadrarse en buscar analizar los efectos que una disminución de la incidencia (o reembolso) de ICMS e ISS, podrían generar en la actividad turística con el objetivo de promover el desarrollo.

El conocimiento generado con este estudio contribuye con argumentos y justificaciones por medio de un esquema analítico (modelo de ciclo político) que puedan auxiliar a analistas de políticas públicas, así como a asesorías jurídicas en la utilización de esos recursos en sus prácticas relacionadas a políticas públicas, no exclusivamente en el sector investigado, sino también en actividades afines a la Administración Pública, sean ellas de naturaleza ejecutiva, legislativa o judicial.

## Referencias

- ALA-HARJA, Marjukka; HELGASON, Sigurdur. Em direção às melhores práticas de avaliação. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 51, n. 4, p. 5-60, 2000.
- BENI, Mario. *Análise estrutural do turismo*. São Paulo: SENAC, 1998.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Ministério do Turismo. *Avaliação do Programa de Regionalização do Turismo: Roteiros do Brasil*. Brasília: MTur, 2010.
- BRASIL. Ministério do Turismo. *Categorização dos Municípios das Regiões Turísticas do Mapa do Turismo Brasileiro: Perguntas e Respostas*. Brasília: MTur, 2016.
- BRASIL. Ministério do Turismo. *Estudo de competitividade dos 65 destinos indutores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2008*. Brasília: MTur, 2008.
- BRASIL. Ministério do Turismo. *Índice de competitividade do turismo nacional: destinos indutores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2013*. Brasília: MTur, 2013.
- BRASIL. Ministério do Turismo. *Índice de competitividade do turismo nacional: destinos indutores do desenvolvimento turístico regional: relatório Brasil 2015*. Brasília: MTur, 2015.
- DELEON, Peter. Public policy termination: an end and a beginning. *Public Analysis*, v. 6, n. 1, p. 01-38, 1977.
- DYE, Thomas. *Understanding public policy*. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2008.
- EMMENDOERFER, Magnus; TRETIN, Fábica; PIMENTEL, Thiago D.; ZAMBRANO-PONTÓN, Ma-

ría Belén. Análisis de Extinción da Política Pública de Destinos Inductores del Desarrollo del Turismo Regional en Brasil. *Gestão Turística*, Valdivia, en prensa.

ENTENDA a Operação Voucher, da PF, que prendeu o número 2 do Turismo. Disponible en <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/08/entenda-operacao-voucher-da-pf-que-prendeu-o-numero-2-do-turismo.html>. Acceso el: 6 dic. 2017.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*, Brasília, v. 21, p. 211-259, 2009.

GODOY, Arilda Schmidt. Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais. *Revista de Administração de empresas*, v. 35, n. 3, p. 20-29, 1995.

HENZ, Aline Patricia; CRUZ, Jessica da Silva. Qualidade em destinos indutores: Análise dos serviços e equipamentos turísticos de Foz do Iguaçu/PR. *Caderno Estudos e Investigações do Turismo*, Curitiba, v. 4, n. 4, p. 77-98, jan./jun. 2015.

HOWLETT, M.; RAMESH, M.; WU, XUN. Understanding the persistence of policy failures: The role of politics, governance and uncertainty. *Public Policy and Administration*. v. 30, n. 3-4, p. 209-220, 2015. DOI:10.1177/0952076715593139.

JANN, Werner; WEGRICH, Kai. Theories of the Public Cycle. In: FISCHER, Frank., MILLER, Gerald, J.; SIDNEY, Mara S. *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods*. Boca Raton: CRC Press, Nueva York, 2007. p. 43-62.

KINGDON, John. W. *Agendas, alternativas and public policies*. 2. ed. Ann Arbor: University of Michigan, 2003.

MORRA IMAS, Linda G.; RIST, Ray. *The road to results: Designing and conducting effective development evaluations*. The World Bank, 2009.

ORTEGÓN, Edgar; PACHECO, Juan Francisco; PRIETO, Adriana. *Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas*. Santiago: Cepal, 2005. p. 124. Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/>. Acceso el: 29 abr. 2017.

PÜLZL, Helga; TREIB, Oliver. Implementing Public Policy In: FISHER, Frank; MILLER, Gerald. J.; SIDNEY, Mara. S. *Handbook of public policy analysis: Theory, politics, and methods*. Boca Raton: CRC Press., 2007. p. 43-62.

RUA, Maria. Graças. das: Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria. Graças. das; CARVALHO, Maria Izabel de. (org.). *O estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: paralelo 15, 1998.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da Política Pública. In: SARAVIA, Enrique; FERREREZI, Elisabete. (org.) *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 2.

SCOTT, Noel. *Tourism Policy: A Strategic Review*. Oxford: Goodfellow, 2011.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, Bruna Riveiro; COSTA, Helena Araujo. Gerenciamento de crises no setor público e suas influências sobre a administração: o caso da Operação Voucher no Ministério do Turismo. *Revista do Serviço Público*, v. 69, n. 2, p. 90-116, 2018. Disponible en: <http://www.spell.org.br/documentos/download/50753>. Acceso el: 05 mayo 2020.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, n. 16, p. 20-45, 2006. Disponible em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso). Acceso el: 13 Mar. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>

SOUZA, Yalle Hugo de; SECCHI, Leonardo. Extinção de políticas públicas. Síntese teórica sobre a fase

esquecida do policy cycle. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 20, n. 66, 2015. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/39619/52574>. Acceso el: 29 abr. 2017.

SUBIRATS, Joan. *Análisis de Políticas Públicas y Eficacia de la Administración*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1989.

SUBIRATS, Joan. Definición del problema. Relevância pública y formación de la agenda de actuación de los poderes públicos. In.: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (org.). *Coletânea de Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. v. 2. p. 204.

WEISS, Carol. H. *Evaluation: Methods for studying programs and policies*. 2. ed: São Paulo: Prentice Hall, 1998.

XUN, Wu; RAMESH, M; HOWLETT, Michael; FRITZEN, Scott. *Guia de políticas públicas: gerenciando processos*. Traducido por Ricardo Avelar de Souza. Brasília: ENAP, 2014.

## Agradecimientos

Al fomento de la Fundação de Amparo à Pesquisa del estado de Minas Gerais – FAPEMIG (procesos APQ-01870-15; PPM-00049-18), del Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (procesos 429443/2016-1; 309363/2019-5) y de la Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil CAPES – Código de Financiamento 001.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Alternativa tecnológica para  
compensação de créditos  
de ICMS:** estudo de caso da  
viabilidade do uso de DLT em nota  
fiscal eletrônica

**Technological alternative to tax  
compensation (ICMS credits):**  
case study of the feasibility  
of using DLT in the Brazilian  
electronic invoice system

Danielle Mendes Thame Denny

Roberto Ferreira Paulo

Fernando Crespo Queiroz Neves

# Alternativa tecnológica para compensação de créditos de ICMS: estudo de caso da viabilidade do uso de DLT em nota fiscal eletrônica

## Technological alternative to tax compensation (ICMS credits): case study of the feasibility of using DLT in the brazilian electronic invoice system

Danielle Mendes Thame Denny\*\*

Roberto Ferreira Paulo\*\*\*

Fernando Crespo Queiroz Neves\*\*\*\*

### Resumo

Em razão da importância da utilização do instituto da compensação em matéria tributária, este estudo propõe a criação de uma câmara de compensação de créditos tributários e analisa a aplicabilidade das tecnologias de contabilidade distribuída (*distributed ledger technologies*), como o *blockchain*, ao sistema da Nota Fiscal Eletrônica. Para tanto, explica essa tecnologia, seus diferentes tipos e apresenta a compensação no direito tributário. Na sequência analisa as características jurídicas e técnicas do atual sistema eletrônico utilizado, a fim de identificar quais seriam as oportunidades e desafios decorrentes da mudança de sistema tecnológico. E, por último, conclui que entre as diversas vantagens estão o combate à evasão fiscal, a otimização dos mecanismos de substituição tributária com transparência e aplicabilidade para toda a cadeia produtiva e a possibilidade de instituição de um mercado de comercialização de crédito tributário. Neste artigo, postulamos a adoção de plataforma criptografada capaz de criar um ambiente seguro para o armazenamento e análise de informações usando essas tecnologias de contabilidade distribuída, como uma solução eficaz para abordar as preocupações de privacidade e segurança das partes interessadas e especificamente da modalidade Hyperledger Composer Fabric se o foco for transparência na cadeia produtiva e da R3 Corda se a prioridade for o sigilo fiscal, de forma a permitir a segura atividade de uma câmara de compensação de créditos tributários. A metodologia escolhida foi a descritiva, utilizando técnicas de pesquisa documental, legislativa e bibliográfica.

**Palavras-chave:** Blockchain. DLT. Nota Fiscal Eletrônica. Tributação para o desenvolvimento. compensação tributária. ODS 17

\* Recebido em 16/04/2020  
Aprovado em 28/10/2020

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Católica de Santos. Pesquisadora visitante na University College London. Professora titular licenciada da Fundação Armando Álvares Penteado. Ex-bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior; <http://orcid.org/0000-0002-8964-5205>.  
Email: [danielle.denny@gmail.com](mailto:danielle.denny@gmail.com)

\*\*\* Mestrando em Tecnologias Avançadas de Computação na Birkbeck University of London. Pós-graduado em Tecnologia da Informação, bacharel em Tecnologia da Informação e em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.  
E-mail: [robertofpaulo@gmail.com](mailto:robertofpaulo@gmail.com)

\*\*\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado tributarista no escritório Arruda Alvim & Thereza Alvim Advocacia e Consultoria Jurídica.  
E-mail: [fernandoneves@arrudaalvim.com.br](mailto:fernandoneves@arrudaalvim.com.br)



## Abstract

Due to the importance of using the tax compensation institute, this study advocates the creation of a tax credit clearinghouse and analyzes the applicability of blockchain and DLT to the Brazilian Electronic Invoice System. Firstly it explains the technology and its different types. Next point, make a presentation regarding compensation in tax law. Following it analyzes the legal and technical characteristics of the current system identifying the opportunities and challenges arising from an eventual change of technology. And then it concludes that there are several advantages such as the curtailing of tax evasion, the optimization of tax substitution mechanisms with transparency and immediate applicability for the entire production chain and the possibility of establishing a reliable market for tax credit. In this paper, we posit the adoption of Hyperledger Composer Fabric or R3 Corda as encrypted platform able to create a secure environment for the storage and analysis of information by using DLT, as an effective solution to address the privacy and security concerns of the stakeholders. The first option is better to provide value chain assessments and the second fiscal secrecy, in order to allow the safe activity of a clearinghouse for tax credits.

**Keywords:** Blockchain. DLT. Electronic Invoice System of the State of São Paulo. Taxation for development. tax compensation. SDG 17

## 1 Introdução

Como regra geral, os artigos 368 a 380 do Código Civil do Brasil (Lei 10.406/2002) tratam do instituto da compensação. Assim, quando “*duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem*” (art. 368) e desde que se esteja diante de “*dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis*” (art. 369). No direito tributário, o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966)<sup>1</sup> estabelece que a compensação é causa de extinção do crédito tributário (art. 156, inc. II) e que lei poderá “*autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública*” (art. 170). Mais adiante, nesse trabalho, aprofundaremos a questão da utilização do instituto da compensação em matéria tributária.

Blockchain é um tipo de tecnologia de contabilidade distribuída, em inglês *distributed ledger technology* (DLT), virou palavra recorrente, principalmente depois da disseminação das criptomoedas. Mas o que é isso e onde é aplicável? É possível uma analogia ao livro-razão da contabilidade para especificar<sup>2</sup>. Ou seja, trata-se de um banco de dados que arquiva todos os registros de transações feitas, como um “grande livro-razão eletrônico” com criptografia e validações consensuais múltiplas. É aplicável em casos que dependem de transparência, monitoramento preciso e auditorias. As vantagens são: velocidade, eficiência, automação, menos falhas humanas e baixos custos de reconciliação de dados. Mais detalhes técnicos serão abordados no tópico seguinte.

No Brasil a contabilidade empresarial tem passado por um processo de informatização desde 2007. O sistema da Nota Fiscal Eletrônica, que será o objeto deste estudo, é uma dessas iniciativas. Contribui para unificar as escriturações fiscais e contábeis, oficializa o uso de arquivos digitais e padroniza um formato digital específico. Mas, ainda, tem muito a avançar, para facilitar seu uso e automatizar a efetivação de direitos e deveres. Atualmente, a estrutura tecnológica emula o que era feito por meio de formulários impressos, são muitos códigos, diversos tipos e exceções, com muitas especificidades que dificultam a transparência e

<sup>1</sup> Cf. art. 7.º do Ato Complementar n.º 36, de 13 de março de 1967, que estabeleceu: “Art. 7.º. A Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, e alterações posteriores passa a denominar-se ‘Código Tributário Nacional’”.

<sup>2</sup> DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de, Blockchain e a Agenda 2030. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2018.

o acompanhamento efetivo das diversas operações que ocorrem simultaneamente e, dessa forma, obstaculizam o exercício dos direitos e deveres cabíveis.

A utilização de uma nova forma de escrituração utilizando a tecnologia de contabilidade distribuída tem o potencial de facilitar esses pontos e ainda possibilitar a elaboração de ações automáticas em tempo real que otimizariam as operações de débito e crédito bem como a respectiva fiscalização. Além disso, permitiriam monitoramento constante e atualizado do conjunto de mercadorias sendo transferidas, possibilitando, portanto, identificar pontos suspeitos e com problemas de funcionamento.

Essa tecnologia é especialmente útil considerando-se a tributação brasileira e os tributos indiretos, nos quais há substituição tributária, o contribuinte de Direito que realiza a hipótese de incidência não é o contribuinte de fato que vai recolher o tributo, isso gera impactos para a escrituração de todos os elos da cadeia produtiva, criando complexidades fiscais e administrativas que podem culminar até em distorções do mercado. A incorporação da tecnologia pela sociedade não conduz a uma escolha entre sua aplicação e o uso da solução estatal “mas sim quando o Estado passar a reconhecer o uso dessa ferramenta como mecanismo de geração de confiança”<sup>3</sup>. No caso brasileiro, “há um amplo consenso de que a legislação tributária é uma das piores do mundo. Ou seja, há muitas distorções que poderiam ser corrigidas”<sup>4</sup> e o uso de DLT contribuiria para isso.

Os impactos cumulativos decorrentes do atual modelo de incidência dos tributos em cascata e a dificuldade de efetivar créditos tributários a que se têm direito, principalmente por conta do excesso de burocracia, prejudicam, de forma significativa, a competitividade da produção nacional e a organização eficiente da estrutura produtiva do país. “Há um fechamento normativo”<sup>5</sup>. Além disso, correspondem à maioria das disputas entre os fiscos e as empresas, culminando em grande parte do contencioso tributário, gerando custos para ambas as partes e uma situação de grande insegurança jurídica para as empresas<sup>6</sup>.

Avanços tecnológicos podem contribuir para reverter essa situação trazendo benefícios para todas as partes envolvidas. Porém há riscos e incertezas, inclusive relacionados à regulação ou a eventuais efeitos jurídicos decorrentes da má aplicação da ferramenta, o que faz com que a implementação seja possível, mas, provavelmente, restrita, apenas, a um pequeno recorte de contribuintes ou a uma Secretaria da Fazenda do Estado, e que, ainda assim, seja disputada entre diversos grupos de interesses e complexa tanto técnica como politicamente.

## 2 Auditorias e perenidade de dados em blockchain

A tecnologia de contabilidade distribuída, em inglês *distributed ledger technology* (DLT), ou seu sinônimo *distributed ledger system* (DLS)<sup>7</sup>, tem o potencial de aumentar a velocidade e eficiência das colaborações em rede com mais transparência e confiabilidade. A principal característica dessa tecnologia é formar redes distribuídas articuladas em torno de criptografia e de validações consensuais múltiplas (*distributed, encrypted consensus*

<sup>3</sup> MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira, A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, blockchain e criptomoedas como propulsores da mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 142–157, 2018. p. 135.

<sup>4</sup> ESCOLHAS. Instituto. Impactos Econômicos e Sociais da Tributação de Carbono no Brasil. *The Economic and Social Impacts of a Carbon Tax in Brazil*. 2015. Disponível em: <http://escolhas.org/wp-content/uploads/2016/09/impactos-economicos-e-sociais-da-tributacao-de-carbono-no-brasil.pdf>. p. 28.

<sup>5</sup> FOLLADOR, Guilherme Broto, Criptomoedas e competência tributária. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 79–104, 2018. p. 95.

<sup>6</sup> GASSEN, Valcir. *Tributação na Origem e Destino*. Princípios Jurisdicionais em Processo de Integração Econômica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>7</sup> CONTE DE LEON, Daniel *et al*, Blockchain: properties and misconceptions. *Asia Pacific Journal of Innovation and Entrepreneurship*, v. 11, n. 3, p. 286–300, 2017.

-based networks). Trata-se de um novo tipo de banco de dados <sup>8</sup> que permite que vários usuários compartilhem informações e possam atualizá-las de forma segura e confiável, mesmo que não confiem uns nos outros.

Esse novo tipo de tecnologia integra usuários numa rede *peer-to-peer* (P2P), em que todos os membros, chamados de *nodes*, compartilham o armazenamento e o processamento de dados e fazem isso de tal forma a alcançar um acordo entre os participantes, de forma consistente e confiável, sobre um registro de eventos (por exemplo, “quem possui que crédito”; “quem deve o quê”) concatenado no tempo. O fato de serem distribuídas dilui o risco de falhas e de abusos exercidos normalmente por quem detém os controles, a criptografia protege a segurança dos dados e as validações múltiplas fazem com que os dados sejam conferidos por vários usuários ao mesmo tempo. Além disso, a publicidade dos algoritmos e das entradas facilita auditorias e fiscalizações posteriores.

As transações usando essa tecnologia são verificáveis por meio de um uso de criptografia de chave pública. Cada usuário possui duas “chaves”, uma privada, secreta, como uma senha pessoal e intransferível, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos e identifica as transações realizadas por esse determinado usuário. Além disso, nas chaves públicas, qualquer um pode verificar que a transação foi, de fato, assinada com uma chave privada, sendo, portanto, uma troca autêntica que passa a ser registrada de forma perene e divulgada para todos no banco de dados que arquiva todos os registros de transações feitas, como se fosse um grande um livro-razão digital.

Esse tipo de uso de criptografia de chave pública “garante que todos os computadores na rede tenham um registro constantemente atualizado e verificado de todas as transações dentro da rede”, ou seja, verifica a autenticidade de todas e as reconcilia com o registro público desse livro-razão, o que impede duplicidades (*double spending problem*) e fraudes. Essa tecnologia propicia uma contabilidade automática usando a força computacional das máquinas dos usuários para realizar os registros e as reconciliações das transações.

Um dos principais exemplos de uso dessa tecnologia no governo tem sido na Estônia que tem usado o *blockchain* para o seu programa *e-Estonia*, que permite o pagamento de impostos on-line, identificação digital, votação eletrônica e plataformas eletrônicas de registros de saúde <sup>10</sup>. Os participantes em um sistema *blockchain* mantêm a “contabilidade geral” do banco de dados atualizada em tempo real. Além disso, os dados registrados somente podem ser modificados de acordo com regras rígidas e se houver um acordo geral <sup>11</sup>.

Assim, a principal maneira pela qual esse encadeamento de dados é diferente de outras bases de dados distribuídas refere-se ao fato de que um *blockchain* é projetado para alcançar um acordo consistente e confiável sobre um registro de eventos entre participantes independentes que podem ter diferentes motivações e objetivos. Por isso, os participantes de uma rede *blockchain* conseguem obter consenso sobre mudanças no estado desse banco de dados compartilhado, ou seja, validando as transações entre os usuários, sem a necessidade de confiar na integridade de qualquer dos participantes ou de uma autoridade. A visão de cada participante do banco de dados compartilhado coincide com a visão de todos os outros participantes e, com isso, acaba o problema de dupla cobrança (*double spending problem*), duplicação de arquivos ou corrompimento dos dados.

Além disso os participantes se tornam auditores potenciais, podem verificar, de forma independente, o que eles veem (ou seja, o conteúdo do banco de dados em um momento específico), pois o que acessam é

<sup>8</sup> DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e a Agenda 2030. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4938>. Acesso em: 15 fev. 2018.

<sup>9</sup> ULRICH, Fernando, *Bitcoin – a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

<sup>10</sup> MEARIAN, Lucas. *IBM sees blockchain as ready for government use*. Computerworld. Disponível em: <https://www.computerworld.com/article/3254202/blockchain/ibm-sees-blockchain-as-ready-for-government-use.html>. Acesso em: 4 jul. 2018. p. 2.

<sup>11</sup> O original em inglês do trecho citado é: The blockchain [...] is a shared, trusted, public ledger that everyone can inspect, but which no single user controls. The participants in a blockchain system collectively keep the ledger up to date: it can be amended only according to strict rules and by general agreement.

exatamente idêntico para todos os outros participantes. Isso garante que todos os participantes tenham uma visão consistente do estado do banco de dados compartilhado. Como resultado, qualquer alteração incorreta dos dados (por exemplo, adulteração por um usuário mal intencionado) poderia ser imediatamente detectada, rejeitada e inviabilizada por todos os participantes <sup>12</sup>.

Mas nem todas as operações que podem tirar vantagem da tecnologia da contabilidade distribuída precisam ser programadas em *blockchain*. Dependendo da especificidade, os agentes são, pelo menos, minimamente confiáveis e o consenso pode ser simplificado para que, com isso, seja economizada capacidade computacional, o que, numa rede de *blockchain*, costuma ser o empecilho à escalabilidade e à rapidez do sistema.

Figura 1 – diferenças entre blockchain e DLT

## Blockchain vs DLT

Características	Blockchain	DLT
Distribuído	SIM	SIM
Integridade	SIM	SIM
Consistência temporal	SIM	SIM
Alta disponibilidade	SIM	SIM
Ausência de nós confiáveis	SIM	FLEXIBILIZADO
Consenso distribuído	SIM	

Fonte: BBchain <sup>13</sup>

As características do DLT são mais aplicáveis às soluções de negócios como as que são necessárias para a Nota Fiscal Eletrônica. Num sistema como o de tributação, não precisa haver anonimato nem *proof of work*, pois os nós são confiáveis, conhecem-se mutuamente e, inclusive, utilizam certificados digitais de identificação. Isso gera a possibilidade de economia da capacidade computacional que seria necessária em um ambiente em que há anonimato, ausência de confiabilidade e em que o consenso tem de ser distribuído de forma abrangente para garantir a validade.

Assim, diferentemente do blockchain necessário para a infraestrutura das criptomoedas por exemplo, em que os usuários não se conhecem, não confiam mutuamente e precisam, portanto, que tudo seja validado por todos usando criptografia ultracomplexa, no DLT voltado para negócios, há identificação clara dos participantes, pode-se escolher o modo como vão ser validadas as transações para que sejam computacionalmente mais eficientes. Dessa forma, economiza tempo, reduz custos, diminui riscos e aumenta a confiabilidade e a transparência do sistema <sup>14</sup>.

Além disso, os sistemas podem ser criptografados ou não, dependendo do nível de segurança exigido, mas, ainda assim, os registros serão auditáveis porque os dados no banco de dados não podem ser alterados e estão vinculados a cada participante autorizado na cadeia. Se alguma coisa muda em qualquer documento digital, fica imediatamente aparente. Essa imutabilidade intrínseca desse livro-razão distribuído pode viabili-

<sup>12</sup> HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. *2017 Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. p. 20.

<sup>13</sup> BUENO, Rodrigo; VEIGA, Allan Koch. *Plataformas blockchain*. Características e aplicações. 2018. Disponível em: <http://www.bbchain.com.br>.

<sup>14</sup> MEARIAN, Lucas. *IBM sees blockchain as ready for government use*. Computerworld. Disponível em: <https://www.computerworld.com/article/3254202/blockchain/ibm-sees-blockchain-as-ready-for-government-use.html>. Acesso em: 4 jul. 2018.

zar a auditoria automática dos reguladores, o que favorece, inclusive, as empresas e os serviços financeiros, pois gera mais segurança jurídica e previsibilidade reduzindo provisionamentos desnecessários.

Outra vantagem é que as tributações envolvendo transações de várias partes passam a ser liquidadas imediatamente, evitando o tempo de conciliação dos dados lançados que geralmente leva dias ou até meses. Os custos são reduzidos porque o processamento *business-to-business* automático elimina a sobrecarga causada pelos serviços de diversos intermediários que hoje são contratados para cumprir a burocracia. E o risco é mitigado porque o DLT funciona como uma trilha de auditoria imutável, reduzindo bastante as chances de adulteração e conluio <sup>15</sup>.

Para uso em uma rede de tributação, uma DLT desse tipo voltada para negócios é a que é necessária para acelerar processos e auditorias de transações. Isso, além de otimizar o processo de arrecadação, reduziria custos e poderia levar a uma maior satisfação também do contribuinte a medida que facilitaria e automatizaria o procedimento arrecadatório fazendo com que fosse cobrado o que é efetivamente devido. Assim como uma empresa privada que administra uma cadeia de suprimentos pode se beneficiar do blockchain reduzindo os erros nas remessas, obtendo melhor rastreamento de produtos, insumos ou materiais e reduzindo o risco de adulteração ilícita de registros, a intermediação desse processo com o fisco e com os bancos pode trazer benefícios ainda maiores tanto para as empresas que têm interesse em ser tributada de maneira coerente com as operações realizadas quanto para o poder público que busca a eficácia, rapidez e lisura do processo.

### 3 Automação via smart contracts

Se os mecanismos eletrônicos de tributação fossem programados usando DLT, trariam muitas novas possibilidades jurídicas, principalmente relacionada à possibilidade de vincular à rede *smart contracts*. Apesar de chamados de contratos, são programas de computador para executar, automaticamente, algum ato jurídico (por exemplo, comprovação de entrega de bem, recolhimento de tributo ou de um pagamento).

Um *smart contract* é um contrato automático e exequível. Automático por computador, embora algumas partes possam requerer entrada e controle humanos. Exequível pela aplicação legal de direitos e obrigações ou pela execução à prova de adulteração por código de computador <sup>16, 17</sup>.

São procedimentos armazenados nos registros do blockchain, como ferramenta para automatizar uma grande quantidade de procedimentos negociais e contábeis. Usando o DLT a execução é validada e garantida pelas regras do sistema distribuído e o resultado é verificável e auditável pelos participantes da rede. Na prática, os operadores poderiam vincular o código de programação do *smart contract* aos contratos jurídicos normais de prestação de serviços e de compra e venda públicos e privados já existentes.

Em termos técnicos, há basicamente duas diferenças. Se programados no *protocol layer* <sup>18</sup> se tornam automáticos, autoexecutáveis, não podem mais ser alterados ou suspensos e o resultado computacional se torna visível para todos os usuários. Por outro lado, aumenta a exposição a ataques, levanta questões de confidencialidade e de privacidade e demanda muita capacidade computacional para armazenar os dados, transmitir e processar os termos contratuais. Porém, se programados para serem um aplicativo operacionalizado na rede

<sup>15</sup> BUENO, Rodrigo; VEIGA, Allan Koch. *Plataformas blockchain*. Características e aplicações. 2018. Disponível em: <http://www.bbchain.com.br>.

<sup>16</sup> CLACK, Christopher D.; BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee. Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions. *Barclays Bank*, 2016. Disponível em: <http://arxiv.org/abs/1608.00771>. Acesso em: 10 jul. 2018. p. 2.

<sup>17</sup> Tradução livre feita pelos autores do trecho: A smart contract is an automatable and enforceable agreement. Automatable by computer, although some parts may require human input and control. Enforceable either by legal enforcement of rights and obligations or via tamper-proof execution of computer code.

<sup>18</sup> HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. *2017 Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=3040224>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 68.

DLT, diminuem-se os riscos de ataque, um bug no contrato (aplicativo) não compromete a rede toda, porém há desvantagens, pois se tornam apenas indiretamente autoexecutáveis na rede e se tornam vulneráveis a alterações e suspensões indesejadas.

Um aspecto crucial desse sistema de contabilidade distribuída é alcançar um consenso entre as máquinas conectadas sobre o estado do livro razão onde consta todos os lançamentos. Os validadores têm autorização de confirmar as transações, criptografar em blocos e vinculá-las na rede, são “fabricantes de blocos” ou “assinantes”<sup>19</sup> para formar um sistema de blocos encadeados de dados. Nessa função de validador também podem, em tempo real, verificar e validar transações e, se necessário, rejeitá-las imediatamente. Em suma, os validadores têm a capacidade distribuída de monitorar, supervisionar e auditar trocas, operações e acordos em tempo real, o que poderia melhorar os sistemas de fiscalização existentes hoje.

Quanto à natureza dos ativos digitais transacionados no DLT: o bem pode ser nativo digital, criado na própria cadeia, como é o caso das criptomoedas ou pode ser uma representação digital de um bem ou serviço existente fora do mundo digital. Nessa segunda opção precisa ser digitalizado e representado por um *token* para poder ser transacionado na rede de contabilidade distribuída.

Por meio desse processo chamado de *tokenização*, quase todos os ativos podem ser representados digitalmente e negociados em tecnologia de contabilidade distribuída. Porém representar recursos do mundo real no digital sempre exigirá processos externos à rede DLT e portanto submetidos a interferências sobre as quais a linguagem de programação não terá controle. Assegurar a veracidade e a precisão dos dados antes de entrar no DLT é de responsabilidade dos participantes. Mas isso já ocorre no atual sistema digital, em que o preenchimento dos formulários é de responsabilidade das partes.

Porém, considerando-se a imutabilidade desses dados uma vez que forem inseridos, provavelmente poderão gerar responsabilidades civis e penais decorrentes da incorreta alimentação do banco de dados, ou será delegada a uma série de garantidores, certificadores, auditores ou provedores específicos de serviços de *tokenização* no futuro. Outros terceiros, também, podem vir a ser úteis para assumir possíveis riscos jurídicos, securitizar as operações ou garantir a precisão das entradas de dados externos.

Desse modo, a utilização do DLT é um grande aliado nos processos de monitoramento e auditoria necessários para o efetivo *accountability* das obrigações e favorece pequenos e médios produtores por facilitar a atuação. “Eventualmente, as empresas tradicionais podem desaparecer, já que a maior parte da produção será no mundo virtual, inclusive, tais avanços em ciência e tecnologia podem mudar de produção em massa para produção pela massa”<sup>2021</sup>.

Porém a DLT não é, por si só, uma tecnologia de banco de dados mais eficiente e segura, depende dos usos para que é utilizada e da realidade em que é implementada. É uma solução técnica e economicamente justificada quando os governos identificam problema de atraso, ineficiência, dificuldade entre vários envolvidos em chegar a um consenso sobre a existência e evolução de fatos compartilhados.

Com base nessa ideia de código como uma fonte adicional de regras que restringem o comportamento em sistemas baseados em tecnologia, o código DLT pode ser conceituado como um sistema jurídico estrangeiro. [...] cada vez que uma agência governamental move um processo legal para um sistema baseado em DLT, ocorre um transplante legal: a agência transplanta a lei existente para o domínio do código DLT<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> TAPSCOT, Don; TAPSCOT, Alex. How Blockchain Will Change Organizations. *MIT Sloan Management Review*, 2017. Disponível em: <http://sloanreview.mit.edu/article/how-blockchain-will-change-organizations/>. Acesso em: 30 out. 2017. p. 2.

<sup>20</sup> VINANCHIARCHI, Jebamalai. *Making Science and Technology Work for All*. Disponível em: <http://www.e-ir.info/2017/01/24/making-science-and-technology-work-for-all/>. Acesso em: 31 out. 2017. p. 2.

<sup>21</sup> O original em inglês do trecho citado é: *Such a highly interactive framework is supposed to unlock the development potential of countries. A different school of thought points to the possibility of the digital world ruling future patterns of development, which will largely be influenced by open innovation and value creation, operating in a virtual network. Eventually, traditional companies may disappear as most production will be in the virtual world. Perhaps, such advances in science and technology may make real Mahatma Gandhi's dream to shift from mass production to production by the mass.*

<sup>22</sup> CARLA, Reyes; JACOB, Bruce, Blockchain-Based Agencies. *Administrative & Regulatory Law News*, Chicago, v. 42, n. 4, p. 9–11,

Com o transplante de regulação pra sistemas baseados em tecnologia, surgem novos problemas decorrentes da renovação automática, da inserção de dados incorretos, de uma autoexecução de alguma cláusula “que responsabilidades, se houver, existirá para a equipe de tecnologia que escreveu o código?”<sup>23</sup>. Assim, ao mesmo tempo que pode oferecer benefícios significativos para melhorar a administração legal dos processos governamentais, pode significar novos desafios e descumprimentos de regras substantivas existentes, gerando a necessidade de construir uma nova jurisprudência para a governança por meio de DLT.

## 4 Tributação no Direito Brasileiro

Há várias classificações de impostos (tributos *não vinculados* a uma atividade estatal). Dentre elas, aquela que distingue os impostos em *diretos* (ou que não repercutem) e os impostos *indiretos* (ou que repercutem). Trata-se, como bem pontua Roque Antônio Carrazza, de uma classificação não jurídica, dado que “perante o Direito, é despidendo saber quem suporta a carga econômica do imposto. O que importa, sim, é averiguar quem realizou seu fato imponible, independentemente de haver, ou não, o repasse do valor do imposto para o preço final do produto, da mercadoria, do serviço etc.”<sup>24</sup>.

Nos chamados impostos *diretos* (que não repercutem), a carga econômica é suportada pelo realizador do fato imponible (exemplo claro é o imposto sobre a renda, aonde o patrimônio de quem auferiu rendimentos líquidos é alcançado por esta tributação). Já para os impostos *indiretos* (que repercutem), ocorre que a carga econômica, via de regra, é suportada não pela pessoa que realizou o fato imponible, mas por um terceiro.

[...] tributo direto é aquele que o contribuinte de direito não pode repercuti-lo, isto é, o contribuinte de jure não pode repercutir pelo fato de incidir diretamente sobre ele o encargo tributário. Há neste caso percussão, pois a tributação se dá de forma imediata, direta, na primeira pessoa atingida pelo tributo. Tributação indireta é aquela que o contribuinte de direito pode repercuti-la, ou seja, pela repercussão apura-se o contribuinte de fato pelas translações ou traspasses sucessivos operados pelo (s) contribuinte (s) de direito. Os tributos indiretos incidem definitivamente sobre aquele que adquirir e consumir o bem ou serviço tributado<sup>25</sup>.

O problema dessa classificação “não jurídica” dos impostos é revelado pela redação do artigo 166 do Código Tributário Nacional que enuncia que no caso de pagamento indevido: “*Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.*”<sup>26</sup>.

Nesse caso, para um imposto indireto, caberá ao contribuinte de direito fazer a prova de que ele suportou com o encargo do imposto e, portanto, tem direito à restituição do tributo. Trata-se de uma situação fática, aferível caso a caso, seja para demonstrar que não agregou o tributo ao preço; ou, ainda, pela impossibilidade prática da transferência nas circunstâncias especiais do caso concreto<sup>27</sup>.

2017. p. 6.

<sup>23</sup> CARLA, Reyes; JACOB, Bruce, Blockchain-Based Agencies. *Administrative & Regulatory Law News*, Chicago, v. 42, n. 4, p. 9–11, 2017. p. 7.

<sup>24</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito tributário constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 499-500.

<sup>25</sup> GASSEN, Valcír. *Tributação na Origem e Destino*. Princípios Jurisdicionais em Processo de Integração Econômica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

<sup>26</sup> A Súmula 546 do Supremo Tribunal Federal está assim redigida: “Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo.”

<sup>27</sup> Como exemplo dessa última hipótese (impossibilidade prática da transferência) temos a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Inexigível a comprovação da não repercussão do imposto (ICM), na sistemática adotada na exportação de café em grãos, porquanto o preço, sendo tabelado, sujeito a regime próprio para o recolhimento de impostos, não há como ser repassado ao importador estrangeiro.” (STJ – REsp 138.007/ES – 1ª Turma – Rel. Min. Demócrito Reinaldo, votação unânime, julgado em 07/11/1997, publicado no DJ de 15/12/97, p. 66273).

Quanto aos partícipes da relação jurídica tributária, temos de um lado o *sujeito ativo*<sup>28</sup> da obrigação tributária; e, de outro, o *sujeito passivo* que, por sua vez, se divide, em sujeito passivo da obrigação tributária *principal* (CTN, art. 121)<sup>29</sup> e, o sujeito passivo da obrigação tributária *acessória* (CTN, art. 122)<sup>30</sup>. A Constituição Federal do Brasil prevê, no §7º do seu art. 150, que a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição. Trata-se da figura chamada de *substituição tributária*<sup>31</sup>.

Essa substituição tributária pode ser antecedente (para trás, ou regressiva) quando o contribuinte que receber a mercadoria tiver que arcar com o recolhimento do tributo devido em relação ao fato gerador ocorrido anteriormente. Pode ser concomitante quando a obrigação do recolhimento for transferida ao terceiro diferente de quem esteja realizando a ação tributável, simultaneamente à ocorrência do fato gerador. E, também, pode ser subsequente (para frente), quando houver a delegação da responsabilidade a um determinado contribuinte, antes mesmo da hipótese de incidência ocorrer, como é o caso do fabricante ou o importador que recolhe o valor do tributo que incidirá nas operações subsequentes em relação à mercadoria, até que ela seja destinada ao consumidor final<sup>32</sup>.

O instituto da substituição desfruta de grande atualidade no Brasil, difundindo-se intensamente como vigoroso instrumento de controle racional e de fiscalização eficiente no processo de arrecadação dos tributos. [...] Agora, na chamada substituição para frente, nutrida pela suposição de que determinado sucesso tributário haverá de realizar-se no futuro, o que justificaria uma exigência presente, as dificuldades jurídicas se multiplicam em várias direções, atropelando importantes valores constitucionais. Para atenuar os efeitos aleatórios dessa concepção de incidência, acena-se com um expediente compensatório ágil, que possa a qualquer momento ser acionado para recompor a integridade econômico-financeira da pessoa atingida, falando-se até em lançamentos escriturais imediatamente lavrados nos livros próprios. Por esse modo se pretende legitimar, perante o ordenamento jurídico, a extravagante iniciativa de tributar fatos futuros, sobre os quais nada se pode adiantar<sup>33</sup>.

De uma maneira simplificada, na substituição tributária subsequente, é o primeiro contribuinte da cadeia produtiva que ficará responsável pela retenção e pagamento do imposto referente a todas operações subsequentes. Ou seja, esse sujeito passivo recolhe, além dos tributos devidos pelas operações próprias, os que serão devidos nos demais elos da cadeia produtiva. Para que esse modelo não infrinja os princípios constitucionais tributários, o mecanismo de ressarcimento para reaver os valores pagos a maior deveriam ser ágeis, fáceis de serem utilizados e de preferência automáticos, o uso de uma DLT possibilitaria isso.

Além dos casos de substituição tributária, aplica-se, também, quando não há cumulatividade. Alguns

<sup>28</sup> Assim definido no artigo 119 do Código Tributário Nacional: “Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.”

<sup>29</sup> No texto do artigo 121 do Código Tributário Nacional: “Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.”; e, o parágrafo único desse mesmo artigo completa dizendo “O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

<sup>30</sup> “Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.”

<sup>31</sup> Decidiu o Supremo Tribunal Federal que: “na substituição tributária, sempre teremos duas normas: a) a norma tributária impositiva, que estabelece a relação contributiva entre o contribuinte e o fisco; b) a norma de substituição tributária, que estabelece a relação de colaboração entre outra pessoa e o fisco, atribuindo-lhe o dever de recolher o tributo em lugar do contribuinte. A validade do regime de substituição tributária depende da atenção a certos limites no que diz respeito a cada uma dessas relações jurídicas. Não se pode admitir que a substituição tributária resulte em transgressão às normas de competência tributária e ao princípio da capacidade contributiva, ofendendo os direitos do contribuinte, porquanto o contribuinte não é substituído no seu dever fundamental de pagar tributos. A par disso, há os limites à própria instituição do dever de colaboração que asseguram o terceiro substituído contra o arbítrio do legislador. A colaboração dele exigida deve guardar respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se lhe podendo impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos, desnecessários ou ineficazes. Não há qualquer impedimento a que o legislador se valha de presunções para viabilizar a substituição tributária, desde que não lhes atribua caráter absoluto. ...” (RE 603.191, rel. min. Ellen Gracie, j. 1º-8-2011, P, DJE de 5-9-2011, Tema 302)

<sup>32</sup> ROSA, José Roberto. *Curso Básico de ICMS* - com o professor José Rosa. 3. ed. [s.l.]: Ottoni, 2012.

<sup>33</sup> GASSEN, Valcir. *Tributação na Origem e Destino*. Princípios Jurisdicionais em Processo de Integração Econômica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.



tributos no Brasil são cumulativos incidem em várias fases de circulação do bem sem ser possível deduzir o valor que já incidiu nas fases anteriores de produção e comercialização. Por sua vez, alguns tributos têm característica de não serem cumulativos, incidem em várias fases da cadeia produtiva apenas sobre o valor agregado naquela etapa específica, ou seja, todos os tributos já pagos anteriormente são descontados do valor devido na próxima etapa. Uma DLT facilitaria a escrituração desses descontos e operacionalizaria de maneira mais efetiva o acompanhamento de toda a cadeia produtiva.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) é a principal fonte de financiamento dos estados brasileiros na última década a “arrecadação total do ICMS foi de aproximadamente 7% do produto interno bruto (PIB) brasileiro”<sup>34</sup>. E o ICMS segue a regra da não cumulatividade conforme previsão constitucional:

Art. 155 CF. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte I – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores<sup>35</sup>

Em tese o contribuinte do ICMS pagará sobre o valor agregado, ou seja, sobre o que obteve de lucro bruto<sup>36</sup>. Contudo, o Princípio da Não Cumulatividade, ainda, não é satisfeito em sua plenitude<sup>37 38</sup> por diversas razões, o que impede de ser o ICMS um verdadeiro tributo sobre valor agregado (IVA).

Com exceção das operações interestaduais em que a alíquota interestadual é inferior à alíquota interna, nesse caso, o contribuinte do Estado de destino recolherá a diferença existente entre a alíquota interestadual e a interna<sup>39</sup>. A partir da Emenda Constitucional n.º 87/2015, em virtude do comércio eletrônico, começou a ser aplicado sobre as vendas para consumidor final localizado em outro estado, sendo ele contribuinte ou não do imposto, além da alíquota interestadual, o diferencial de alíquota devido ao estado do destinatário. “*Antes da mudança, esse diferencial somente era devido se a venda fosse feita para o consumidor final contribuinte do imposto.*”

<sup>34</sup> SACHSIDA, Adolfo; LUKIC, Melina de Souza Rocha. *Tributação no Brasil: estudos, ideias e proposta: ICMS, seguridade social, carga tributária, impactos econômicos*, Brasília: IPEA, 2017.

<sup>35</sup> CF, Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>36</sup> Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que “O princípio da não cumulatividade do ICMS consiste em impedir que, nas diversas fases da circulação econômica de uma mercadoria, o valor do imposto seja maior que o percentual correspondente à sua alíquota prevista na legislação. O contribuinte deve compensar o tributo pago na entrada da mercadoria com o valor devido por ocasião da saída, incidindo a tributação somente sobre valor adicional ao preço. Na hipótese dos autos, a saída da produção dos agravantes não é tributada pelo ICMS, pois sua incidência é diferida para a próxima etapa do ciclo econômico. Se nada é recolhido na venda da mercadoria, não há que se falar em efeito cumulativo. O atacadista ou industrial, ao comprar a produção dos agravantes, não recolhe o ICMS, portanto não escritura qualquer crédito desse imposto. Se a entrada da mercadoria não é tributada, não há créditos a compensar na saída. Impertinente a invocação do princípio da não cumulatividade para permitir a transferência dos créditos de ICMS, referente à compra de insumos e maquinário, para os compradores da produção agrícola, sob o regime de diferimento.” (RE 325.623 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-3-2006, 2º T, DJ de 7-12-2006). **No mesmo sentido:** RE 572.925 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 15-2-2011, 1ª T, DJE de 25-3-2011.

<sup>37</sup> SACHSIDA, Adolfo; LUKIC, Melina de Souza Rocha. *Tributação no Brasil: estudos, ideias e proposta: ICMS, seguridade social, carga tributária, impactos econômicos*, Brasília: IPEA, 2017. p. 37.

<sup>38</sup> Decidiu o Supremo Tribunal Federal que: “a aquisição de produtos intermediários, sujeitos ao regime de crédito físico, aplicados no processo produtivo que não integram fisicamente o produto final não gera direito ao crédito de ICMS. O princípio constitucional da não cumulatividade é uma garantia do emprego de técnica escritural que evite a sobreposição de incidências, sendo que as minúcias desse sistema e o contencioso que daí se origina repousam na esfera da legalidade.” (RE 689.001 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 6-2-2018, 2º T, DJE de 26-2-2018).

<sup>39</sup> Conforme a orientação do Supremo Tribunal Federal: “A jurisprudência desta Corte possui entendimento firmado no sentido de que, nas operações interestaduais, o creditamento do ICMS na operação subsequente deve corresponder ao montante que foi efetivamente recolhido na operação anterior.” (RE 491.653 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 8-5-2012, 2ª T, DJE de 21-5-2012).

*Para os não contribuintes, aplicava-se somente a alíquota interna do estado de saída”*<sup>40</sup>.

Art. 155 CF. [...]VII – nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual VIII – a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto<sup>41</sup>.

Para operacionalizar esses lançamentos no livro fiscal Registro de Saídas, são escrituradas as notas de saídas com o débito do ICMS. No livro Registro de Entradas são escrituradas as notas de compras com o respectivo crédito do ICMS. A empresa pode creditar todos os insumos que vão integrar o produto final ou serão consumidos integralmente no processo produtivo, o qual não inclui ferramentas, materiais administrativos, ou para uso e consumo na fábrica que se desgastam ao longo do tempo. Feito isso ao final do período de apuração, que normalmente é mensal, faz-se o encontro dos débitos e créditos no livro Registro de Apuração do ICMS, preenche-se a GIA (guia de informação e apuração) e então é recolhido o ICMS. Todos esses livros já são feitos digitalmente, desde a implementação do SPED Fiscal com o Ajuste SINIEF 02/2009<sup>42</sup>. A utilização do DLT poderia trazer mais eficiência a esse processo.

Pode ocorrer, ao final do período de apuração, a constatação de saldo credor, em virtude, por exemplo, de a empresa ter estocado muitas mercadorias ou ter exportado com não incidência e manutenção do crédito. Nesse caso, o saldo credor é transportado para o período seguinte<sup>43</sup>.

Atualmente, apesar de possível a transferência do crédito tributário, a operacionalização dessas transferências é muito burocrática o que acaba impedindo que exportadores, por exemplo, que tenham grande volumes de créditos passem para outras empresas esses valores. O uso do DLT, com maior transparência e rastreabilidade, permitiria melhor verificação da conformidade dos recolhimentos e facilitaria a supervisão da Secretaria, eventualmente, possibilitando, inclusive, o desenvolvimento de um mercado de crédito tributário.

A Lei Kandir (Lei Complementar 87/1996) autoriza que o crédito acumulado nas exportações seja transferido pela empresa a outro estabelecimento ou a outra empresa no mesmo Estado (art. 25, inc. II). Ou seja, comprou insumos tributados, mas exportou de forma isenta (não pode debitar o seu saldo credor), então pode vender esse crédito para outras empresas que tenham comprado menos insumos tributados. No Estado de São Paulo, por exemplo, “*poderá adquirir insumos e bens de ativo pagando com crédito acumulado*”<sup>44</sup>.

Art. 25. [...] § 1º Saldos credores acumulados a partir da data de publicação desta Lei Complementar por estabelecimentos que realizem operações e prestações de que tratam o inciso II do art. 3º e seu parágrafo único podem ser, na proporção que estas saídas representem do total das saídas realizadas pelo estabelecimento: I – imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado; II – havendo saldo remanescente, transferidos pelo sujeito passivo a outros contribuintes do mesmo Estado, mediante a emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito.<sup>45</sup>

Não apenas em relação à exportação que pode ocorrer o acúmulo de crédito. Também as operações interestaduais quando a alíquota interestadual é menor que a alíquota interna, ou quando empresas vendem com diferimento (substituição tributária para frente, remetente transfere a responsabilidade tributária para o destinatário) sem que haja obrigatoriedade de estornar o crédito, ou quando vendem com algumas isenções

<sup>40</sup> SACHSIDA, Adolfo; LUKIC, Melina de Souza Rocha. *Tributação no Brasil: estudos, ideias e proposta: ICMS, seguridade social, carga tributária, impactos econômicos*, Brasília: IPEA, 2017. p. 40.

<sup>41</sup> CF, Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>42</sup> PAC. Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal. *Sistema Público de Escrituração Fiscal e Digital (Sped) Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007*. Disponível em: <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/964>.

<sup>43</sup> ROSA, José Roberto. *Curso Básico de ICMS - com o professor José Rosa*. 3. ed. [s.l.]: Ottoni, 2012. p. 88.

<sup>44</sup> ROSA, José Roberto. *Curso Básico de ICMS - com o professor José Rosa*. 3. ed. [s.l.]: Ottoni, 2012. p. 104.

<sup>45</sup> BRASIL, Congresso Nacional, Lei Kandir LC N.º 87/1996.

que dão direito à manutenção do crédito<sup>46</sup>. Nesses casos, a lei estadual permitirá, ou não, a transferência desses créditos (Lei Complementar 87/1996, art. 25, § 2º, inc. II).

Este artigo aponta para o uso de DLT quando há grande quantidade de documentos, burocracia e diversos entes envolvidos. No caso específico em análise, os dados seriam alimentados diretamente pelos contribuintes como são feitos no atual sistema da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), mediante assinatura digital e autorização de uso fornecida pela administração tributária do domicílio do contribuinte. Porém, os processos de reconciliação dos dados lançados seriam aprimorados, permitindo a obtenção de eficiência operacional, automação e processamento de dados mais rápido.

## 5 Compensação em matéria tributária

Como vimos nas linhas introdutórias, o instituto da compensação é causa de extinção do crédito tributário. Desse modo, a sua aplicação deve ser privilegiada pelo Estado como forma de satisfação da Fazenda Pública e de quitação da obrigação por parte do sujeito passivo. Todavia, a compensação não se opera automaticamente, sendo necessária, para sua ocorrência tal, a participação da autoridade administrativa. Vale dizer, o crédito do contribuinte deve ser reconhecido pela administração.

De acordo com a doutrina, “a compensação dos Códigos Civil e Comercial é modalidade de pagamento compulsório ou de extinção compulsória da dívida, no sentido de que o devedor pode forçar o credor a aceitá-la, retendo o pagamento ou lhe opondo como defesa o próprio crédito à ação de cobrança acaso intentada. No Direito Fiscal, a compensação é condicionada ao discricionarismo do Tesouro Público”<sup>47</sup>.

Especificamente quanto ao Imposto Estadual (ICMS – Constituição Federal artigo 155, inc. II), há a previsão constitucional de que este “será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal” (art. 155, §2º, inc. I). Na Lei Kandir (Lei Complementar 87/96), especificamente a respeito da compensação, há a previsão de que “Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação”, excetuados os casos previstos nos §§1º e 3º, do mesmo dispositivo da lei. Aqui, portanto, o sistema de compensação se opera entre débitos e créditos do mesmo imposto (ICMS), de modo a prevalecer a não cumulatividade característica desse tributo. Para não ser cumulativo, abate-se do valor do ICMS incidente sobre a operação de saída o valor correspondente ao ICMS pago na operação de entrada da mercadoria, como regra. Por isso mesmo, a doutrina é enfática a proclamar que se trata de uma compensação com regime jurídico próprio, que não se confunde com a compensação como forma de extinção do crédito tributário<sup>48</sup>.

Destarte, a “compensação” de que trata o art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal não se confunde com a “compensação” referida nos arts. 156, inc. II e 170 do Código Tributário Nacional. A primeira é forma de apuração do imposto a recolher cujo resultado, quando antecipado o recolhimento, extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco. A segunda é forma de extinção do crédito tributário, pela sua compensação com créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública e depende de expressa previsão legal.

A compensação como forma de extinção do crédito tributário, tal como prevista nos artigos 156, inc. II

<sup>46</sup> ROSA, José Roberto. *Curso Básico de ICMS* - com o professor José Rosa. 3. ed. [s.l.]: Ottoni, 2012. p. 105.

<sup>47</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

<sup>48</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

e 170 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966) exige que: a) o crédito do sujeito passivo contra a Fazenda Pública seja líquido e certo; b) a compensação esteja autorizada por lei; e c) se observem as condições e garantias que a lei estipular, inclusive as atribuídas à autoridade administrativa.

Como regra geral, o artigo 100 da Constituição Federal do Brasil prevê que “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”<sup>49</sup>.

No âmbito federal, a compensação tributária está prevista no artigo 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996. A disciplina infralegal do instituto encontra-se disposta no artigo 65 da Instrução Normativa RFB n.º 1.717, de 17 de julho de 2017. Para aqueles que integram o chamado sistema “Simples Nacional” (Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), a matéria é tratada no § 10 do artigo 21, da Lei Complementar e no artigo 131 da Resolução CGSN n.º 140, de 22 de maio de 2018.

No âmbito dos Estados, diversas normas têm sido editadas especificamente para autorizar a compensação do ICMS exigível com crédito acumulado. Destacamos, no Estado de São Paulo, a criação do SISTEMA e-CredAc, segundo o qual se processa a administração do crédito acumulado do ICMS (nos termos da Portaria CAT n.º 26, de 12 de fevereiro de 2010). E, por “crédito acumulado do ICMS”, o artigo 71 do Regulamento do ICMS de São Paulo, considerada aquela decorrente de: “I – aplicação de alíquotas diversificadas em operações de entrada e de saída de mercadoria ou em serviço tomado ou prestado; II – operação ou prestação efetuada com redução de base de cálculo nas hipóteses em que seja admitida a manutenção integral do crédito; III – operação ou prestação realizada sem o pagamento do imposto nas hipóteses em que seja admitida a manutenção do crédito, tais como isenção ou não incidência, ou, ainda, abrangida pelo regime jurídico da substituição tributária com retenção antecipada do imposto ou do diferimento. Parágrafo único – Em se tratando de saída interestadual, a constituição do crédito acumulado nos termos do inciso I somente será admitida quando, cumulativamente, a mercadoria: 1 – for fisicamente remetida para o Estado de destino; 2 – não regresse a este Estado, ainda que simbolicamente”.

## 6 Nota Fiscal Eletrônica e certificação digital

A NF-e é parte do Sistema Público de Escrituração Fiscal e Digital (Sped), que se divide em três partes o Sped Contábil, o Sped Fiscal e a Nota Fiscal Eletrônica. Segundo a Receita Federal do Brasil <sup>50</sup>, o Sped surge com o propósito de desenvolver a integração dos fiscos, tornando as obrigações acessórias mais uniformes,

<sup>49</sup> No § 9º, do mesmo artigo 100, foi inserida previsão de que “no momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.”, conforme redação da Emenda Constitucional 62/2009. Todavia, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “a compensação de tributos devidos à Fazenda Pública com créditos decorrentes de decisão judicial caracteriza pretensão assentada em norma considerada inconstitucional (art. 100, §§ 9º e 10, da Constituição da República, com redação conferida pela EC 62/2009). O Plenário do STF, ao julgar a ADI 4.357 e a ADI 4.425, assentou a inconstitucionalidade dos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição da República, com redação conferida pela EC 62/2009, forte no argumento de que a compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios embaraça a efetividade da jurisdição (CRFB, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CRFB, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º) e ofende a isonomia entre o poder público e o particular (CRFB, art. 5º, caput), cãnone essencial do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput). Destarte, não se revela constitucionalmente possível a compensação unilateral de débitos em proveito exclusivo da Fazenda Pública mesmo que os valores envolvidos estejam sujeitos ao regime de pagamento por RPV.” (decisão no RE 657.686, rel. min. Luiz Fux, j. 23-10-2014, Tema 511 de repercussão geral). No mesmo sentido, a decisão na ADI 4.425, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 14-3-2013.

<sup>50</sup> PAC. Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal. *Sistema Público de Escrituração Fiscal e Digital (Sped) Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007*. Disponível em: <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/964>.

assim estabelecendo a transmissão única das obrigações exigidas pelos órgãos fiscalizadores, facilitando identificar ilícitos tributários, melhorando o controle dos processos, garantindo facilidade no acesso às informações bem como a responsabilização efetiva. Dentro das empresas, a implementação do Sped exigiu aplicação de mecanismos de controles internos com rotinas e procedimentos informatizados para auxiliar o cumprimento das obrigações tributárias acessórias, dentro dos prazos legais, com informações fidedignas e seguras <sup>51</sup>.

O Decreto n.º 6.022/2007, em seu Art. 2º, estabelece que o Sped tem a função de unificar a contabilidade empresarial no Brasil. Além disso, oficializa o uso de arquivos digitais para escriturações fiscais e contábeis mediante uso de um formato digital específico e padronizado. Com relação às notas fiscais são quatro os principais modelos de formato digital específico a NF-e, que será o objeto de estudo deste artigo, a Nota Fiscal de Serviço Eletrônica (NFS-e), Conhecimento de Transporte Eletrônico (CT-e) e a Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica (NFC-e).

Sped é instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos empresários e das pessoas jurídicas, inclusive imunes ou isentas, mediante fluxo único, computadorizado, de informações. § 1º Os livros e documentos de que trata o caput serão emitidos em forma eletrônica, observado o disposto na Medida Provisória no 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. § 2º O disposto no caput não dispensa o empresário e as pessoas jurídicas, inclusive imunes ou isentas, de manter sob sua guarda e responsabilidade os livros e documentos na forma e prazos previstos na legislação aplicável <sup>52</sup>.

A NF-e é o documento fiscal que a pessoa inscrita no Cadastro de Contribuintes do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e no do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) emitirá, conforme as operações de circulação de mercadoria que realizar, excetuados os casos quando for o produtor ou quando a mercadoria estiver direcionada ao consumidor final. Denominada de modelo 55 substitui a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A e é emitida:

Art. 125 do RICMS

I – antes de iniciada a saída da mercadoria;

II – no momento do fornecimento de alimentação, bebida ou outra mercadoria, em qualquer estabelecimento;

III – antes da tradição real ou simbólica da mercadoria <sup>53</sup>:

A NF-e somente existe enquanto documento eletrônico<sup>54</sup>, prescinde de qualquer suporte físico e é suficiente para conter todas as informações fiscais da operação comercial, desde que assinado digitalmente, nos termos da legislação brasileira de maneira a garantir a integridade dos dados e a autoria do emissor. Para acompanhar o trânsito da mercadoria, será impressa uma representação gráfica simplificada da Nota Fiscal Eletrônica, intitulada DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica).

Porém, o DANFE não é nota fiscal, nem a substitui. Inclusive, a responsabilidade acessória de guarda dos documentos fiscais pelo período de 5 anos, prazo de decadência do direito de constituir a dívida tributária (lavrar auto de infração e imposição de multa) previsto no Código Tributário Nacional, conforme arts. 14 e 150, aplica-se ao documento digital. Portanto, nada adianta o contribuinte guardar os DANFEs impressos se não guardar os XLMS, tipo de arquivo digital.

<sup>51</sup> TRETER, Jaciara; GONÇALVES, Andrielle Lew; PORCIUNCULA, Luciana, Nota fiscal eletrônica na rotina dos clientes de um escritório contábil – uma experiência desafiador. *Cataventos* – Revista de Extensão da Universidade de Cruz Alta, v. 10, n. 1, p. 33–54, 2018.

<sup>52</sup> PAC. Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal. *Sistema Público de Escrituração Fiscal e Digital (Sped) Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007*. Disponível em: <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/964>.

<sup>53</sup> ALESP. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação* – RICMS. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/legislacao/norma.do?id=5072>.

<sup>54</sup> PAESANI, Lílina Minardi. *Direito de Informática*. Direito edition. São Paulo: Atlas, 2015.

A Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é um documento de existência exclusivamente digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar uma operação de circulação de mercadorias ou prestação de serviços, no campo de incidência do ICMS, cuja validade jurídica é garantida por duas condições necessárias: a assinatura digital do emitente e a Autorização de Uso fornecida pela administração tributária do domicílio do contribuinte <sup>55</sup>.

A NF-e não é aplicada quando outros tipos de documentos fiscais são necessários como: Nota Fiscal de Venda a Consumidor, Cupom Fiscal a Consumidor, Nota Fiscal de Produtor, Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, Nota Fiscal de Serviço de Transporte, Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, Conhecimento de Transporte Aquaviário de Cargas, Conhecimento Aéreo, do Conhecimento de Transporte Ferroviário de Cargas, Bilhete de Passagem Rodoviário, Bilhete de Passagem Aquaviário, Bilhete de Passagem Aeroviário e Nota de Bagagem, Bilhete de Passagem Ferroviário, Despacho de Transporte, Resumo de Movimento Diário, Ordem de Coleta de Carga, Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, e Manifesto de Carga.

Ao todo são oito modelos de documentos fiscais eletrônicos, no intuito de cobrir toda a cadeia produtiva, desde a indústria, passando pelo serviço de transporte de cargas, até o varejo e o consumidor final. São eles: (i) Nota Fiscal eletrônica (NF-e), (ii) Conhecimento de Transporte eletrônico (CT-e), (iii) Manifesto eletrônico de Documentos Fiscais (MDF-e), (iv) Sistema Autenticador e Transmissor de Cupons Fiscais eletrônicos (SAT-CF-e), (v) Nota Fiscal de Consumidor eletrônica (NFC-e), (vi) Conhecimento de Transporte eletrônico de Outros Serviços (CT-e OS), (vii) Bilhete de Passagem eletrônico (BP-e) — em elaboração, e (viii) Nota Fiscal de Energia Elétrica eletrônica (NF3E) — em elaboração <sup>56</sup>.

O número de envolvidos nessa forma de documentação digital é significativo, em 21/06/2018, havia 19,345 bilhões <sup>57</sup> somente de NF-es emitidas de acordo com cálculo realizado diariamente e não considerando as NF-es canceladas ou denegadas. E, em 12/06/2018, havia 1,503 milhões <sup>58</sup> de emissores de NF-e, conforme estatística feita a cada 10 dias e levando em conta apenas os contribuintes que efetivamente emitem NF-e nos últimos 30 dias.

No Brasil, as assinaturas digitais são de competência da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, estruturada por meio de uma “cadeia hierárquica de confiança que viabiliza a emissão de certificados digitais para identificação virtual do cidadão” <sup>59</sup>. Por força de lei, art. 10 da MP 2.200-2/2001, os documentos assinados digitalmente com certificado digital ICP-Brasil têm a mesma validade que os documentos assinados em papel.

O Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, vinculado à Casa Civil da Presidência da República é a Autoridade Certificadora Raiz (AC-Raiz) nessa cadeia hierárquica e também tem o papel de credenciar e descredenciar as demais certificadoras, supervisionar e fazer auditoria dos processos. Abaixo da AC-Raiz, estão diversas autoridades certificadoras que podem ser entidades, públicas ou privadas, responsáveis por emitir, distribuir, renovar, revogar e gerenciar certificados digitais. Têm a responsabilidade de verificar se o titular do certificado possui a chave privada que corresponde à chave pública que faz parte do certificado digital.

<sup>55</sup> ENCAT. Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais. *Nota Fiscal Eletrônica – Manual de orientação do contribuinte versão 6*. 2015. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/listaHistorico.aspx?tipoConteudo=jX820xdYiQU=..>

<sup>56</sup> FERNANDEZ, Marcelo Luiz Alves. *Aplicações de documentação fiscal eletrônica em sistemas logísticos: casos práticos*. text, Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3143/tde-22052018-142117/>. Acesso em: 6 jul. 2018. p. 16.

<sup>57</sup> ENCAT. Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais. *Nota Fiscal Eletrônica – Manual de orientação do contribuinte versão 6*. 2015. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/listaHistorico.aspx?tipoConteudo=jX820xdYiQU=..> p. 8.

<sup>58</sup> ENCAT. Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais. *Nota Fiscal Eletrônica – Manual de orientação do contribuinte versão 6*. 2015. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/listaHistorico.aspx?tipoConteudo=jX820xdYiQU=..> p. 9

<sup>59</sup> ICP-BRASIL, Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. *Certificação digital ICP-Brasil* - Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. Disponível em: <http://www.iti.gov.br/icp-brasil>. Acesso em: 21 jun. 2018.

O certificado digital ICP-Brasil funciona como uma identidade virtual que permite a identificação segura e inequívoca do autor de uma mensagem ou transação feita em meios eletrônicos, como a web. Esse documento eletrônico é gerado e assinado por uma terceira parte confiável, ou seja, uma Autoridade Certificadora - AC que, seguindo regras estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, associa uma entidade (pessoa, processo, servidor) a um par de chaves criptográficas. O certificado digital ICP-Brasil é um documento eletrônico, que pode ser emitido para cidadãos, pessoas físicas, e empresas, pessoas jurídicas. O uso do certificado ICP-Brasil garante validade jurídica, autenticidade, confidencialidade, integridade e não repúdio às operações realizadas por meio dele em ambiente virtual <sup>60</sup>.

Na prática, considerando-se essa cadeia hierárquica prevista na legislação brasileira, o emissor da NF-e pode escolher usar qualquer das certificadoras autorizadas para operar o certificado digital ICP-Brasil. Uma vez assinado digitalmente, o arquivo eletrônico contendo os dados tributários da operação será transmitido pela Internet para a Secretaria de Fazenda, Finanças ou Tributação do Estado ou do Distrito Federal que for o competente. Essa SEFAZ, então, emitirá uma “Autorização de Uso”<sup>61</sup>, sem o qual não poderá haver o trânsito da mercadoria. É a Autorização de Uso, que transforma o documento eletrônico no Documento Fiscal denominado Nota Fiscal Eletrônica.

A SEFAZ competente faz com que esse documento fiscal eletrônico seja: 1) disponibilizado para consulta, online, dos destinatários e de outros legítimos interessados, que conheçam a chave de acesso do documento eletrônico; 2) transmitido para a Receita Federal, que será repositório nacional de todas as NF-e emitidas entre partes que não sejam consumidor final, ou seja, com modelo 55, antigo modelo 1 e 1-A ; 3) enviado para a Secretaria de Fazenda Estadual de destino da operação no caso de uma operação interestadual; e 4) remetido, quando for o caso, para os Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta e Indireta que tenham atribuição legal de regulação, normatização, controle e fiscalização.

A NF-e é implementada nacionalmente de forma integrada, pelas Secretarias de Fazenda dos Estados e Secretaria da Receita Federal do Brasil <sup>62</sup>, conforme Protocolo ENAT 03/2005 (27/08/2005), sob coordenação do Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais (ENCAT). Sua implantação dependeu de uniformização regulatória feita pelo Ajuste SINIEF 07/05, entre Estados, Distrito Federal e União e de legislação complementar contida no Ato COTEPE 72/05, de 22/12/2005 e nas subsequentes modificações e atualizações.

A utilização da tecnologia tem trazido várias mudanças para os contribuintes, para os profissionais da contabilidade e para os fiscos trazendo benefícios bem como novos desafios. Se, por um lado, reduz gastos com a emissão dos documentos fiscais manuais, facilita o acesso da fiscalização às informações e reduz o percentual de sonegação fiscal, por outro lado, gera necessidade de investimentos em ferramentas tecnológicas e em pessoal capacitado para cumprir as novas exigências. Inclusive não necessariamente garantem a agilidade no processo de escrituração <sup>63</sup> mas, certamente, exigem o uso de softwares no processo de contabilização, apuração de impostos, geração de documentos e demais informações acessórias <sup>64</sup>.

A escrituração das notas e a apuração dos impostos deve ser feita de acordo com os códigos específicos previstos no Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) e na Nomenclatura Comum do Mercosul

<sup>60</sup> ICP-BRASIL, Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. *Certificação digital ICP-Brasil* - Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. Disponível em: <http://www.iti.gov.br/icp-brasil>. Acesso em: 21 jun. 2018.

<sup>61</sup> ENCAT. Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais. *Nota Fiscal Eletrônica – Manual de orientação do contribuinte versão 6*. 2015. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/listaHistorico.aspx?tipoConteudo=jX820xdYiQU=>.

<sup>62</sup> ENCAT. Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais. *Nota Fiscal Eletrônica – Manual de orientação do contribuinte versão 6*. 2015. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/listaHistorico.aspx?tipoConteudo=jX820xdYiQU=>.

<sup>63</sup> RUIZ, Lindemberger *et al.* *A implantação da Nota Fiscal Eletrônica NF-e e seus Benefícios à empresa e a sociedade*. Centro Universitário Candido Rondon – Unirondon - Cuiabá – MT – Brasil, 2011.

<sup>64</sup> TRETER, Jaciara; GONÇALVES, Andriele Lew; PORCIUNCULA, Luciana. Nota fiscal eletrônica na rotina dos clientes de um escritório contábil - uma experiência desafiadora. *Cataventos* - Revista de Extensão da Universidade de Cruz Alta, v. 10, n. 1, p. 33–54, 2018. p. 37.

(NCM). A grande diversidade de códigos e as necessidades de adequar as operações a fatos subsequentes como o furto ou o perecimento de uma carga que podem gerar notas de devolução de mercadorias por exemplo, também aumentam a complexidade.

Para dar início à emissão da Nota Fiscal Eletrônica, informa-se o tipo de operação, de entrada ou saída, qual o destino da mercadoria e a forma de pagamento. O tipo da operação pode ser classificada como compra, venda, consignação, devolução, remessas para demonstrações, industrializações e conserto <sup>65</sup>. Na sequência é informada a devida classificação de acordo com os CFOP, quatro algarismos que são os códigos das entradas e saídas de mercadorias, intermunicipal e interestadual, definindo assim se a operação fiscal irá recolher impostos, ou não <sup>66</sup>. Posteriormente, indica-se o código adotado pelos países do Mercosul, o NCM, uma classificação padrão para compras e vendas que reflete a natureza das mercadorias e facilita a coleta e análise das estatísticas do comércio determinando as alíquotas aplicáveis dos tributos incidentes.

Outros códigos a serem informados são os do CEST (Código Especificador de Substituição Tributária), que separa dentro de um mesmo NCM os produtos que são passíveis de substituição tributária de ICMS e o Código da Situação Tributária (CST) estabelecido para distinguir a origem da mercadoria e que identifica de forma uniformizada se as mercadorias são: tributadas integralmente, se submetem ao regime de substituição tributária, de antecipação de recolhimento de ICMS, tem redução de base de cálculo, são isentas ou não tributadas:

Figura 2 – CEST (Código Especificador de Substituição Tributária)

Tabela A - Origem da Mercadoria	Tabela B - Tributação pelo ICMS
0 - Nacional	00 - tributada integralmente
1 - Estrangeira - Importação direta	10 - tributada e com cobrança do ICMS por substituição tributária
2 - Estrangeira - Adquirida no mercado interno	20 - com redução de base de cálculo
A partir de 1º de janeiro de 2013:	30 - isenta ou não tributada e com cobrança do ICMS por substituição tributária
0 - Nacional, exceto as indicadas nos códigos 3 a 5;	40 - isenta
1 - Estrangeira - Importação direta, exceto a indicada no código 6;	41 - não tributada
2 - Estrangeira - Adquirida no mercado interno, exceto a indicada no código 7;	50 - com suspensão
3 - Nacional, mercadoria ou bem com Conteúdo de Importação superior a 40% (quarenta por cento);	51 - com diferimento
4 - Nacional, cuja produção tenha sido feita em conformidade com os Processos Produtivos Básicos, de que tratam o Decreto-Lei nº 288/67, e as Leis nºs 8.248/91, 8.387/91, 10.176/01 e 11.484/07;	60 - ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária
5 - Nacional, mercadoria ou bem com Conteúdo de Importação inferior ou igual a 40% (quarenta por cento);	70 - com redução da base de cálculo e cobrança do ICMS por substituição tributária
6 - Estrangeira - Importação direta, sem similar nacional, constante em lista de Resolução CAMEX;	90 - outras
7 - Estrangeira - Adquirida no mercado interno, sem similar nacional, constante em lista de Resolução CAMEX.	

Fundamentação: Tabelas A e B do Convênio s/nº, de 1970, alterado pelo Ajuste SINIEF nº 20/2012.

Fonte: FiscoSoft <sup>67</sup>.

Além desses códigos, durante o ano de 2018, seguindo um cronograma por atividade, ou seja, cada Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) tem uma data limite para se adequar, será obrigatório

<sup>65</sup> ENCAT. Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais. *Nota Fiscal Eletrônica – Manual de orientação do contribuinte* versão 6. 2015. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/listaHistorico.aspx?tipoConteudo=jX820xdYiQU=>.

<sup>66</sup> TRETTER, Jaciara; GONÇALVES, Andriele Lew; PORCIUNCULA, Luciana. Nota fiscal eletrônica na rotina dos clientes de um escritório contábil - uma experiência desafiadora. *Cataventos - Revista de Extensão da Universidade de Cruz Alta*, v. 10, n. 1, p. 33–54, 2018. p. 40.

<sup>67</sup> FISCOSOFT. *ICMS/Nacional – Código de Situação Tributária – CST – Roteiro de Procedimentos Roteiro – Nacional – 2012/9370*. Disponível em: [http://www.fiscosoft.com.br/main\\_online\\_frame.php?page=/index.php?PID=105686&key=2148961](http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=105686&key=2148961).



o preenchimento de alguns campos específicos quando o produto comercializado possuir código de barras. Caso isso não ocorra, as NF-e podem ser rejeitadas <sup>68</sup>.

§ 6º Fica obrigatório o preenchimento dos campos cEAN e cEAN Trib da NF-e, com as informações a seguir indicadas, quando o produto comercializado possuir código de barras com GTIN (Numeração Global de Item Comercial), observado o disposto nos §§ 4º e 5º da cláusula sexta:

I – cEAN: Código de barras GTIN do produto que está sendo comercializado na NF-e, podendo ser referente a unidade de logística do produto;

II – cEAN Trib: Código de barras GTIN do produto tributável, ou seja, a unidade de venda no varejo, devendo, quando aplicável, referenciar a menor unidade identificável por código GTIN;

III – qCom: Quantidade comercial, ou seja, a quantidade de produto na unidade de comercialização na NF-e;

IV – uCom: Unidade de medida para comercialização do produto na NF-e;

V – vUnCom: Valor unitário de comercialização do produto na NF-e;

VI – qTrib: Conversão da quantidade comercial à unidade de medida da apresentação do item para comercialização no varejo, devendo, quando aplicável, referenciar a menor unidade identificável por código GTIN;

VII – uTrib: Unidade de medida da apresentação do item para comercialização no varejo, devendo, quando aplicável, referenciar a menor unidade identificável por código GTIN;

VIII – vUnTrib: Conversão do valor unitário comercial à unidade de medida da apresentação do item para comercialização no varejo, devendo, quando aplicável, referenciar a menor unidade identificável por código GTIN;

IX – Os valores obtidos pela multiplicação entre os campos dos incisos “III” e “V” e dos incisos “VI” e “VIII” devem produzir o mesmo resultado.

Nova redação dada ao § 6º da cláusula terceira pelo Ajuste SINIEF 15/17, efeitos a partir de 01.01.18. <sup>69</sup>

O Cadastro Centralizado de Numeração Global de Item Comercial, ou seja, o registro dos produtos que possuem código de barras GTIN em suas embalagens, funciona de forma integrada com o Cadastro Nacional de Produtos (CNP), que é o cadastro mantido pela organização legalmente responsável pelo licenciamento do respectivo código de barras a GS1, que no Brasil é a Associação Brasileira de Automação <sup>70</sup>.

Devem-se informar, na NF-e, também, os valores incidentes a título de IPI, Programa de Integração Social (PIS), e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), dos quais são contribuintes as pessoas jurídicas de direito privado em geral, exceto as microempresas e empresas de pequeno porte enquadradas ao Simples Nacional.

Em decorrência dessa profusão de detalhes, ao longo dos anos, desde a implementação do processo de digitalização, as empresas têm se adaptado. Aumentou o investimento em mão de obra especializada e em softwares de gestão, melhorou a relação entre clientes e fornecedores, diminuiu a necessidade de auditorias externas porém ainda muito pouco é gasto com segurança de informação e backups.

- a) 95% dos entrevistados investiram em qualificação na equipe que trabalham diretamente com SPED;
- b) Curiosamente apenas 10% dos entrevistados exerceram o planejamento tributário; c) Para 85% dos entrevistados o SPED trouxe melhora na relação eletrônica com clientes e fornecedores; d) Mais da

<sup>68</sup> ENCAT. Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais. *Nota Técnica 2017.001 Validação GTIN*. Brasília: [s.n.], 2017. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEw i3aWFmZbcAhUFr1kKHbFqB3oQFgg-MAE&url=http%3A%2F%2Fwww.nfe.fazenda.gov.br%2Fportal%2FexibirArquivo.aspx%3Fconteudo%3DT7PfuOHhMD4%3D&usg=AOvVaw2LGpYncUyxQoMIP\\_yk98yF](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEw i3aWFmZbcAhUFr1kKHbFqB3oQFgg-MAE&url=http%3A%2F%2Fwww.nfe.fazenda.gov.br%2Fportal%2FexibirArquivo.aspx%3Fconteudo%3DT7PfuOHhMD4%3D&usg=AOvVaw2LGpYncUyxQoMIP_yk98yF).

<sup>69</sup> CONFAZ. Conselho Nacional de Política Fazendária. *AJUSTE SINIEF 7/05*. Disponível em: [https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/2005/AJ\\_011\\_05\\_007\\_05](https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/2005/AJ_011_05_007_05). Acesso em: 11 jul. 2018.

<sup>70</sup> GS1 BRASIL. Associação Brasileira de Automação. *CNP*. Disponível em: <https://www.gs1br.org/servicos-e-solucoes/cnp-cadastro-nacional-de-produtos>.

metade dos entrevistados (65%) adquiriram novos softwares de gestão; e) 81% dos entrevistados não necessitaram de auditoria com intuito de validar as informações geradas em seus processos tributários; f) Mais da metade (62%) não possuem ferramentas de segurança e backup das informações.<sup>71</sup>

Os benefícios poderiam ser, ainda, mais abrangentes se outros órgãos da administração pudessem ter acesso a esses dados digitais ou os próprios empresários envolvidos em uma cadeia produtiva. Atualmente, os dados das NF-e estão protegidos pelo sigilo fiscal, só o contribuinte e o fisco têm acesso.

[...] as informações recebidas pelo fisco passaram a possuir uma riqueza de detalhamentos com potencial de uso para além da administração tributária: segurança pública, agências federais, fiscalização de rodovias e de meio ambiente, para citar apenas alguns exemplos de setores públicos. Ocorre que a legislação brasileira restringe o uso de informações tributárias por outras áreas ou setores que nelas teriam interesse, pelo chamado sigilo fiscal. Trata-se de proteção e garantias legais aos contribuintes e aos terceiros indiretamente ligados às informações fiscais, e sua guarda cabe à administração tributária, a mesma responsável pelo recebimento dos documentos fiscais eletrônicos e pela fiscalização tributária.<sup>72</sup>

E, mesmo entre os fiscos, há “fronteiras virtuais”<sup>73</sup> para o acompanhamento do fluxo das mercadorias. Mas com a digitalização isso poderia ser aprimorado. Inclusive uma das principais vantagens do uso de DLT seria se todos os estados fossem integrados ao sistema. Isso contribuiria para o combate da guerra fiscal e otimizaria muito a circulação de mercadorias no Brasil promovendo uma tributação automática, simplificada mais justa e contribuindo ainda com a coibição da evasão fiscal.

## 7 Tributação para o desenvolvimento

Os tributos são essenciais para o desenvolvimento, são eles que custeiam os serviços públicos, a construção de infraestrutura e têm o potencial de serem usados para promover a redistribuição de renda. Formam um “contrato social fiscal”<sup>74</sup> entre governos e cidadãos e embora a tributação não seja a única fonte de receita do governo, em muitos lugares é a mais importante. Se as receitas não forem suficientes para cobrir os gastos necessários em áreas como infraestrutura, saúde e educação, a atuação do poder público fica impossibilitada. Ao mesmo tempo, se mal desenhados, os sistemas tributários podem empobrecer as pessoas, servir de desincentivo a investimentos, fornecer recursos para áreas que não favorecem o desenvolvimento sustentável ou servir de ferramenta para consolidar o poder de um grupo restrito.

Em uma economia como a atual, estruturada em cadeias globais de valor e na atuação de transnacionais administrando a logística de suas diversas empresas subsidiárias e parceiras<sup>75</sup> as questões tributárias decorrentes dessa produção interligada ganha especial relevância. O desenvolvimento econômico e socioambiental pressupõe uma condizente ordem jurídica tributária<sup>76</sup> que aumente a capacidade dos entes públicos arrecadarem, onerando mais aqueles serviços que são menos interessantes à coletividade, também gerando menos perdas e mais receitas.

<sup>71</sup> GUERRA, Felipe Matos; GOUVEIA, Luís Borges. Política tecnológica de combate à sonegação fiscal e seus reflexos nos processos das empresas. *Revista de Contabilidade e Gestão Contemporânea*, v. 1, n. 1, p. 30–41, 2018. p. 39–40.

<sup>72</sup> FERNANDEZ, Marcelo Luiz Alves. *Aplicações de documentação fiscal eletrônica em sistemas logísticos: casos práticos*. text, Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3143/tde-22052018-142117/>. Acesso em: 6 jul. 2018. p. 16.

<sup>73</sup> FERNANDEZ, Marcelo Luiz Alves. *Aplicações de documentação fiscal eletrônica em sistemas logísticos: casos práticos*. text, Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3143/tde-22052018-142117/>. Acesso em: 6 jul. 2018. p. 18.

<sup>74</sup> FORSTATER, Maya. *Tax and Development: New Frontiers of Research and Action*. Center For Global Development. Disponível em: <https://www.cgdev.org/publication/tax-and-development-new-frontiers-research-and-action>. Acesso em: 24 jun. 2018. p. 4.

<sup>75</sup> DENNY, Danielle Mendes Thame. *Agenda 2030 e governança ambiental: estudo de caso sobre etanol da cana de açúcar e padrões de sustentabilidade como bonus*. UNISANTOS – Universidade Católica de Santos, Santos, 2018. Disponível em: <http://biblioteca.unisantos.br:8181/handle/tede/4581>. Acesso em: 24 jun. 2018. p. 37.

<sup>76</sup> FORSTATER, Maya. *Tax and Development: New Frontiers of Research and Action*. Center For Global Development. Disponível em: <https://www.cgdev.org/publication/tax-and-development-new-frontiers-research-and-action>. Acesso em: 24 jun. 2018.

Para tanto, o sistema fiscal precisa ser melhorado para ser mais fácil para que os contribuintes cumpram suas obrigações, aumentando a segurança fiscal, o estado de direito, criando facilidade para utilização de benefícios fiscais que estão previstos em lei mas que muitas vezes se tornam impraticáveis dada a quantidade de burocracia necessária para documentar o direito. Além disso, o modelo de arrecadação tem de facilitar a responsabilização dos cidadãos por eventuais ilegalidades cometidas bem como propiciar que sejam documentados e auditáveis os gastos públicos.

O crescimento econômico sustentável depende de instituições públicas e privadas responsáveis <sup>77</sup>. O interesse em melhorar o ambiente de negócios do país deveria uniformizar as agendas, no entanto, na prática, costuma haver interesses conflitantes e desencontro de informações principalmente entre investidores, minimizando os custos e os órgãos públicos buscando mais receita. Além disso, a prestação de contas dos dois lados tem sido frequentemente fragmentadas, desconectadas e antagônicas <sup>78</sup>.

O envolvimento das diversas partes interessadas: governo, empresas, sociedade civil, contadores, organizações internacionais e bancos seria desejável e possível. Soluções de tecnologia que garantam a identidade dos usuários e forneçam informação fidedigna a respeito das diversas operações que estão sendo realizadas podem contribuir e muito com o desenvolvimento. Uma das principais vantagens é contribuir com a coerência regulatória, evitando contextos em que se “dá com uma mão e tira com a outra”, ou seja a legislação concede um benefício, mas a burocracia para implementar esse ganho é tão complicada que acaba se tornando um desincentivo, ou que isenções anulem comparativamente vantagens previamente concedidas.

A capacidade de identificar os proprietários das mercadorias, das contas e das empresas é crucial para detectar, rastrear e prevenir fluxos financeiros ilícitos e para a correta administração fiscal <sup>79</sup>. Inclusive, essa articulação multinível e multisetorial vai muito além da administração tributária estadual ou nacional, está contida nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Fundamental, portanto, parcerias internacionais com outros países, bancos de desenvolvimento e Organizações Internacionais como a própria Organização das Nações Unidas.

Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável

Finanças

17.1 Fortalecer a mobilização de recursos internos, inclusive por meio do apoio internacional aos países em desenvolvimento, para melhorar a capacidade nacional para arrecadação de impostos e outras receitas [...]

17.5 Adotar e implementar regimes de promoção de investimentos para os países menos desenvolvidos

Tecnologia

17.6 Melhorar a cooperação Norte-Sul, Sul-Sul e triangular regional e internacional e o acesso à ciência, tecnologia e inovação, e aumentar o compartilhamento de conhecimentos em termos mutuamente acordados, inclusive por meio de uma melhor coordenação entre os mecanismos existentes, particularmente no nível das Nações Unidas, e por meio de um mecanismo de facilitação de tecnologia global <sup>80</sup>

Porém, o principal facilitador, ou empecilho, para o alcance desse objetivo, e para a implementação de mudanças tributárias necessárias e de tecnologias disruptivas é a existência de vontade política forte o suficiente para superar os interesses antagônicos dos vários envolvidos, como contribuintes, políticos, adminis-

<sup>77</sup> POGGE, Thomas; MEHTA, Krishen (org.). *Global Tax Fairness*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

<sup>78</sup> FORSTATER, Maya. *Tax and Development: New Frontiers of Research and Action*. Center For Global Development. Disponível em: <https://www.cgdev.org/publication/tax-and-development-new-frontiers-research-and-action>. Acesso em: 24 jun. 2018.

<sup>79</sup> FORSTATER, Maya. *Tax and Development: New Frontiers of Research and Action*. Center For Global Development. Disponível em: <https://www.cgdev.org/publication/tax-and-development-new-frontiers-research-and-action>. Acesso em: 24 jun. 2018.

<sup>80</sup> UN. United Nations. *Agenda 2030*. 2015. Disponível em: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E). Acesso em: 12 jun. 2017.

tradores, fiscais. Isso tanto considerando-se o sistema tributário formal, como também as transferências informais, fora do orçamento e possivelmente corruptas <sup>81</sup> que constroem um ambiente de atuação complexo e favorável ao benefício individual em detrimento do coletivo.

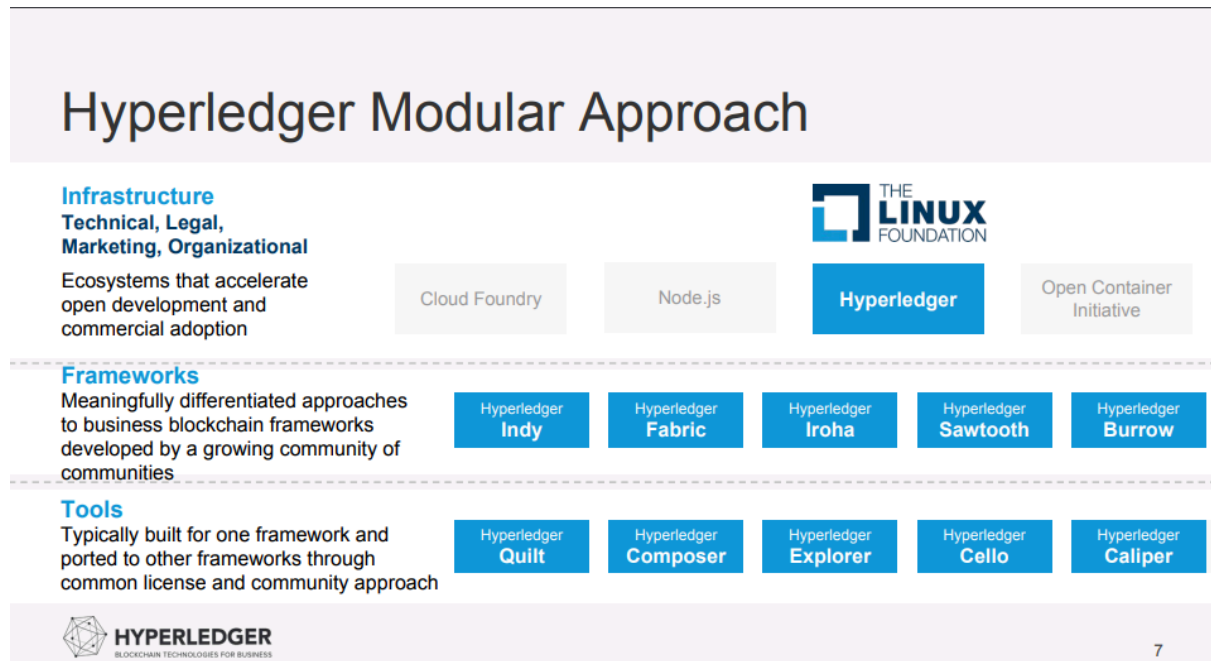
Em ambientes como esse, em que há burocracia, diversos envolvidos e interesses conflitante as tecnologias de contabilidade distribuída têm muito a contribuir. No entanto, não significa, necessariamente, que todos os detalhes de propriedade devam ser publicamente pesquisáveis, por isso, provavelmente, não seria um *blockchain*, mas outra solução de tecnologia DLT que poderia ser usada para fornecer uma solução para confiencialidade compatível para garantir a identidade e a certificação de propriedade num dado momento e local.

## 8 DLT para as SEFAZ

A solução de tecnologia DLT que este artigo sugere é alguma que seja permissionada isso inclui o Ethereum. Mas dentre essas que demandam permissão para acesso determinar a que melhor se adequa aos objetivos fiscais e, portanto, deve ser usada nas Secretárias Estaduais de Fazenda (SEFAZ) depende do foco que se pretende dar ao uso dessa tecnologia.

Se o objetivo for trazer mais transparência e rastreabilidade às cadeias produtivas, a melhor opção é o Hyperledger Composer, uma linguagem de modelagem chamada CTO uma interface com o usuário chamada Playground para acelerar a configuração, a implementação e os testes da rede de negócios necessária <sup>82</sup>. As ferramentas de interface sugeridas são da linha de comandos (CLI) para integrar as redes de negócios usando o Hyperledger Composer com uma instância em execução da rede de blockchain do Hyperledger Fabric.

Figura 3 – Módulos do Hyperledger



Fonte: Hyperledger <sup>83</sup>.

<sup>81</sup> FORSTATER, Maya. *Tax and Development: New Frontiers of Research and Action*. Center For Global Development. Disponível em: <https://www.cgdev.org/publication/tax-and-development-new-frontiers-research-and-action>. Acesso em: 24 jun. 2018.

<sup>82</sup> LINUX FOUNDATION. *Hyperledger Modular Approach*. Disponível em: [https://www.hyperledger.org/wp-content/uploads/2018/06/Hyperledger-Overview\\_June-2018-4.pdf](https://www.hyperledger.org/wp-content/uploads/2018/06/Hyperledger-Overview_June-2018-4.pdf).

<sup>83</sup> LINUX FOUNDATION. *Hyperledger Modular Approach*. Disponível em: <https://www.hyperledger.org/wp-content/up->

O compartilhamento de dados entre diferentes órgãos e entidades públicas e privadas permite melhor conhecimento da realidade sobre a qual a tributação é incidente. O uso da tecnologia hyperledger teria o objetivo de ampliar a confiabilidade e interoperatividade das informações prestadas e uma política efetiva de dados abertos permitiria a sinergia entre os cidadãos e a administração pública em busca de melhores soluções para os problemas sociais, incentivando transparência e prestação de contas e melhorando a eficiência e a efetividade da arrecadação, cruzamento de dados, identificação de fraudes e de corrupção e refinamento da análise do contexto social <sup>84</sup>.

Contudo, se o objetivo for primar pelo sigilo fiscal o modelo mais adequado parece ser o desenhado para documentar operações financeiras o R3 Corda, cujo objetivo é fazer com que os registros nos bancos de dados sejam feitos uma única vez, acabando com os problemas de duplicações, reconciliações, desencontros de informações e incongruência de dados <sup>85</sup>. Esse modelo tem sido desenvolvido pensando em otimizar banco de dados financeiros, que também primam pelo mesmo sigilo das relações fiscais.

Corda é especialmente desenvolvida para instituições financeiras regulamentadas. É fortemente inspirado por sistemas blockchain, mas sem as escolhas de design que tornam os blockchains tradicionais inadequados para muitos cenários financeiros. A Corda fornece uma estrutura para executar smart contracts com os seguintes recursos principais:

- Registrar e gerenciar a evolução de acordos financeiros e outros dados compartilhados entre duas ou mais partes identificáveis de uma forma que seja fundamentada em construções legais existentes e compatível com as regulamentações existentes e emergentes.
- Coreografar o fluxo de trabalho entre empresas sem um controlador central.
- Apoiar o consenso entre empresas ao nível de acordos individuais, não em um sistema global.
- Apoiar a inclusão de nós de observadores reguladores e supervisores.
- Validar transações somente entre as partes da transação.
- Apoiar uma variedade de mecanismos de consenso.
- Permitir interação entre documentos em linguagem humana e código de computador.
- Possibilitar o uso de ferramentas padrão do setor financeiro.
- Restringir o acesso aos dados dentro de um contrato apenas aos agentes que tiverem direito.

Esses recursos contribuem para o design de uma plataforma apropriada para uso em organizações complexas de serviços financeiros <sup>86, 87</sup>.

---

loads/2018/06/Hyperledger-Overview\_June-2018-4.pdf.

<sup>84</sup> VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Clarice G.; MOESCH, Frederico, Salto digital nas políticas públicas, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2018.

<sup>85</sup> HEARN, Mike *et al.* *Corda: An Introduction - Whitepaper*. USA: [s.n.], 2016. Disponível em: [https://docs.corda.net/\\_static/corda-introductory-whitepaper.pdf](https://docs.corda.net/_static/corda-introductory-whitepaper.pdf).

<sup>86</sup> HEARN, Mike *et al.* *Corda: An Introduction - Whitepaper*. USA: [s.n.], 2016. Disponível em: [https://docs.corda.net/\\_static/corda-introductory-whitepaper.pdf](https://docs.corda.net/_static/corda-introductory-whitepaper.pdf).

<sup>87</sup> Tradução livre feita pelos autores do trecho: Corda is specialized for use with regulated financial institutions. It is heavily inspired by blockchain systems, but without the design choices that make traditional blockchains inappropriate for many financial scenarios.

Corda provides a framework to run smart contracts with these key activities and features:

- Recording and managing the evolution of financial agreements and other shared data between two or more identifiable parties in a way that is grounded in existing legal constructs and compatible with existing and emerging regulation
- Choreographing workflow between firms without a central controller.
- Supporting consensus between firms at the level of individual deals, not a global system.
- Supporting the inclusion of regulatory and supervisory observer nodes.
- Validating transactions solely between parties to the transaction.
- Supporting a variety of consensus mechanisms.
- Recording explicit links between human-language legal prose documents and smart contract code.
- Using industry-standard tools.

Além disso, a articulação direta com o mercado financeiro traria a qualidade a mais de otimizar as operações de crédito e débito diretamente nas contas correntes dos contribuintes. Assim, as próprias instituições financeiras poderiam ser integradas ao DLT tributário para operacionalizar a arrecadação e as possibilidades de crédito tributário e transferência automaticamente aos seus clientes mediante a programação de *smart contracts* que funcionariam como aplicativos.

As principais diferenças entre os tipos de DLT possíveis de serem aplicados atualmente ao modelo da NFe são as seguintes:

Figura 4 – diferenças entre Ethereum, Hyperledger Fabric e R3 Corda

Característica	Ethereum	Hyperledger Fabric	R3 Corda
Descrição da plataforma	Plataforma blockchain genérica	Plataforma modular blockchain	Plataforma de contabilidade especializada principalmente para a indústria financeira
Governança	Desenvolvedores Ethereum	Fundação Linux	R3
Modo de operação	Não demanda permissão. Qualquer ente público ou privado pode atuar	Permissionada (só atua quem tiver autorização privada)	Permissionada (só atua quem tiver autorização privada)
Consenso	Consenso privado - Mineração baseada em prova de trabalho (PoW) Atingido no nível do banco de dados (ledger) todos têm de ter todas as informações.	Entendimento abrangente do que é consenso que permite diferentes modulagens O consenso é atingido no nível da transação	Entendimento específico do consenso (atingido apenas pelos nós notários) O consenso é atingido no nível da transação
Smart contracts	Contratos codificados (p.ex. em Solidity)	Contratos codificados (p.ex. em Go, Java)	Contratos codificados (p.ex. em Kotlin, Java) Ou contratos jurídicos tradicionais operacionalizados digitalmente
Moeda	Ether Tokens via contrato inteligente	Nenhuma Moeda e tokens via chaincode	Nenhuma

Fonte: Frankfurt School Blockchain Center <sup>88</sup>.

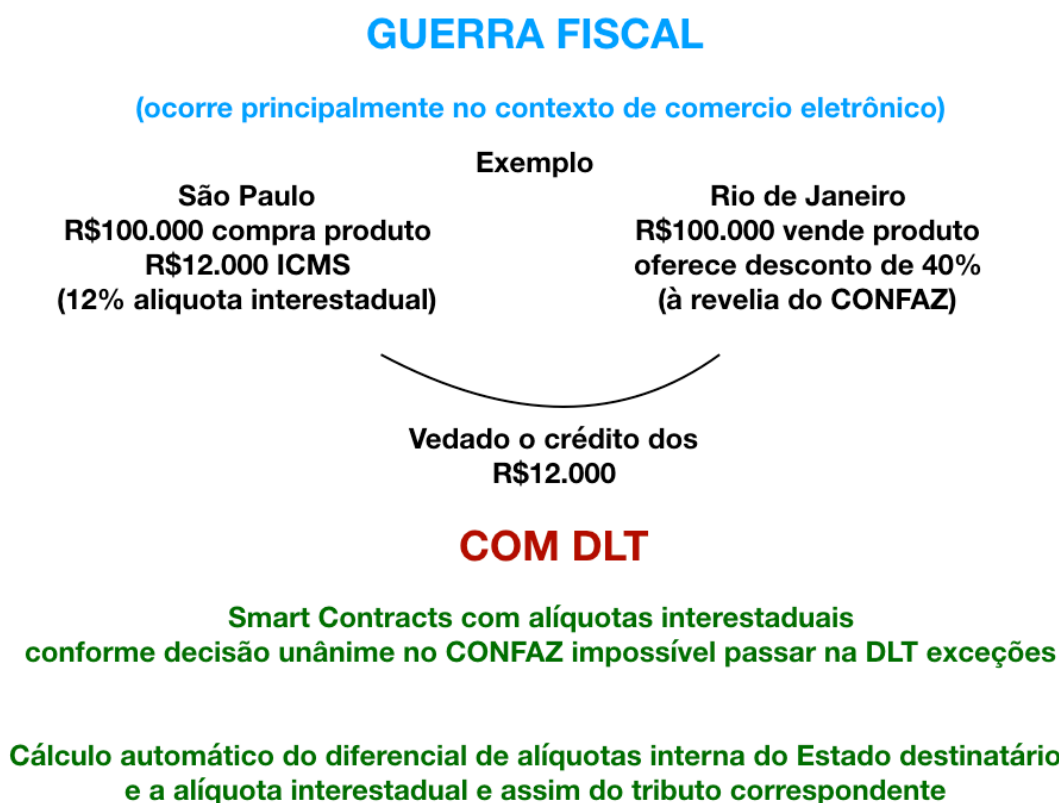
• Restricting access to the data within an agreement to only those explicitly entitled or logically privileged to it. These features contribute to the design of a platform appropriate for use in complex, financial services organizations. Note that this design does not use a native cryptocurrency or impose a global transaction speed limit.

<sup>88</sup> SANDNER, Philipp; VALENTA, Martin. *Comparison of Ethereum, Hyperledger Fabric and Corda*. Disponível em: <https://medium.com>.

Mais estudo empírico e modelagens pragmáticas precisam ser realizados, para confirmar essa afirmação, mas, por enquanto, a solução mais indicada parece ser a programação do DLT da NFe em Corda. Porém qualquer que seja a infraestrutura tecnológica escolhida o DLT pode contribuir resolvendo alguns problemas de forma mais eficiente que uma reforma fiscal. Conforme detalhado anteriormente as principais vantagens são para inviabilizar tecnicamente a prática da guerra fiscal, criar mecanismos eficientes de ressarcimento tempestivo dos créditos tributários acumulados e contribuir para corrigir falhas existentes na operacionalização da substituição tributária. Na tentativa de elucidar bem essas vantagens, preparamos um quadro sinóptico para cada uma dessas situações.

Com relação à guerra fiscal, principalmente importante em virtude do crescente uso de comércio eletrônico, se um estado deseja estimular a instalação de empresas em seu território cria isenções de alíquotas à revelia do que foi acordado por decisão unânime dos estados como alíquotas interestaduais. Um eventual Decreto Estadual desse tipo pode vir a ser depois contestado no Supremo Tribunal Federal por sua inconstitucionalidade ou no Superior Tribunal de Justiça por sua ilegalidade, mas, até decisão final transitada em julgado, passa a criar a situação que impossibilita que as empresas adquirentes nos estados de destinos se creditem do valor pago a título de tributo. Com a aplicação da DLT, essa aplicação discricionária de alíquotas diferentes do que foi acordado no Conselho Nacional de Política Fazendária fica inviabilizado tecnologicamente. É impossível a NF-e ser emitida com outra senão a alíquota interestadual nas operações entre Estados.

Figura 5 – DLT contra guerra fiscal



Fonte: autoria própria.

O DLT é útil também para solucionar a problemática decorrente do acúmulo de crédito tributário sem conseguir utilizar a previsão legal que permite a transferência desses créditos para outros estabelecimentos e outras empresas do mesmo estado. A opção tecnológica dispensa alterações legislativas e concede efetividade às previsões legais já existentes.

Figura 6 – DLT para operacionalizar a transferência de crédito tributário acumulado

## CRÉDITO ACUMULADO

**(Legislação autoriza transferência mas processo tão burocrático que pouco utilizado)**

### Casos

**Incentivo a exportadores  
LC 87/96 autoriza transferência do  
crédito para outro estabelecimento  
ou para outra empresa no Estado**

**Operações interestaduais quando a  
alíquota interestadual for menor que a  
alíquota interna ou quando as  
empresas vendem com diferimento**

**Excesso de burocracia dificulta a transferência  
Não existem mecanismos de ressarcimento claros  
e efetivos nem nas legislações estaduais nem na própria LC**

### COM DLT

**Criação de tokens para viabilizar mercado secundário para comercialização dos  
créditos acumulados**

**Criação de mecanismos eficientes de ressarcimento tempestivo dos créditos  
acumulados**

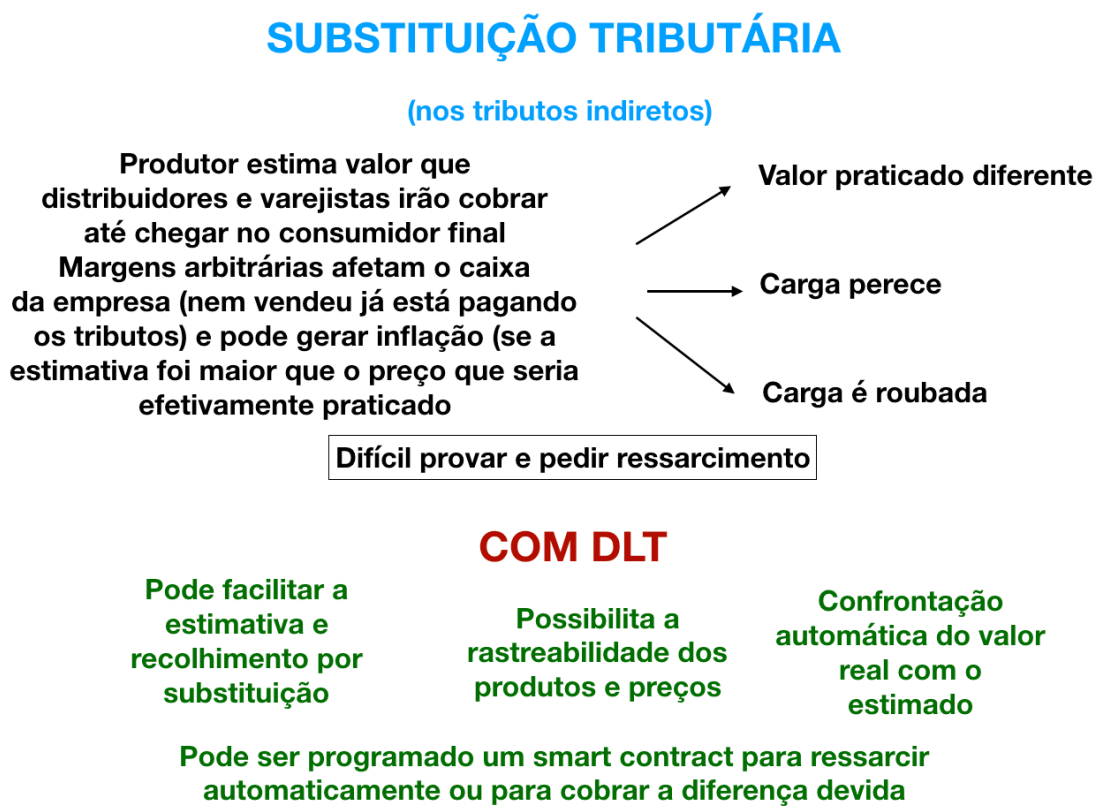
**Maior transparência e rastreabilidade permitiria melhor verificação da conformidade  
dos recolhimentos e facilitaria a supervisão das SEFAZ**

Fonte: autoria própria.

Por último, também é muito efetiva a DLT para diminuir os impactos negativos gerados pela substituição tributária na escrituração de todos os elos da cadeia produtiva, criando complexidades fiscais e administrativas que podem culminar até em distorções do mercado.



Figura 7 – DLT aplicável à substituição tributária



Fonte: autoria própria.

Conforme sumarizado nos quadros acima, a implementação de DLT no sistema de NF-e é capaz de gerar muitos impactos positivos sem a necessidade de grandes reformas estruturais. E, inclusive, reformas marginais, pontuais, como essa de alteração do modelo tecnológico utilizado, têm maior probabilidade de obterem êxito que uma ampla reforma em todo o sistema jurídico tributário que certamente resvalaria em entraves políticos.

## 9 Considerações finais

A compensação tributária não tem tido a importância merecida como importante mecanismo de efetivação da persecução da cobrança por parte da Fazenda Pública, como também de recuperação da saúde fiscal dos contribuintes. Diversas restrições têm sido estabelecidas, tolhendo a aplicação desse importante instituto de extinção do crédito tributário.

Estudos subsequentes empíricos precisam ser desenvolvidos, porém há indícios suficientes de que o sistema da Nota Fiscal Eletrônica teria muito a ganhar com a implementação da tecnologia de contabilidade distribuída, DLT, principalmente relativo ao combate à evasão fiscal, à otimização dos mecanismos de substituição tributária com transparência e aplicabilidade para toda a cadeia produtiva e a possibilidade de instituição de um mercado de comercialização de crédito tributário. Certamente, outros desafios irão surgir e o sistema regulatório precisa estar preparado para lidar com esses novos problemas.

Porém, neste artigo, postulamos que esse desafio deve ser assumido com a adoção de plataforma criptografada capaz de criar um ambiente seguro para o armazenamento e análise de informações usando o DLT, para otimizar o sistema de arrecadação atual. Mais especificamente recomenda a utilização do *R3 Corda* priorizando o sigilo fiscal e integrando as instituições financeiras ao sistema para permitir a automação das respectivas operações de crédito e débito.

## Advertência

As abordagens e opiniões expressas neste artigo são de responsabilidade dos autores e não refletem necessariamente a política ou a posição oficial de qualquer órgão do governo brasileiro.

## Disclaimer

The views and opinions expressed in this article are those of the authors and do not necessarily reflect the official policy or position of any agency of the Brazilian government.

## Referências

- ALESP. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS*. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/legislacao/norma.do?id=5072>.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Kandir LC N.º 87/1996*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm).
- BUENO, Rodrigo; VEIGA, Allan Koch. *Plataformas blockchain*. Características e aplicações. 2018. Disponível em: <http://www.bbchain.com.br>.
- CARLA, Reyes; JACOB, Bruce. Blockchain-Based Agencies. *Administrative & Regulatory Law News*, Chicago, v. 42, n. 4, p. 9–11, 2017.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito tributário constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).
- CLACK, Christopher D.; BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee. Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions. *Barclays Bank*, 2016. Disponível em: <http://arxiv.org/abs/1608.00771>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- CONFAZ. Conselho Nacional de Política Fazendária. *AJUSTE SINIEF 7/05*. Disponível em: [https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/2005/AJ\\_011\\_05\\_007\\_05](https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/2005/AJ_011_05_007_05). Acesso em: 11 jul. 2018.
- CONTE DE LEON, *et al.* Blockchain: properties and misconceptions. *Asia Pacific Journal of Innovation and Entrepreneurship*, v. 11, n. 3, p. 286–300, 2017.

CTN. Código Tributário Nacional. *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)

DENNY, Danielle Mendes Thame. *Agenda 2030 e governança ambiental: estudo de caso sobre etanol da cana de açúcar e padrões de sustentabilidade como bonsucro*. UNISANTOS – Universidade Católica de Santos, Santos, 2018. Disponível em: <http://biblioteca.unisantos.br:8181/handle/tede/4581>. Acesso em: 24 jun. 2018.

DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. Blockchain e a Agenda 2030. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4938>. Acesso em: 15 fev. 2018.

ENCAT. Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais. *Nota Fiscal Eletrônica – Manual de orientação do contribuinte versão 6*. 2015. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/listaHistorico.aspx?tipoConteudo=jX820xdYiQU=>.

ENCAT. Encontro Nacional de Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais. *Nota Técnica 2017.001 Validação GTIN*. Brasília: [s.n.], 2017. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiI3aWFmZbcAhUFR1kKHbFqB3oQFgg-MAE&url=http%3A%2F%2Fwww.nfe.fazenda.gov.br%2Fportal%2FexibirArquivo.aspx%3Fconteudo%3DT7PfUOHhMD4%3D&usq=AOvVaw2LGPYNcUyxQoMIP\\_yk98yF](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiI3aWFmZbcAhUFR1kKHbFqB3oQFgg-MAE&url=http%3A%2F%2Fwww.nfe.fazenda.gov.br%2Fportal%2FexibirArquivo.aspx%3Fconteudo%3DT7PfUOHhMD4%3D&usq=AOvVaw2LGPYNcUyxQoMIP_yk98yF)

ESCOLHAS. Instituto. Impactos Econômicos e Sociais da Tributação de Carbono no Brasil. *The Economic and Social Impacts of a Carbon Tax in Brazil*. 2015. Disponível em: <http://escolhas.org/wp-content/uploads/2016/09/impactos-economicos-e-sociais-da-tributacao-de-carbono-no-brasil.pdf>.

FERNANDEZ, Marcelo Luiz Alves. *Aplicações de documentação fiscal eletrônica em sistemas logísticos: casos práticos*. text, Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/3/3143/tde-22052018-142117/>. Acesso em: 6 jul. 2018.

FISCOSOFT. *ICMS/Nacional – Código de Situação Tributária – CST – Roteiro de Procedimentos Roteiro – Nacional – 2012/9370*. Disponível em: [http://www.fiscosoft.com.br/main\\_online\\_frame.php?page=/index.php?PID=105686&key=2148961](http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=105686&key=2148961).

FOLLADOR, Guilherme Broto. Cripto moedas e competência tributária. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 79–104, 2018.

FORSTATER, Maya. *Tax and Development: New Frontiers of Research and Action*. Center For Global Development. Disponível em: <https://www.cgdev.org/publication/tax-and-development-new-frontiers-research-and-action>. Acesso em: 24 jun. 2018.

GASSEN, Valcir. *Tributação na Origem e Destino*. Princípios Jurisdicionais em Processo de Integração Econômica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GS1 BRASIL. Associação Brasileira de Automação. *CNP*. Disponível em: <https://www.gs1br.org/servicos-e-solucoes/cnp-cadastro-nacional-de-produtos>.

GUERRA, Fellipe Matos; GOUVEIA, Luís Borges. Política tecnológica de combate à sonegação fiscal e seus reflexos nos processos das empresas. *Revista de Contabilidade e Gestão Contemporânea*, v. 1, n. 1, p. 30–41, 2018.

HEARN, Mike *et al*. *Corda: An Introduction - Whitepaper*. USA: [s.n.], 2016. Disponível em: [https://docs.corda.net/\\_static/corda-introductory-whitepaper.pdf](https://docs.corda.net/_static/corda-introductory-whitepaper.pdf).

HILEMAN, Garrick; RAUCHS, Michel. *2017 Global Blockchain Benchmarking Study*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=3040224>. Acesso em: 17 out. 2017.

ICP-BRASIL, Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. *Certificação digital ICP-Brasil* - Instituto Nacio-

nal de Tecnologia da Informação. Disponível em: <http://www.iti.gov.br/icp-brasil>. Acesso em: 21 jun. 2018.

LINUX FOUNDATION. *Hyperledger Modular Approach*. Disponível em: [https://www.hyperledger.org/wp-content/uploads/2018/06/Hyperledger-Overview\\_June-2018-4.pdf](https://www.hyperledger.org/wp-content/uploads/2018/06/Hyperledger-Overview_June-2018-4.pdf).

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 40. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, blockchain e criptomoedas como propulsores da mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 142–157, 2018.

MEARIAN, Lucas. *IBM sees blockchain as ready for government use*. Computerworld. Disponível em: <https://www.computerworld.com/article/3254202/blockchain/ibm-sees-blockchain-as-ready-for-government-use.html>. Acesso em: 4 jul. 2018.

PAC. Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal. *Sistema Público de Escrituração Fiscal e Digital (Sped) Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007*. Disponível em: <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/964>.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática*. Direito edition. São Paulo: Atlas, 2015.

POGGE, Thomas; MEHTA, Krishen (org.). *Global Tax Fairness*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ROSA, José Roberto. *Curso Básico de ICMS - com o professor José Rosa*. 3. ed. [s.l.]: Ottoni, 2012.

RUIZ, Lindemberger et al. *A implantação da Nota Fiscal Eletrônica NF-e e seus Benefícios à empresa e a sociedade*. Centro Universitário Candido Rondon – Unirondon - Cuiabá – MT – Brasil, 2011.

SACHSIDA, Adolfo; LUKIC, Melina de Souza Rocha. *Tributação no Brasil: estudos, ideias e proposta: ICMS, seguridade social, carga tributária, impactos econômicos*. Brasília: IPEA, 2017.

SANDNER, Philipp; VALENTA, Martin. *Comparison of Ethereum, Hyperledger Fabric and Corda*. Disponível em: <https://medium.com/@philippandner/comparison-of-ethereum-hyperledger-fabric-and-corda-21c1bb9442f6>. Acesso em: 6 jul. 2018.

TAPSCOT, Don; TAPSCOT, Alex. *How Blockchain Will Change Organizations*. *MIT Sloan Management Review*, 2017. Disponível em: <http://sloanreview.mit.edu/article/how-blockchain-will-change-organizations/>. Acesso em: 30 out. 2017.

THE ECONOMIST. *The trust machine*. Disponível em: <https://www.economist.com/news/leaders/21677198-technology-behind-bitcoin-could-transform-how-economy-works-trust-machine>. Acesso em: 17 out. 2017.

TRETER, Jaciara; GONÇALVES, Andrielle Lewé; PORCIUNCULA, Luciana. Nota fiscal eletrônica na rotina dos clientes de um escritório contábil - uma experiência desafiadora. *Cataventos - Revista de Extensão da Universidade de Cruz Alta*, v. 10, n. 1, p. 33–54, 2018.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin - a moeda na era digital*. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=99>. Acesso em: 17 out. 2017.

UN. United Nations. *Agenda 2030*. 2015. Disponível em: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E). Acesso em: 12 jun. 2017.

VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Clarice G.; MOESCH, Frederico. Salto digital nas políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4808>. Acesso em: 4 jul. 2018.

VINANCHIARCHI, Jebamalai. *Making Science and Technology Work for All*. Disponível em: <http://www.e-ir.info/2017/01/24/making-science-and-technology-work-for-all/>. Acesso em: 31 out. 2017.

## PARTE 2: TEMAS GERAIS

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A construção do Direito  
Humano ao Alimento no plano  
internacional**

**The erection of the human right  
to food in the international  
arena**

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

# A construção do Direito Humano ao Alimento no plano internacional\*

## The erection of the human right to food in the international arena

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff\*\*

### Resumo

A consideração do alimento enquanto um direito humano, advindo da constatação de sua importância essencial para a vida do ser humano, é recente, visto que, por mais elementar para o indivíduo que o alimento seja, ele rotineiramente era considerado apenas um ‘bem’, isto é, um “produto” a ser transacionado no mercado (inter) nacional. Assim, este texto tem como objetivo principal ressaltar, particularmente, a modificação dessa visão no plano das relações internacionais, demonstrando a evolução referentes ao alimento enquanto um “mero” bem até atingir o status de direito humano fundamental. Para tanto, primeiramente, um resgate acerca da importância desse “elemento” para a pessoa humana é inicialmente realizado, a fim de que, na sequência, uma vez constatada a sua indispensabilidade, exponha-se a sua internacionalização — inicialmente enquanto mercadoria, por meio da edificação do Instituto Internacional de Agricultura, e posteriormente, quando do surgimento das Nações Unidas no Pós-Guerra, como um direito humano em si, positivado já na Declaração Universal dos Direitos Humanos ao lado de outros direitos sociais, motivando a estruturação de uma agência especializada específica para garanti-lo, a *Food and Agriculture Organization*. Assim, consoante os aspectos metodológicos para o presente estudo, realiza-se, a partir do método dedutivo, uma pesquisa analítico-descritiva, de natureza aplicada, utilizando-se dos procedimentos bibliográfico e documental, selecionados qualitativamente, em que pese sem o condão de exauri-los, para chegar-se aos objetivos almejados.

**Palavras-chave:** Direito ao Alimento. Bem Essencial. Instituto Internacional de Agricultura. Organização para a Agricultura e Alimento. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

### Abstract

The consideration of food as a human right, arising from the belief of its essential importance for human life, is recent, since, as elementary to the individual as food may be, it was routinely considered only as a ‘good’, that is, a ‘product’ to be traded on the (inter) national market. Therefore, this text has as its main objective to emphasize in particular the modification of this vision in international relations, demonstrating the evolution regarding food as a “mere” good until it reached the status of a fundamental human right.

\* Recebido em 10/03/2020  
Aprovado em 06/05/2020

\*\* Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), onde também é professora adjunta na Graduação. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa. Mestre em Direito Público pela UNISINOS, com bolsa capes e período de estudos junto à University of Toronto, com fomento DFAIT. Especialista em Relações Internacionais (UFRGS/PPGEEI), em Direito Internacional (UFRGS/PPGD) e em Língua Inglesa (Unilasalle).  
E-mail: tatiafrcardoso@gmail.com

To this end, firstly, a study on the importance of this ‘element’ for the human person is made, so that after its indispensability is found, its internationalization – initially as a commodity, through the erection of the International Institute of Agriculture, and later as a human right per se when the United Nations emerged in the post-war period, being prescribed in the Universal Declaration of Human Rights along with other social rights, and fomenting the creation of a specialized agency, the Food and Agriculture Organization, to fulfill it. Hence, concerning the methodological aspects of this study, from the deductive method, a descriptive research of an applied nature is carried out, using the bibliographic and documentary procedures, qualitatively selected, in spite of not being able to exhaust them, to reach the desired goals.

**Keywords:** Right to Food. Essential Good. International Institute of Agriculture. Organization for Agriculture and Food. Universal Declaration of Human Rights

## 1 Introdução

Na atualidade, estima-se que mais de 12% da população mundial sofre de fome crônica no globo<sup>1</sup>, 790 milhões encontram-se em estado de desnutrição<sup>2</sup> e 870 milhões de indivíduos não possuem acesso à comida de qualidade<sup>3</sup>; destes, 852 milhões vivem em países situados no Sul Global, mais de 60% apenas no continente Africano<sup>4</sup>, onde estão 46% das pessoas desnutridas do mundo.<sup>5</sup> Números estes que crescem a cada ano — os de famintos, por exemplo, aumentam na ordem de 2.5 milhões ao ano<sup>6</sup>, apesar da existência de compromissos internacionais estabelecendo a articulação de medidas para a sua redução.

Nesse sentido, o adequado fornecimento de alimentos em qualidade e quantidade numérica, calórica e financeira para o mantimento de toda a população global é um tema de grande relevância no âmbito internacional, pois são esses aspectos que determinam se a população de uma localidade restará faminta e/ou subnutrida. Por essa razão, se edificaram ao longo dos anos diversos documentos internacionais em que o alimento foi reconhecido enquanto direito humano, impondo ao Estado o dever de adotar medidas para garantir o acesso contínuo e em quantidades suficientes de alimentos seguros e nutritivos às suas populações.

Outrossim, a consideração do alimento enquanto um direito humano, advindo da constatação da importância desse ‘elemento’ para homem, é recente, visto que, por mais elementar para a vida humana que o alimento seja, ele rotineiramente era considerado, apenas, um ‘bem’ — isto é, um “produto” a ser transacionado no mercado (inter)nacional. Noutros termos, por mais que diversas situações indicassem a essencialidade do alimento para a vida do ser humano, a sua elevação à condição de direito humano é novel no plano das relações internacionais, ensejando, portanto, a realização de um resgate acerca dos caminhos percorridos para a sua internacionalização e humanização.

Em vista disso, este texto tem como objetivo principal ressaltar, particularmente, a qualidade humana do alimento, buscando responder ao seguinte questionamento: em qual momento histórico se deu a constatação do alimento enquanto um direito intrínseco do homem no nível internacional? Nesse passo, a hipótese

<sup>1</sup> UNDP. *Human Development Report 2014: Sustaining Human Progress*. New York: UNDP, 2014. p. 21-28.

<sup>2</sup> FAO. *The State of Food Insecurity in the World 2015*. Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress. Rome: FAO, 2015. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i4646e.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

<sup>3</sup> UNDP. *Human Development Report 2014: Sustaining Human Progress*. New York: UNDP, 2014. p. 21-28.

<sup>4</sup> CAMERA, Sinara; WEGNER, Rubia. Direito humano à alimentação, (in)segurança alimentar e desenvolvimento: os desafios à realização progressiva na América Latina. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 22, 2017.

<sup>5</sup> Este também é um problema em outras localidades, especialmente aquelas não desenvolvidas e extremamente populosas, como a Índia, que é “home to 194.6 million undernourished people, the highest in the world. [...] 51% of women in the age group of 5 to 59 years are anaemic and 44% of children under 5 are underweight. Malnourished children have a higher risk of death. [And although] India produces enough food to feed its hungry people, [...] [it] lacks storage and transport facilities for food grains. As a result, 50% of the Food is lost before it reaches the poor?”. FERRÃO, Ranjana. Food Security in India. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 15-16, 2017.

<sup>6</sup> UNDP. *Human Development Report 2014: Sustaining Human Progress*. New York: UNDP, 2014. p. 21-28.



com a qual se trabalha é a de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi marcante para a verificação do alimento enquanto direito humano e o surgimento de instituições designadamente voltadas a esse fim, posto que, historicamente, antes da sua edição, em que pese o tema já tivesse sido internacionalizado por intermédio da arquitetura do Instituto Internacional de Agricultura em meados do século XX, o alimento não passava de uma *commodity* no plano externo.

Por conseguinte, realiza-se, primeiramente, um resgate acerca da importância desse “elemento” para a pessoa humana, a fim de que, na sequência, uma vez constatada a sua indispensabilidade, exponha-se a sua internacionalização — inicialmente enquanto mercadoria, e posteriormente, quando do surgimento das Nações Unidas no Pós-Guerra, como um direito humano em si. Para tanto, consoante os aspectos metodológicos para o presente estudo, realiza-se, a partir do método dedutivo, uma pesquisa analítico-descritiva, de natureza aplicada, utilizando-se dos procedimentos bibliográfico e documental, selecionados qualitativamente, em que pese sem o condão de exauri-los, para chegar-se aos objetivos almejados.

## 2 A relevância do alimento para a pessoa humana e suas dimensões

Ao longo da história da humanidade, são inúmeros os casos em que a alimentação deficiente ou inane vitimou milhares de pessoas. No período “moderno”<sup>7</sup>, pode-se apontar como exemplos a “peste da batata” na Irlanda entre 1845-1846, a qual causou a morte de cerca de um milhão de pessoas<sup>8</sup>, a “grande fome etíope” de 1882-1892, que eliminou um terço da população do país<sup>9</sup>, a “grande fome iraniana” de 1917-1919, que vitimou entre oito a dez milhões de pessoas<sup>10</sup>, a “fome de Bengala” em 1943, que levou um milhão e meio de pessoas a óbito<sup>11</sup>.

No período contemporâneo, os casos não cessaram, de modo que se pode citar, a título exemplificativo, a “grande fome chinesa” durante o período conhecido como *Great Leap Forward* (1958-1962), que causou a morte de ao menos 36 milhões de pessoas<sup>12</sup>, e, mais recentemente, na Somália, onde se estima um número mínimo de 450.000 pessoas mortas pela fome desde 1991<sup>13</sup>, entre outras tristes experiências com as mais variadas causas<sup>14</sup>.

Assim, nota-se que o alimento é uma peça fundamental para o correto funcionamento do organismo humano, pois é diretamente responsável pelo “bem-estar físico e pelo pleno desenvolvimento mental e emocional do homem”, sem o qual não é possível sustentar a própria vida.<sup>15</sup> Isso, porque a “oxidação dos

<sup>7</sup> A doutrina do direito internacional normalmente aponta a sua divisão em três grandes períodos: o clássico, dos primórdios a 1648; o moderno, de 1648 até 1945; e o contemporâneo, de 1945 aos dias atuais. MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009. p. 3-16. Logo, faz-se a ressalva do uso das aspas, justamente, porque existe uma linha teórica a qual sustenta que tais períodos estariam equivocados, eis que representam os anseios europeus em detrimento do Terceiro Mundo. ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty, and the making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>8</sup> SORCINELLI, Paolo. Alimentação e Saúde. In: FLANDRIN, Jean-Louis; MONTANARI, Massimo. *História da Alimentação*. São Paulo: Estação Liberdade, 1998. p. 795.

<sup>9</sup> SEN, Amartya. *Poverty and Famines: an essay on entitlement and deprivation*. Oxford: Oxford Press, 1981. p. 86. O autor, ainda, faz referência a outras fomes que atingiram a Etiópia, especialmente a de 1972-1974, a qual causou a morte de mais de 100.000 mortos. Cf. também: KIROS, Fassil G. *Enough with Famines in Ethiopia*. Hollywood-CA: Tsehai Publishers, 2006. p. 12-22.

<sup>10</sup> MAJD, Mohammad Gholi. *The Great Famine & Genocide in Iran: 1917-1919*. 2. ed. Lanham-MD: University Press of America, 2013. p. 4-6; 81-83.

<sup>11</sup> SEN, Amartya. *Poverty and Famines: an essay on entitlement and deprivation*. Oxford: Oxford Press, 1981. p. 52-85.

<sup>12</sup> JISHENG, Yang. *Tombstone: the Great Chinese Famine, 1958-1962*. New York: Farrar, Straus & Giroux, 2012. p.12-13. Cf. também: GRÁDA, Cormac Ó. *Famine: a short story*. New Jersey: Princeton University Press, 2009. p. 241-250.

<sup>13</sup> PNUD. *Somalia Human Development Report 2012: Empowering Youth for Peace and Development*. Nairobi: UNDP, 2012. p. 26.

<sup>14</sup> «Les causes de la sous-alimentation et de la mortalité due à la faim et à la malnutrition sont donc infiniment complexes. Elles ne peuvent se résumer à la guerre ou aux catastrophes naturelles. Elles sont principalement dues à des injustices sociales, des exclusions politiques ou économiques et à des discriminations». GOLAY, Christophe; ÖZDEN, Melik. *Le Droit à L'Alimentation*. Geneve: Centre Europe-Tiers Monde, 2006. p. 3.

<sup>15</sup> TIRAPÉGUI, Julio; MENDES, Renata. Introdução à Nutrição. In: TIRAPÉGUI, Julio. *Nutrição, fundamentos e aspectos atuais*. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 2013. p. 1. Interessante esclarecer que o termo ‘emocional’ utilizado pelos autores, o qual pode ser afetado

nutrientes presentes nos alimentos” é o encarregado pelo fornecimento da energia necessária para a manutenção de “várias funções corporais, como respiração, circulação, trabalho físico, temperatura, concentração de gradientes, síntese e degradação de compostos essenciais”.<sup>16</sup>

Logo, como aduz Josué de Castro<sup>17</sup>, “sem a [mínima] ingestão de alimentos, a produção de energia não ocorre, e conseqüentemente, não há [o correto] funcionamento do organismo humano”, o que pode conduzir o indivíduo a graves problemas de saúde e, até mesmo, à morte.<sup>18</sup> Noutros termos, é notória a necessidade de um consumo mínimo de alimentos por dia, a fim de que os processos fisiológicos e metabólicos do corpo humano possam ser realizados em equilíbrio, de acordo com as necessidades vitais de cada ser humano. Trata-se da visão biológica do alimento — “o ponto de partida para a investigação científica da alimentação”.<sup>19</sup>

Apesar disso, esta não é a única dimensão existente. Flávio Valente<sup>20</sup> divide a questão da alimentação em três áreas<sup>21</sup>: a dimensão *biológica* (o estado nutricional, acima ponderado), a *material* (a disponibilidade de alimentos em si) e a *econômica* (a capacidade para acessá-lo). Destarte, em que pese a fome ser “antes de tudo e principalmente fisiológico”<sup>22</sup>, de acordo com Valente, essas dimensões não são independentes, sendo impossível analisar as situações de insegurança alimentar tão somente pela ótica de uma dessas vertentes, sob pena de um grande reducionismo teórico do problema em torno do alimento.<sup>23</sup>

A indivisibilidade entre as três dimensões citadas pode ser vislumbrada a partir do conceito de fome, que significa a “deterioração do estado de saúde e/ou desempenho produtivo e social resultante de uma ingestão ou de alimentos de baixa qualidade ou do tipo errado, ou ambos”, pela sua inacessibilidade a alimentos

---

pelo “medo de não satisfazer as necessidades básicas”, fazendo “com que o indivíduo retorne, na linguagem psicanalítica, às condições de tensão da necessidade-urgência, aflorando aí os patamares arcaicos ao se ver assolado com afetos e imagens não ordenados, perturba[ndo]-se, desenvolvendo patologias físicas e psíquicas”. NUNES, Mérces da Silva. *Direito Fundamental à Alimentação e o Princípio da Segurança*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 26-27.

<sup>16</sup> CESAR, Thaís Borges. Recomendações nutricionais da ingestão de energia. In: TIRAPÉGUI, Julio. *Nutrição, fundamentos e aspectos atuais*. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 2013. p.102.

<sup>17</sup> Josué de Castro foi um renomado cientista político brasileiro — um dos primeiros a debruçar-se sobre o problema social gerado pela fome em nível mundial. Exerceu a Presidência do Conselho Executivo da *Food and Agriculture Organization* entre 1952 e 1956, e foi embaixador brasileiro junto à sede europeia da Organização das Nações Unidas, em Genebra, em 1963. Para biografia, cf: ANDRADE, Manuel C. Josué de Castro: o homem, o cientista e seu tempo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 29, p. 169-194, abr. 1997.

<sup>18</sup> BEURLEN, Alexandra. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19. No mesmo sentido: MONTEIRO, Carlos Augusto. A dimensão da pobreza, da desnutrição e da fome no Brasil. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 17, n. 48, p. 7-20, 2003. p. 7-8.

<sup>19</sup> CASTRO, Josué de. *O Problema da Alimentação no Brasil (seu estudo fisiológico)*. 3. ed. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 1939. p. 5.

<sup>20</sup> VALENTE, Flávio Luiz S. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e sociedade*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 51-60, 2003. p. 53.

<sup>21</sup> Há quem divida a questão da alimentação em quatro áreas, à exemplo de Peres e Daiberet, para quem “*The first one is food availability, meaning the availability of food in sufficient quantities and on a regular basis. It comprises local stock and production, as well as the ability to bring in food from abroad, either through trade or food aid. The second factor is food access, which entails the capacity to regularly obtain the essential amount of food through any means, such as purchase, home production, or food aid. The third aspect is food utilization, asserting the nutritional feature that consumed food must have on people’s diet. It covers a broad range of actions and conditions, such as cooking, storage and hygiene practices, and water and sanitation infrastructure. The fourth and final characteristic is stability, referring to the achievement of all the three previous components, on a regular basis, as understood in the expression ‘at all times’.* PERES, Ana Luísa Soares; DAIBERT, Leticia de Souza. Negotiating agriculture in the world trade organization: food security as a non-trade concern. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 57-58, 2017. A diferença, portanto, está que as autoras nesse caso desmembram o segundo elemento por nós trazido - o material - em dois: a disponibilidade do alimento em quantidade suficiente e regular (*first element*) e em todos os momentos (*fourth element*).

<sup>22</sup> CASTRO, Josué de. *O Problema da Alimentação no Brasil (seu estudo fisiológico)*. 3. ed. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 1939. p. 16.

<sup>23</sup> “Qualquer tentativa de reduzir a alimentação e a fome à sua dimensão estritamente nutricional, seja do ponto de vista de ingestão de nutrientes seja de estado nutricional, representa limitar o ser humano à sua biologicidade, limitar o corpo humano a um instrumento ou máquina e a comida a nutrientes, combustível e partes de reposição. [Os homens são] muito mais complexos do que isto. Qualquer tentativa de reduzir a alimentação e a fome à sua dimensão estritamente econômica ou de disponibilidade de alimentos, representa submeter integralmente o processo alimentar às leis do mercado onde o alimento comparece como mercadoria e o ser humano como consumidor, quando tem condições para comprar”. VALENTE, Flávio Luiz S. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e sociedade*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 51-60, 2003. p. 57.

melhores.<sup>24</sup> Afinal, considera-se que um indivíduo passa fome quando ele não possui renda suficiente para ter acesso a alimentos minimamente nutritivos ou que estes não estejam disponíveis no mercado a um preço razoável, fazendo com que o estado nutricional dessa pessoa reste prejudicado, uma vez que ela dificilmente atingirá a taxa energética apropriada para gozar de uma vida saudável e ativa.

Noutras palavras, para ter uma vida digna ou, até mesmo, para a sua sobrevivência, não basta que o ser humano atinja o *quantum* calórico diário previamente estipulado para ele à luz de todas as circunstâncias em sua volta, tais como trabalho, classe social, religião, prática de esportes, estação do ano, cidade/país em que habita etc., sendo igualmente necessário alimentar-se de bens nutritivos para eliminar as chances da “*fome oculta*” — termo cunhado por Josué de Castro para classificar a fome causada pela “monotonia alimentar”, representada pela restrita ingestão de alimentos nutritivos.<sup>25</sup>

Isso, porque, “além da quantidade de alimentos ingeridos (a serem transformados em energia), o organismo do ser humano precisa que os alimentos ingeridos conttenham nutrientes específicos”, os quais não são fornecidos por quaisquer fontes alimentares.<sup>26</sup> Alimentos com baixa carga nutricional, mas com alta dosagem calórica, às vezes destinados a uma ou outra fase específica do curso da vida, também podem colaborar para a criação de uma situação de insegurança alimentar.<sup>27</sup>

Por isso, no que tange à segunda dimensão (disponibilidade material de alimentos), frisa-se que ela não se limita à quantidade de alimentos acessíveis no mercado em si, abordando, também, a qualidade dos bens alimentares colocados à disposição da população. Esse é o posicionamento do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), para o qual “a disponibilidade de alimentos é [...] uma condição necessária de segurança — mas não suficiente, [pois] [a]s pessoas ainda podem morrer de fome mesmo quando há comida suficiente”, de modo que “a disponibilidade global de alimentos no mundo não é um problema”.<sup>28</sup>

E o que se absorve desse posicionamento é que o problema envolvendo a alimentação não se refere meramente à produção quantitativa de alimentos. Tampouco é restrito à qualidade nutritiva dos mesmos, estando, ao mesmo tempo, situado na forma em que esses bens alimentares são disponibilizados à população e na possibilidade de os indivíduos os adquirirem. Por conseguinte, se a questão em torno do alimento (e, logo, da segurança alimentar) é composta por três dimensões como supracitado, o declínio da renda e de

<sup>24</sup> JONSSON, Urban. As Causas da Fome. In: VALENTE, Flávio Luiz S. (org.). *Fome e Desnutrição: determinantes sociais*. São Paulo: Cortez, 1986. p. 50.

<sup>25</sup> CASTRO, Josué de. *Geografia da Fome*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1957<sup>a</sup>. p. 90-91. Interessante apontar que esse termo, na Europa, recebe o nome de “pobreza alimentar” — no inglês “*food poverty*”. FRIEL, Sharon; CONLON, Catherine. *Food Poverty and Policy*. Dublin: CPA, 2004. Apesar de já ter sido avultada na década de 1950 pelo brasileiro, há quem diga que esta visão, de conectar “food availability and accessibility to its nutritional utilization, is a relative new legal feature. Up to the 1980s, the food utilization adequacy was not boldly incorporated into the concept” — e que deve ser contestado. BUANI, Christiani Amaral; MAGALHÃES, Bruno Valim. WFP’s role in building sustainable bridges between the right to adequate food and the freedom from hunger. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p.16, 2017.

<sup>26</sup> BEURLEN, Alexandra. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 23.

<sup>27</sup> “Una posible explicación de por qué la inseguridad alimentaria puede aumentar el riesgo de obesidad es que en los hogares en que se experimenta existe mayor disponibilidad de alimentos de alta densidad energética, que son baratos y que las personas perciben que los sacian más, tales como cereales refinados, carnes grasosas, etcétera”. HERNANDEZ, Luis O.; MAGALLANES, Magdalena R.; QUINONEZ, Hugo M. Obesidad, conducta alimentaria e inseguridad alimentaria en adolescentes de la Ciudad de México. *Boletín médico del Hospital Infantil de México*, Ciudad de México, v. 69, n. 6, p. 431-441, dez. 2012. p. 439. No mesmo sentido, cf.: “More and more people in developed countries, and also increasingly in developing countries, are confronting problems related to consumption of energy-dense, nutrient-poor foods combined with reduced levels of physical activity which result in overweight, obesity, and chronic diseases”. MCDONALD, Bryan L. *Food Security*. Cambridge: Polity Press, 2010. p. 4. Cf. Também, FREEMAN, Andrea. Fast food: Oppression through poor nutrition. *California Law Review*, Berkeley, v. 95, p. 2221-2259, 2007.

<sup>28</sup> UNDP. *Human Development Report*. New York: Oxford University Press, 1994. p. 27. Posicionamento esse que deve ser ressaltado em razão da tese do economista inglês Thomas Malthus, de 1798, para quem o constante aumento da população geraria sim um problema de escassez de alimentos, haja vista estes serem escassos. Acerca disso, John W. Warnock ressalta que o argumento central de Malthus “was that ‘population, when unchecked, increases in a geometrical ratio. Subsistence increases only in an arithmetical ratio’. [...] It followed that, if the natural checks on population were removed by human intervention, eventually the time would come when the world’s resources would not be able to provide enough food”. Logo, de acordo com o UNDP, o que se vislumbra é exatamente o oposto do que Malthus pregava, tal como conclui John W. Warnock: “the intervening 150 years seemed to prove Malthus wrong”. WARNOCK, John W. *The Politics of Hunger: the global food system*. Toronto: Methuen, 1987. p. 30.

outras habilidades produtivas que diminuem o poder de compra dos cidadãos compõe a terceira — e última — vertente do problema envolvendo os alimentos.

Afinal, não adianta produzir alimentos nutritivos e oferecê-los no mercado, se o destinatário final não tiver condições para adquirir esses bens; “é preciso que esses alimentos possam ser adquiridos e consumidos pelos grupos humanos que deles necessitam”.<sup>29</sup> A questão alimentar passa, obrigatoriamente, pelo viés econômico, isto é, pela possibilidade de “acesso aos recursos e meios para produzir ou adquirir alimentos seguros e saudáveis que possibilitem uma alimentação de acordo com os hábitos e práticas alimentares de sua cultura, de sua região ou de sua origem étnica”.<sup>30</sup>

Assim, é inevitável pensar a dimensão econômica enquanto acesso a uma renda mínima, a qual possibilite uma pessoa a adquirir o alimento que necessita para que esteja bem nutrida. Como apontam as Nações Unidas (ONU)<sup>31</sup>, essa perspectiva mais óbvia aos olhos da população está intrinsecamente ligada à ideia de pobreza, de forma que, quanto menor é poder de compra dos indivíduos, em relação ao mínimo necessário (o que impreterivelmente inclui o alimento), mais próximo estes estariam da “linha da pobreza” e, logo, da desnutrição.<sup>32</sup>

Por conseguinte, para combater a desnutrição e a subnutrição pela vertente do acesso econômico a alimentos, faz-se necessário aumentar as “unidades de troca” da população, o que defende Amartya Sen, ao sustenta ser imperioso que os indivíduos tenham *entitlements* para remediar o problema da fome, ou seja, que eles tenham disponíveis “unidades de trocas” (também chamadas de ‘capacidades’) para aquisição de bens alimentares dadas as suas necessidades e/ou ambições atinentes ao meio em que eles estão inseridos.<sup>33</sup> Essa visão de Amartya Sen mostra-se coerente, pois é realmente necessário que o entorno colabore para o pleno acesso a alimentos pela população.<sup>34</sup>

Dessa feita, observa-se que a questão alimentar é importantíssima para o sustento da vida humana e a realização de todos os atos diários dos indivíduos, abrangendo diversas facetas. Nesse sentido, parece fácil dizer que o direito ao alimento é um direito humano, pois indispensável para a fruição da vida. Outrossim, interessante notar o papel central que a Declaração Universal dos Direitos Humanos apresenta para a defesa desse posicionamento, posto que, antes da sua promulgação, em que pese o tema já tivesse sido internacionalizado, de fato, não se falava da dimensão *humana* do alimento, senão da sua importância para os mercados, enquanto uma *commodity* passível de distorcê-los, como explorar-se-á na próxima seção.

<sup>29</sup> CASTRO, Josué de. *Geopolítica da Fome*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1957b. p. 495.

<sup>30</sup> VALENTE, Flávio Luiz S. Do combate à fome à segurança alimentar e nutricional: o direito à alimentação adequada. In: VALENTE, Flávio Luiz S. *Direito Humano à Alimentação*: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002. p. 38. Lembra Roberto Grassi Neto que “a preservação das características culturais” podem decorrer da forma de produção de alimentos, como os do tipo *kosher* (produzido em obediência aos preceitos da lei judaica) ou *halal* (aquele produzido em obediência aos preceitos da lei islâmica). GRASSI NETO, Roberto. *Segurança Alimentar*: da produção agrária à proteção do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 68.

<sup>31</sup> “Poverty is the principal cause of hunger and undernourishment. [Poverty is assessed by] the poverty line [which is] determined principally in terms of the money income needed to avoid going hungry”. ONU. *Rethinking Poverty: Report on the World Social Situation 2010*. New York: UN, 2009. p. 1.

<sup>32</sup> “Hunger and poverty are intrinsically linked so that one cannot be solved without the other. Both issues concentrate mainly in rural areas of developing countries, amounting to 75% of the people living in hunger being in the rural areas of developing countries”. human right to food: implementation in Brazil through agroecology. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 37, 2017.

<sup>33</sup> SEN, Binay R. *Towards a Newer World*. Dublin: Tycooly, 1982. p. 3-4.

<sup>34</sup> Salienta-se nesse sentido o bom exemplo brasileiro do “Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE)”, que “consiste na transferência de recursos financeiros do Governo Federal aos estados, Distrito Federal e municípios, para aquisição de gêneros alimentícios para a alimentação escolar, [sendo que] 30% desses recursos devem ser destinados à compra de alimentos da agricultura familiar”, a fim de gerar renda essas famílias, “contribui[ndo] para a melhoria de sua qualidade de vida, por aumentar os [seus] ganhos [...], [dar destino à produção nos períodos de safra, assegurar o retorno de investimentos realizados, colaborar para a regulação dos preços de mercado] e mantê-la[s] unida[s] nas atividades do campo”, além de “faz[er] com que est[a]s mantenham-se produzindo alimentos, melhorando a qualidade da alimentação da população [em geral], já que consumidor e produtor estarão mais próximos, podendo ser comercializados produtos mais frescos”. ZINWELSKI, Nádia K; TEO, Carla Rosane P; GALLINA, Luciara de S; GRAHL, Fabiula; FILIPPI, Cimara. Implicações do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) na renda e organização de agricultores familiares. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 221-235, 2015.

### 3 A internacionalização dos alimentos: o surgimento do Instituto Internacional de Agricultura e a condição de mercadoria dos bens alimentares

A primeira organização internacional voltada ao debate sobre bens alimentares foi o Instituto Internacional de Agricultura (IIA)<sup>35</sup>, lançado em Roma, no dia 7 de junho de 1905, após uma reunião, iniciada ainda em maio do referido ano, envolvendo representantes de 40 países<sup>36</sup>a convite do então Rei da Itália, Victor Emmanuel II, destinada a discutir o papel do agricultor e a importância que a agricultura apresentava para o desenvolvimento econômico.<sup>37</sup>

O mentalizador desse Instituto fora David Lubin, cidadão norte-americano que, com o total apoio do Rei italiano, almejava “estabelecer uma Comissão Internacional de Comércio, com poderes similares aqueles de uma ‘Comissão Federal de Comércio’ [...], com autoridade para controlar o mercado internacional de commodities agrícolas”.<sup>38</sup> Apesar dessa ambição, o IIA, o qual abriu as portas em 25 de maio de 1908, transformou-se em um “*Research Body* responsável for compilar as estatísticas e organizar conferências e congressos” sobre o tema, *evitando* adentrar em áreas atinentes “a proteção dos interesses comuns dos agricultores ou melhorar as suas condições de vida”, [...] “forte no princípio da soberania”.<sup>39</sup>

Mais especificamente, os seus trabalhos centraram-se na “publicação de dados sobre commodities, comércio, preços e doenças oriundas de plantas”, além de igualmente produzir “estudos sobre cooperação agrícola e crédito”<sup>40</sup>, distanciando-se da estipulação de políticas agrícolas comuns e de atividades comerciais, tal como Lubin pensara<sup>41</sup>. Até mesmo porque,

[...] escândalos decorrentes da manipulação dos preços de produtos básicos e a circulação de falsas informações sobre as perspectivas de cultivo com a intenção de desequilibrar artificialmente os preços, compeliram as nações produtoras e consumidoras a perceber a necessidade de [obter-se] informações estatísticas confiáveis.<sup>42</sup>

<sup>35</sup> Como ressalta Asher Hobson, o tratado constitutivo do IIA é silente quanto à atribuição a si de personalidade jurídica, de modo que há duas correntes acerca da sua classificação: (a) de que ela seria uma organização *sui generis*, pois voltada a atuar no foro internacional, em que pese ser constituída na Itália; (b) de que ela seria uma organização internacional dada a sua origem convencional e atividades por ela executadas, mesmo sem a referida menção formal em seu tratado constitutivo. HOBSON, Asher. *The International Institute of Agriculture: an historical and critical analysis of its Organization, Activities and Policies of Administration*. 356p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de Genebra, Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. Genebra: UG, 1929. p. 244.

<sup>36</sup> São os 40 países, separados por região: Europa (20) – Itália, Bélgica, Portugal, Romênia, Luxemburgo, Montenegro, Sérvia, Suíça, Noruega, Reino Unido e da Irlanda, Bulgária, Dinamarca, Império Austro-húngaro, Alemanha, Rússia, Espanha, França, Holanda, Suécia e Grécia; Ásia (4) – Japão, Turquia, Pérsia e China; América (14) – El Salvador, Argentina, México, Equador, Guatemala, Nicarágua, Estados Unidos, Brasil, Cuba, Costa Rica, Chile, Uruguai, Peru e Paraguai; e África (2) – Egito e Etiópia. Cf. INTERNATIONAL INSTITUTE OF AGRICULTURE. *Convenção Constitutiva do International Institute of Agriculture*. 1905.

<sup>37</sup> FAO. *David Lubin (1849-1919): An Appreciation*. Disponível em: [www.fao.org/library/about-library/general-information/david-lubin-an-appreciation/en/](http://www.fao.org/library/about-library/general-information/david-lubin-an-appreciation/en/). Acesso em: 17 jul. 2017; HOBSON, Asher. *The International Institute of Agriculture: an historical and critical analysis of its Organization, Activities and Policies of Administration*. 356p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de Genebra, Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. Genebra: UG, 1929. p. 44 e 54-55.

<sup>38</sup> MARCHISIO, Sergio; DI BLASE, Antonietta. *The Food and Agriculture Organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p. 5. Cf. também: HOBSON, Asher. *The International Institute of Agriculture: an historical and critical analysis of its Organization, Activities and Policies of Administration*. 356p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de Genebra, Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. Genebra: UG, 1929. p. 24-25 e 34-37.

<sup>39</sup> MARCHISIO, Sergio; DI BLASE, Antonietta. *The Food and Agriculture Organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 5. Cf. também: “*Governments were assured that the contemplated action did not in any way lessen the independence of governments*” HOBSON, Asher. *The International Institute of Agriculture: an historical and critical analysis of its Organization, Activities and Policies of Administration*. 356p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de Genebra, Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. Genebra: UG, 1929. p. 41.

<sup>40</sup> MARCHISIO, Sergio; DI BLASE, Antonietta. *The Food and Agriculture Organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 5.

<sup>41</sup> HOBSON, Asher. *The International Institute of Agriculture: an historical and critical analysis of its Organization, Activities and Policies of Administration*. 356p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de Genebra, Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. Genebra: UG, 1929. p. 100.

<sup>42</sup> LUZZATTI, Luigi. *The International Institute of Agriculture*. *The North American Review*, Cedar Falls – IA, v. 182, n. 594, p.

Sendo assim, pugnava-se pela arquitetura de uma estrutura que pudesse averiguar tais informações, bem como promover a troca de conhecimentos acerca de procedimentos para uma maior efetividade e prosperidade no campo e, nesse sentido, salvaguardando os interesses dos agricultores, sendo esses os maiores objetivos do IIA.<sup>43</sup> Não era o objetivo dessa organização trabalhar com a disponibilização dos alimentos enquanto bens importantes para a *sobrevivência* humana, senão sob uma perspectiva mercadológica.

Outrossim, muito embora suas atividades tenham restado um pouco debilitadas pela falta de funcionários durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918)<sup>44</sup>, é, justamente nesse período, que a importância das publicações do Instituto atingiram o seu ápice, a julgar pela “necessidade [ainda maior] por informações estatísticas precisas acerca do abastecimento mundial de alimentos [...], de melhores técnicas agrícolas e das medidas econômicas adotadas [pelos Estados]”, não só pela escassez natural gerada pelo conflito, como também pela desorganização dos departamentos de agricultura e estatística nacionais de países afetados pela guerra.<sup>45</sup>

Nem isso foi suficiente para, ao menos, fazer com que o IIA fosse um órgão de real destaque, haja vista ele ter sido objeto de críticas porquanto “as informações fornecidas pelo instituto jamais eram mais precisas ou extensas quando comparadas àquelas fornecidas pelos Estados individualmente; logo, [acreditava-se que o seu papel deveria ser] de induzir os governos a melhorarem seus métodos e modificarem as suas estatísticas”, em detrimento de meramente compilar informações.<sup>46</sup>

Por isso, ao final da década de 1920, passou-se a questionar a centralização das discussões sobre agricultura no IIA, de forma que a Liga das Nações se apresentava cada vez mais propícia enquanto um foro para o debate sobre a eficiência do setor frente ao crescente protecionismo econômico oriundo do pós-guerra<sup>47</sup>, em que pese a *falta de humanização* em torno do alimento por parte das organizações internacionais em tal momento.<sup>48</sup>

Assim, observou-se uma aproximação formal entre as duas organizações para o planejamento de estratégias voltadas à proteção e ao desenvolvimento da produção agrícola e dos próprios agricultores, em particular frente à depressão econômica que se iniciava<sup>49</sup>, de modo que o IIA tornou-se, formalmente, um órgão consultivo da Liga das Nações em matéria agrícola em 1932.<sup>50</sup>

---

651-659, maio 1906. Tradução livre.

<sup>43</sup> Cf. IIA. *Convenção Constitutiva do International Institute of Agriculture*. 1905. Art. 9.

<sup>44</sup> HOBSON, Asher. *The International Institute of Agriculture: an historical and critical analysis of its Organization, Activities and Policies of Administration*. 356p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de Genebra, Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. Genebra: UG, 1929. p. 73. Em sentido semelhante, cf.: “*Mais la Grande Guerre a interrompu le rythme des assemblées générales, sans rien toucher (on doit le constater avec plaisir) aux travaux ordinaires de l’Institut, qui a continué à fonctionner tranquillement, comme peu d’autres institutions administratives internationales, pendant la lutte sanglante*”. VITTA, Cino. *La coopération internationale en matière d’agriculture*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1936. v. 56. p. 335-336.

<sup>45</sup> AAAS. *The International Institute of Agriculture at Rome*. *Science*, Washington D.C., v. 48, n. 1242, p. 387-388, Oct. 1918. p. 388.

<sup>46</sup> HOBSON, Asher. *The International Institute of Agriculture: an historical and critical analysis of its Organization, Activities and Policies of Administration*. 356p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de Genebra, Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. Genebra: UG, 1929. p. 102.

<sup>47</sup> Um grande exemplo são as resoluções sobre agricultura aprovadas durante a Conferência Econômica Mundial ocorrida em Genebra em maio de 1927, as quais demandavam uma atuação maior da própria Liga para executar tarefas nessa área. Sobre a conferência, cf. RUCINAM, W. Leslie. *The World Economic Conference at Geneva*. *The Economic Journal*, New Jersey, v. 37, n. 147, p. 465-472, Sep. 1927. p. 465.

<sup>48</sup> HOBSON, Asher. *The International Institute of Agriculture: an historical and critical analysis of its Organization, Activities and Policies of Administration*. 356p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de Genebra, Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. Genebra: UG, 1929. p. 286; GARRETÓN, Manuel Antonio, et al. *América Latina no Século XXI: em direção a uma nova matriz econômica*. Trad Ximena Simpson. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 60-61.

<sup>49</sup> HOBSON, Asher. *The International Institute of Agriculture: an historical and critical analysis of its Organization, Activities and Policies of Administration*. 356p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de Genebra, Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. Genebra: UG, 1929. p. 289-292; MARCHISIO Sergio; DI BLASE, Antonietta. *The Food and Agriculture Organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p. 7.

<sup>50</sup> VITTA, Cino. *La coopération internationale en matière d’agriculture*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1936. v. 56. p. 343.

Na década de 1930, de certa forma, houve alteração da visão de *commodity* transacionável que os bens alimentares carregavam em si até então. Isso, pois, como apontam Sergio Marchisio e Antonietta Di Blase<sup>51</sup>, em 1935 “um grupo de especialistas atrelados à Liga prepararam um relatório intitulado ‘Nutrição e Saúde Pública’, o qual ilustrou a importância da nutrição para melhorar as condições de vida dos cidadãos e trouxe as medidas necessárias para atingir tal objetivo”, as quais incluíam a expansão do setor agrícola por uma *questão de saúde* — e não meramente por um viés econômico<sup>52</sup>.

Aliás, em torno da interseção entre agricultura (produção de alimentos) e saúde (nutrição dos indivíduos), e especialmente em razão de a Segunda Guerra Mundial ter agravado a indisponibilidade mundial de alimentos, confirmando os receios dos especialistas acerca dos impactos da ingestão limitada de alimentos na saúde dos indivíduos, a ONU confirmaria a existência de um direito humano ao alimento por intermédio da Declaração Universal dos Direitos Humanos e passaria a preocupar-se, particularmente, com a sua garantia por meio da vinculação da *Food and Agriculture Organization* (FAO) edificada na década de 1940 à sua estrutura<sup>53</sup>, como verificar-se-á na sequência deste estudo.

#### 4 O papel da ONU para a humanização do alimento: a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a colaboração da *Food and Agriculture Organization*

A alimentação deficiente quantitativamente, economicamente e/ou nutritivamente e a consequente inanição do ser humano não são temas recentes na agenda dos Estados, sendo essa uma preocupação que advém dos primórdios da humanidade, tal como se constatou anteriormente. Apesar disso, o problema da insegurança alimentar não era debatido internacionalmente enquanto uma dificuldade a ser combatida internacionalmente — o que somente ganha os primeiros contornos *efetivos* ao final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

O problema da fome não implicava uma questão recorrente nas demais localidades, repercutindo, eventualmente, em nível internacional<sup>54</sup>; porém, indubitavelmente, após esse conflito, a *garantia* da segurança alimentar ganhou espaço na agenda internacional, exatamente pela forte influência/dominação que a Europa já exercia e que os Estados Unidos passariam a apresentar na institucionalização do direito internacional, notadamente no que diz respeito à proliferação das organizações internacionais a partir da metade do século XX. Isso, porque, primeiramente, a população europeia “sofria com a falta de alimentos, seja ela na quantidade, na qualidade e/ou na regularidade de acesso” por consequência do referido conflito, demandando a criação de uma política alimentar para a garantia “da [sua] autossuficiência alimentar, [da] moderniza[ç]ão [d]

<sup>51</sup> MARCHISIO Sergio; DI BLASE, Antonietta. *The Food and Agriculture Organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p. 8.

<sup>52</sup> FAO. *The McDougall Memoranda: some documents relating to the Origins of FAO and the contribution made by Frank L. McDougall*. Rome: FAO, 1956, p. 1 (preâmbulo).

<sup>53</sup> MARCHISIO Sergio; DI BLASE, Antonietta. *The Food and Agriculture Organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p. 9; INTERNATIONAL INSTITUTE OF AGRICULTURE. *International Economic Conference documentation: Agricultural Problems in their international aspect*. Geneva: League of Nations, 1927. p. 2-6.

<sup>54</sup> Um exemplo, ainda do século XIX, é exposto por Sergio Marchisio e Antonietta Di Blase ao mencionar o processo de industrialização na Europa, em que o êxodo rural e as crescentes necessidades da burguesia e do proletariado por alimentos fez com que certos países adotassem medidas anti-protecionistas no setor agrícola, à exemplo da Grã-Bretanha em 1846, a fim de abastecer de alimentos os mercados situados nos seus centros urbanos. MARCHISIO, Sergio; DI BLASE, Antonietta. *The Food and Agriculture Organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p. 4. Outro exemplo é relatado por Giuseppe Motta, ao citar a visita de dois representantes da OIT em 1928 na região da Rutênia (na então Checoslováquia), a fim de comprovar os relatos feitos pelo Presidente da Associação Agrária Rutaniense, em petição à Liga das Nações, da fome que assolava essa parcela população em razão das práticas governamentais, na tentativa de trazer à tona a opressão levada a cabo em direção a esse grupo étnico minoritário no país. MOTTA, Giuseppe. *Less Than Nations: central-eastern European Minorities after WWI*. Newcastle: Cambridge Scholar Publishing, 2013. p. 145-150. em especial p. 146.

a zona rural e [da] melhora [d]as condições de vida da população [dessa região]”.<sup>55</sup>

Em segundo lugar, a “ideia de [...] uma organização com responsabilidades econômicas e sociais” em âmbito internacional, é impulsionada pelo discurso do Presidente Franklin D. Roosevelt, em 06 de janeiro de 1941, dirigido ao Congresso Nacional dos Estados Unidos acerca das “quatro liberdades” humanas necessárias para a construção de um mundo ideal.<sup>56</sup> Neste, o então presidente Norte-Americano enalteceu a importância da “Liberdade de Viver sem Necessidades” (*Freedom from Want*), que traduzir-se-ia “nos entendimentos econômicos voltados a assegurar a toda nação uma vida pacífica [e] saudável para os seus cidadãos”, o que não se restringira à população daquele país<sup>57</sup> — mas a todo o mundo.

Por consequência, tal discurso ofereceu o vocabulário necessário para a edificação não somente da ONU (tal como se observa no seu preâmbulo<sup>58</sup>), mas igualmente de uma organização específica para o alimento, imediatamente após o conflito, qual seja, a *Food and Agriculture Organization* (FAO)<sup>59</sup> e o assentamento de que o alimento é, sim, um direito humano, sem o qual o indivíduo não sobrevive, como disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), alinhavada sob os auspícios da Assembléia Geral.<sup>60</sup>

No que diz respeito a FAO, a sua edificação começou a ser alinhada por André Mayer (biólogo e psicólogo francês), Frank G. Boudreau (médico norte-americano), John Boyd Orr (biólogo e médico escocês), Josué de Castro (médico e cientista político brasileiro)<sup>61</sup> e Frank L. McDougall (economista e político inglês/australiano) — o “Grupo de Genebra” —, os quais, motivados pelo citado discurso do então presidente Norte-Americano Franklin D. Roosevelt, sobre as “quatro liberdades”, delineiam a estrutura de um “*United Nations Program for Freedom from Want of Food*” durante as negociações de um novo “Acordo Internacional sobre Trigo”<sup>62</sup>, que ocorria em Washington D.C. em 1942.<sup>63</sup>

Dentre os objetivos centrais desse Programa, estavam a promoção de um ambiente em que as “quatro liberdades” fossem atingidas; a priorização de políticas atinentes aos alimentos, pois essenciais à saúde; o fomento ao abastecimento de alimentos e a sua acessibilidade a partir da promoção de renda para permitir

<sup>55</sup> SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. O desenvolvimento da política agrícola comum da União Europeia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 374-389, 2016. p. 379.

<sup>56</sup> FAO. *FAO: the first 40 years*. Rome: FAO, 1985. p. 7.

<sup>57</sup> ROOSEVELT, Franklin D. The Four Freedoms Address. In: ENGEL, Jeffrey A. *The Four Freedoms: Franklin D. Roosevelt and the evolution of an American Idea*. New York: Oxford University Press, 2016. p. xi-xiii, em especial p. xii.

<sup>58</sup> “Roosevelt and his followers would insist that these same [moral] principles [insculpted in the ‘Four Freedoms’] be written into the preamble of the United Nations, founded in 1945. Member states would ‘reaffirm faith in fundamental human rights, in dignity and worth of the human person, and in the equal rights of men and women’, and they would ‘promote social progress and better Standards of life’”. HITCHCOCK, William. Everywhere in the World: the strange career of the four freedoms since 1945. In: ENGEL, Jeffrey A. *The Four Freedoms: Franklin D. Roosevelt and the evolution of an American Idea*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 193-220, em especial, p. 199.

<sup>59</sup> ENGEL, Jeffrey A. Introduction – The Four Freedoms: FDR’s Legacy of Liberty for the United States and the World. In: ENGEL, Jeffrey A. *The Four Freedoms: Franklin D. Roosevelt and the evolution of an American Idea*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 1-15, em especial p. 4. No mesmo sentido: “this, for FDR [Franklin D. Roosevelt], is the ‘moral order’ that America had created at home and would seek to export globally in the coming years?”. HITCHCOCK, William. Everywhere in the World: the strange career of the four freedoms since 1945. In: ENGEL, Jeffrey A. *The Four Freedoms: Franklin D. Roosevelt and the evolution of an American Idea*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 199.

<sup>60</sup> Inclui-se, pode-se dizer que é por isso que Camera e Wegner expressaram que “[d]esde os arranjos que **antecedem** a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, há esforços no sentido de promover a realização desses direitos, buscando-se envolver os Estados a não só comprometerem-se na sua garantia, mas também a criarem meios para efetivá-los. [...] Nesse catálogo está o direito humano à alimentação [...]” (grifo nosso). CAMERA, Sinara; WEGNER, Rubia. Direito humano à alimentação, (in)segurança alimentar e desenvolvimento: os desafios à realização progressiva na América Latina. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 22, 2017.

<sup>61</sup> Salienta-se a omissão da participação do brasileiro Josué de Castro na construção da FAO por diversos autores na doutrina. Quem destacou a sua participação foi Jean Ziegler, sociólogo francês, que trabalhou na ONU como *Special Rapporteur on the Right of Food*, entre 2002 e 2008. Cf. ZIEGLER, Jean. *Destruição em Massa: geopolítica da fome*. Trad. José Paulo Neto. São Paulo: Ed. Cortez, 2013. p. 119.

<sup>62</sup> Cumpre dizer que esse acordo foi eventualmente aprovado em 1949. Para mais informações sobre o mesmo, cf. GOLAY, Frank H. The International Wheat Agreement of 1949. *The Quarterly Journal of Economics*, London, v. 64, n. 3, p. 442-463, Aug. 1950.

<sup>63</sup> FAO. *The McDougall Memoranda: some documents relating to the Origins of FAO and the contribution made by Frank L. McDougall*. Rome: FAO, 1956. p. 15.



a todos a compra de alimentos.<sup>64</sup>

Esse programa, por meio da intervenção de Eleanor Roosevelt, chamou a atenção do citado Presidente, o qual impulsionou a realização de uma conferência para debater o assunto em 1943, na cidade de Hot Springs, no estado de Virgínia – Estados Unidos, a qual culminou na edificação da FAO.<sup>65</sup> Afinal, Franklin D. Roosevelt acreditava que, além de reafirmar o seu discurso perante o Congresso, em janeiro de 1941, “uma política alimentar mundial seria a melhor maneira de começar a efetivar a liberdade do homem de viver sem a falta de necessidades básicas, a qual foi previamente assentada na Carta do Atlântico, assinada [por si] e pelo Primeiro-Ministro Churchill em agosto de 1941”.<sup>66</sup>

Tal Comitê “iniciou os seus trabalhos em 15 de Julho de 1943, era composto por 61 representantes de 15 países [que foram apontados pelos 44 Estados<sup>67</sup> presentes na Conferência] divididos em cinco comitês técnicos, os quais eram assessorados por dois especialistas, um sobre questões econômicas e o outro sobre questões científicas”.<sup>68</sup> Após dois anos e meio de debates desse Comitê, finalmente, em 1945, a FAO foi efetivamente lançada com a ratificação do seu documento constitutivo por 36 países<sup>69</sup>, ocorrida na primeira Conferência geral da Organização realizada na cidade de Quebec, no Canadá.<sup>70</sup>

Nesse documento, foram apontados os propósitos da Organização, os quais não só guardam relação íntima com a proposta do *Program for Freedom from Want of Food* formulada pelo “Grupo de Genebra”, como também confirmam a modificação do pensamento da sociedade internacional no que pertine a relevância do alimento para o homem, a saber:

- (1) promover a elevação dos níveis de nutrição e padrões de vida dos povos sob suas respectivas jurisdições;
- (2) Garantir melhorias na eficiência da produção e distribuição de todos os bens alimentares

<sup>64</sup> FAO. *The McDougall Memoranda: some documents relating to the Origins of FAO and the contribution made by Frank L. McDougall*. Rome: FAO, 1956. p. 16-21.

<sup>65</sup> FAO. *The McDougall Memoranda: some documents relating to the Origins of FAO and the contribution made by Frank L. McDougall*. Rome: FAO, 1956. p. 21; MARCHISIO, Sergio; DI BLASE, Antonietta. *The Food and Agriculture Organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p. 10; STAPLES, Amy L. *The Birth of Development*. Kent, OH: Kent State University Press, 2006. p. 75; PHILLIPS, Ralhp W. *FAO: its origins, formation and evolution, 1945-1981*. Rome: FAO, 1981. p. 16.

<sup>66</sup> SHAW, D. John. *World Food Security: A History since 1945*. London: Palgrave Macmillan, 2007. p. 8.

<sup>67</sup> São eles: 12 europeus (Bélgica, Checoslováquia, França, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Islândia, Luxemburgo, Noruega, Polônia, União Soviética e Iugoslávia); nove sul-americanos (Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Peru, Paraguai, Uruguai e Venezuela), nove caribenhos (Costa Rica, Cuba, El Salvador, República Dominicana, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua e Panamá), os três norte-americanos (Canadá, México e Estados Unidos), dois representantes da Oceania (Austrália e Nova Zelândia), cinco países asiáticos (China, Índia, Irã, Iraque e Filipinas) e quatro africanos (África do Sul, Egito, Etiópia, Libéria). Importante destacar que esses 44 países são considerados ‘Membros-Originaários’ da FAO ao ratificarem a “Constituição” da Organização, consoante o Anexo 1 de tal documento, vez que presentes na Conferência de Hot Springs. FAO. Constitution. In: FAO. *Basic texts of the Food and Agriculture Organization of the United Nations*. Rome: FAO, 2017. p. 16. Salienta-se, ainda, que a Dinamarca é igualmente chamada de “Membro-Originário”, posto que um oficial do país esteve presente na Conferência de Hot Springs, mesmo que na qualidade pessoal já que não apresentara Carta de Plenos Poderes. PHILLIPS, Ralhp W. *FAO: its origins, formation and evolution, 1945-1981*. Rome: FAO, 1981. p. 11-13.

<sup>68</sup> STAPLES, Amy L. *The Birth of Development*. Kent, OH: Kent State University Press, 2006. p. 78. Cf. também: FAO. United Nations Conference on Food and Agriculture: Text of the Final Act. *American Journal of International Law*, Washington D.C., v. 37, n. 4, p. 159-192, Oct. 1943. p. 159 e 164 (Resolução n. 2).

<sup>69</sup> Apesar de precisar apenas de 20 ratificações consoante o art. 23(3) de sua Carta, obteve-se 36 aceites: nove europeus (Bélgica, França, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Islândia, Luxemburgo, Noruega e Dinamarca — país este que agora participou formalmente); sete sul-americanos (Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Paraguai, Uruguai e Venezuela), sete caribenhos (Cuba, República Dominicana, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua e Panamá), os três norte-americanos (Canadá, México e Estados Unidos), dois representantes da Oceania (Austrália e Nova Zelândia), seis países asiáticos (China, Índia, Iraque, Filipinas, Líbano e Síria — sendo que os últimos dois não estavam presentes em Hot Springs, logo não são chamados de ‘Membros Originários’) e dois africanos (Egito e Libéria). Em comparação à Hot Springs, não ratificaram no ano de 1945 a Carta Constitutiva da FAO os seguintes Estados: Checoslováquia, União Soviética e Iugoslávia (Europa), África do Sul e Etiópia (África); Chile e Peru (América do Sul); Costa Rica (América Central); e Irã (Ásia). FAO. *Membership of FAO*. 2017a. Disponível em: [www.fao.org/legal/home/membership-of-fao/en/](http://www.fao.org/legal/home/membership-of-fao/en/). Acesso em: 06 jan. 2018; FAO. Constitution. In: FAO. *Basic texts of the Food and Agriculture Organization of the United Nations*. Rome: FAO, 2017b. p. 16 - art. 21.

<sup>70</sup> MARCHISIO, Sergio; DI BLASE, Antonietta. *The Food and Agriculture Organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p. 12.

e agrícolas; (3) Melhorar a condição das populações rurais; e (4) Contribuir para uma economia mundial em expansão e garantir à humanidade liberdade contra a fome.<sup>71</sup>

Aliás, no referido documento constitutivo, também é possível notar que a FAO, conquanto apresente capacidade jurídica enquanto sujeito de direito internacional<sup>72</sup>, seria considerada uma agência especializada da ONU<sup>73</sup> — organização estruturada em junho de 1945 com a qual viria a formalizar um acordo<sup>74</sup> nesse sentido em junho de 1946. Dessa maneira, mesmo sendo independente, ao pugnar por uma ligação formal com a ONU, por meio dos artigos 57 e 63 da Carta de São Francisco<sup>75</sup>, a FAO atraiu a responsabilidade de desenvolver funções técnicas específicas, as quais não seriam concluídas pela ONU em si<sup>76</sup>.

Outrossim, por meio de cooperação e supervisão da ONU, a FAO colaboraria para o resguardo da produção e disponibilização de bens alimentares para além de uma retórica voltada estritamente ao desenvolvimento econômico dos países, colaborando para a perfectibilização da humanização do direito ao alimento. Afinal, a própria construção da ONU já trazia em si uma mudança de paradigma do direito internacional, já que um de seus eixos centrais é a própria proteção da pessoa humana à nível internacional.

Nesse sentido, não só as agências especializadas se alinhavam aos propósitos da nova organização, como as suas próprias bases também deveriam voltar-se a tal finalidade<sup>77</sup>. Assim, a Assembleia Geral — órgão principal da entidade, contando com a participação de todos os seus membros — também deveria voltar-se à essa temática. É o que estipula o art. 13(1) da Carta de São Francisco, *in verbis*:

artigo 13. (1) A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a: [...] (b) promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e sanitário e favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.<sup>78</sup>

Por essa razão, muitos dos debates ocorridos na própria Assembleia Geral tangenciam os direitos humanos e têm como objetivo a sua afirmação e fomentar o seu gozo. Dentre um dos documentos mais conhecidos desse órgão está a Declaração Universal dos Direitos Humanos, firmada em 10 de dezembro de 1948, em que se encontra a primeira prescrição do direito humano ao alimento.

Esse documento destaca o Direito ao Alimento ao lado de outros direitos sociais<sup>79</sup>; inserindo-o, portanto, no rol dos direitos de segunda dimensão da pessoa humana<sup>80</sup>. Assim prescreve o artigo 25, parágrafo primeiro:

<sup>71</sup> FAO. Constitution. *In: FAO. Basic texts of the Food and Agriculture Organization of the United Nations*. Rome: FAO, 2017b. p. 3 – Preâmbulo.

<sup>72</sup> FAO. Constitution. *In: FAO. Basic texts of the Food and Agriculture Organization of the United Nations*. Rome: FAO, 2017b. p. 13 – art. 16[1].

<sup>73</sup> FAO. Constitution. *In: FAO. Basic texts of the Food and Agriculture Organization of the United Nations*. Rome: FAO, 2017b. p. 10 – art. 12[1].

<sup>74</sup> Aduz Lamartine Yates, que o acordo “[...] proved for reciprocal representation at meetings of committees of FAO and UN, for the exchange of information and documents, for the right of each to place items on the agenda of meetings of the other organization, and for certain common services in the administrative and technical field”. YATES YATES, P. Lamartine. *Food Resources and Human Needs*. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 55, p. 1233-1241, 1946. p. 1238

<sup>75</sup> ONU. *Carta da ONU*. São Francisco, 1945. Arts. 57 e 63.

<sup>76</sup> Esclarece Bruno Simma que: “the [UN] Charter decided in favour of a decentralized but coordinated structure in providing for a network of relationship agreements between the UN and important global organizations. This created a system of international organizations that is often called the ‘UN family’. The decentralization is the result of the acknowledgment by the forces that were responsible of the failure of the attempts of the League [of Nations] to consolidate its system. [...] At the outset, the main goal was to avoid a politicization of the economic and social co-operation and to focus instead in the technical aspects, so as not to endanger effective and universal activities”. SIMMA, Bruno (ed.). *The Charter of the United Nations: a commentary*. New York: Oxford University Press, 1994. p. 804.

<sup>77</sup> É o que demanda o Art. 1(3) da Carta de São Francisco, a saber: Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são: [...] (3) Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; [...] - grifo nosso. ONU. *Carta da ONU*. São Francisco, 1945.

<sup>78</sup> ONU. *Carta da ONU*. São Francisco, 1945.

<sup>79</sup> Cumpre anotar que essa classificação advém do entendimento de que “the individual enjoys such rights in his capacity as a member of a collectivity”, eis que dependente do interesse da coletividade para a plena fruição (individual). KEARNS, Anthony Paul III. *The Right to Food via Customary International Law*. *Suffolk Transnational Law Review*, Boston, v. 22, n. 1, p. 223-257, 1998. p. 245; e no mesmo sentido: JAKUBOWSKI, Andrzej. *Cultural Rights as Collective Rights: an international law perspective*. Leiden: Brill, 2016. p. 96-98.

<sup>80</sup> Havia uma discussão quanto à inserção de direitos sociais nos documentos internacionais nos anos que seguiram a Segunda

[t]odo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive **alimentação**, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.<sup>81</sup> (Grifo nosso).

Por mais que se trate de uma *soft law*<sup>82</sup>, essa classificação é de suma relevância, pois determina o Estado enquanto pro(mo)vedor desse direito na atualidade, iniciando a pavimentação da sua exigibilidade e, logo, justiciabilidade. Isso, porque o direito humano ao alimento, em razão de ser categorizado na condição de um direito social, não é uma mera opção política, demandando a intervenção do Estado para proporcionar e garantir o bem almejado (como o alimento), de modo que a sua negativa, voluntária ou não, ensejaria o seu cumprimento pela via judicial.<sup>83</sup>

Todavia, importante ressaltar que não somente a falha prestacional que daria causa à adoção de medidas judiciais, já que a interferência estatal poderia ser igualmente prejudicial à efetivação dos direitos humanos sociais. Isso, pois, já se superou a percepção (de fundo notadamente ideológico<sup>84</sup>) de que os direitos de segunda dimensão seriam, apenas, direitos promocionais, uma vez que estes, também, poderiam ser taxados como direitos de defesa, demandando uma abstenção do Estado em realizar condutas que poderiam violar o seu pleno gozo pelos indivíduos.<sup>85</sup> Inclusive, para além de sua confirmação na órbita constitucional dos

---

Guerra Mundial, designadamente quanto a estes serem, de fato, direitos do homem. Por exemplo, Egbert Vierdag afirmava que os direitos sociais seriam heterogêneos, dividindo-os em três categorias: (a) direitos imediatamente disponíveis sem custo algum; (b) direitos imediatamente disponíveis, porém, com custo - onde estaria o direito ao alimento; e (c) direitos de disponibilidade baixa, necessitando de meios para implementá-los. Nessa divisão, o autor sustenta que as duas últimas categorias não seriam direitos do homem (ou que seriam marginalmente direitos humanos), mas programas direcionadores, que indicam as condutas a serem perfectibilizadas pelos governos que tem como beneficiário o homem. VIERDAG, Egbert W. The legal nature of the rights granted by the international covenant on economic, social and cultural rights. *Netherlands Yearbook of International Law*, Hague, v. 9, p. 69-105, Dec. 1978. Argumento que é o mesmo defendido por Konrad Hesse, para quem a estrutura distinta dos direitos sociais em relação aos direitos individuais, notadamente atinente a sua ineficácia imediata para serem respeitados e amparados, faz com que somente a partir de sua estruturação pelo legislador é que poder-se-ia falar em verdadeiras pretensões jurídicas. HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio Lopez Pina 2. ed. Madrid: Marcial, 2001. p. 63-115. em especial p. 98. Por outra banda, Asbjørn Eide exprime que direitos sociais são direitos humanos (em detrimento de uma obrigação moral que induza condutas estatais), mesmo que apresentem obrigações distintas ao Estado — isto é, obrigações de resultado em detrimento a obrigações de conduta, por poderem ser cobrados perante o poder judiciário do Estado. EIDE, Asbjørn. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. In: HENKIN, Louis; NEUMAN, Gerard L.; ORENTLICHER, Diane F.; LEEBRON, David W. *Human Rights: university casebook series*. New York: Foundation Press, 1999. p. 1115-1118.

<sup>81</sup> ONU. Resolução da Assembleia Geral n. 217-A(III). 1948. [Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH]. Art. 25(1).

<sup>82</sup> Cumpre dizer que não há dúvidas quanto à “normatividade formal” da DUDH na atualidade, enquanto regra costumeira. Cf. NARULA, Smita. The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 44, n. 3, p. 691-800, 2006. em especial p. 762 e ss.

<sup>83</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1997. p. 477-478; CDESC. *Comentário Geral n. 09 sobre a Aplicação Doméstica do PIDESC*. 1998. p. 4 - parágrafo 10; SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: RT, 2009. p. 220; PIOVESAN, Flávia. Dignidade da Pessoa Humana e Proteção dos Direitos Sociais no Plano Global, Regional e Local. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco A. *Tratado Luso-brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 400; SANTOS, Bruno Cavalcanti L. Reflexos do PIDESC e a efetividade (justiciabilidade) do Direito à Alimentação Adequada. In: LINS JUNIOR, George Sarmento *et al.* *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014. p. 208-210 [citando o caso paradigmático *People's Union for Civil Liberties (PUCL) v. Union of India & others* sobre a justiciabilidade do direito ao alimento na Índia]; GOLAY, Christophe. *The Right to Food and Access to Justice: Examples at the national, regional and international levels*. Rome: FAO, 2009. p. 22 [citando o caso paradigmático *Kenneth George v. Cape of Good Hope Province* sobre a justiciabilidade do direito ao alimento na África do Sul].

<sup>84</sup> Sobre o tema, cf.: DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2000. p. 124.

<sup>85</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1997. p. 446-449; DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003. p. 30-31; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010. p. 154-155; PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito a Alimentação Adequada: mecanismos nacionais e internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz. *Direito Humano a Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 208-210 [citando o caso paradigmático *Kenneth George v. Cape of Good Hope Province* sobre a justiciabilidade do direito ao alimento na África do Sul].

Estados<sup>86</sup>, o fim da dicotomia negativo-positivo dos efeitos obrigacionais gerados às nações apresenta o direito ao alimento como exemplo.

O desenvolvimento iniciado pela Assembleia Geral no referido documento tornou-se um paradigma, pois diversos documentos internacionais, no âmbito da ONU, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966 para citar um exemplo, continuaram afirmando a sua existência, promovendo essa nova visão. Por conseguinte, pode-se dizer que a inserção do direito ao alimento na DUDH pelos membros da ONU em 1948 representou um importante, se não o maior, passo para a sua humanização, de modo que ele deixa, de fato, de ser visto enquanto um direito apenas transacionável no mercado.

## 5 Considerações finais

A partir do presente estudo, resta claro que o problema em torno da alimentação não envolve, apenas, uma dimensão biológica de ingestão mínima de alimentos nutritivos para o gasto energético global a ser definido por uma série de peculiaridades abarcando os indivíduos e o seu meio; tampouco está adstrita à disponibilidade de alimentos em geral à população, dependendo-se, na verdade, da acessibilidade material da população a alimentos sustentáveis, nutritivos e seguros.

Ademais, não se pode falar de a questão alimentar restringir-se, puramente, à renda das pessoas para que elas acessem o seu alimento diariamente, devendo o aspecto econômico ser considerado a partir de uma visão alargada, multidimensional, a qual incorpora as diversas “capacidades” dos indivíduos em participar da distribuição dos alimentos na sociedade. Afinal, não faltam alimentos no globo, de modo que, para a efetivação do quesito econômico, necessita-se de ações que promovam os termos de troca de todos os cidadãos, no âmbito da sociedade, para uma distribuição mais equitativa de bens alimentares nutritivos.

Por conseguinte, sem assegurar igualmente as três dimensões do alimento, o indivíduo encontrar-se-á em situação de vulnerabilidade, estando mais propenso a não ter uma alimentação adequada, o que pode lhe causar diversos problemas de saúde (majoritariamente externados durante o crescimento da pessoa, como raquitismo, cegueira, “transtorno do crescimento, nanismo endócrino, deformações locais e gerais, surdo-mudez, debilidade mental etc.”<sup>87</sup>) e sociais (incapacidade laboral, educacional, cultural etc.).

Por isso, o alimento não pode ser considerado meramente uma *commodity* transacionável no mercado, mas um elemento basilar para a plena fruição da vida humana, tanto na vertente pessoal, enquanto extensão do direito à vida e da saúde, como também nas suas extensões sociais e culturais, sendo, respectivamente, crucial para o desenvolvimento das sociedades e para a expressão de suas tradições.

Ao se tornar um item de primeira demanda — um componente fundamental para a realização das liberdades instrumentais, para dialogar com Sen<sup>88</sup> —, não há outra forma de classificá-lo senão enquanto um direito humano, o qual, em contrapartida, demanda uma atuação estatal proativa. Outrossim, como aludido no texto, não foi essa a visão que sempre se abstraiu do alimento no plano internacional, sendo este considerado um “bem” relevante para as relações econômicas interestatais.

Nesse sentido, importantíssimo foi o papel da ONU, posto que, com ela, não somente se constatou a existência de um “direito humano ao alimento”, tal como restou impresso no art. 25 da Declaração Uni-

Flávia; CONTI, Irio Luiz. *Direito Humano a Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014. p. 29.

<sup>86</sup> As constituições da Colômbia, Venezuela e África do Sul “não fazem distinção alguma entre os direitos sociais e os de defesa”. SANTOS, Bruno Cavalcanti L. Reflexos do PIDESC e a efetividade (justiciabilidade) do Direito à Alimentação Adequada. In: LINS JUNIOR, George Sarmento *et al.* *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014. p. 207.

<sup>87</sup> CASTRO, Josué de. *Geografia da Fome*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1957a. p. 175.

<sup>88</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 152.

versal dos Direitos Humanos em 1948, como também efetivamente edificar uma organização internacional — a FAO — voltada à efetivação desse direito, para além de uma visão mercadológica e em direção aos objetivos da sociedade internacional do Pós-Guerra.

Logo,— diretamente respondendo ao questionamento realizado na introdução do presente texto —, é possível dizer, sim, que a Declaração Universal teve um papel central para a verificação do alimento enquanto direito humano. Afinal, se não fosse esse documento apontar tal (“outra”) característica do alimento, talvez restasse mais difícil, senão impossível, para que a ONU e a própria FAO conseguissem levar a cabo os diversos programas e ações existentes voltados a reafirmar e assegurar as três fundamentais dimensões da alimentação — a biológica, a material e a econômica. Isso, porque a constatação dessas características só é possível quando observado o alimento enquanto direito intrínseco do ser humano.

## Referências

- AAAS. The International institute of Agriculture at Rome. *Science*, Washington D.C., v. 48, n. 1242, p. 387-388, Oct. 1918.
- ANDRADE, Manuel C. Josué de Castro: o homem, o cientista e seu tempo. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 11, n. 29, p. 169-194, abr. 1997.
- ANGHIE, Antony. *Imperialism, Sovereignty, and the making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- BEURLEN, Alexandra. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BUANI, Christiani Amaral; MAGALHÃES, Bruno Valim. WFP's role in building sustainable bridges between the right to adequate food and the freedom from hunger. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p.14-19, 2017.
- CAMERA, Sinara; WEGNER, Rubia. Direito humano à alimentação, (in)segurança alimentar e desenvolvimento: os desafios à realização progressiva na América Latina. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 20-34, 2017.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1997.
- CASTRO, Josué de. *Geografia da Fome*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1957a.
- CASTRO, Josué de. *Geopolítica da Fome*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1957b.
- CASTRO, Josué de. *O Problema da Alimentação no Brasil (seu estudo fisiológico)*. 3. ed. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 1939.
- CDESC. *Comentário Geral n. 09 sobre a Aplicação Doméstica do PIDESC*. 1998.
- CESAR, Thaís Borges. Recomendações nutricionais da ingestão de energia. In: TIRAPEGUI, Julio. *Nutrição, fundamentos e aspectos atuais*. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 2013.
- DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. 2. ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003
- DOUZINAS, Costas. *The End of Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2000
- EIDE, Asbjørn. Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. In: HENKIN, Louis; NEUMAN, Gerard L.; ORENTLICHER, Diane F.; LEEBRON, David W. *Human Rights: university casebook series*. New York: Foundation Press, 1999.
- ENGEL, Jeffrey A. Introduction – The Four Freedoms: FDR's Legacy of Liberty for the United States and

- the World. In: ENGEL, Jeffrey A. *The Four Freedoms: Franklin D. Roosevelt and the evolution of an American Idea*. New York: Oxford University Press, 2016.
- FAO. Constitution. In: FAO. *Basic texts of the Food and Agriculture Organization of the United Nations*. Rome: FAO, 2017b.
- FAO. *David Lubin (1849-1919): An Appreciation*. Disponível em: [www.fao.org/library/about-library/general-information/david-lubin-an-appreciation/en/](http://www.fao.org/library/about-library/general-information/david-lubin-an-appreciation/en/). Acesso em: 17 jul. 2017.
- FAO. *FAO: the first 40 years*. Rome: FAO, 1985.
- FAO. *Membership of FAO*. 2017a. Disponível em: [www.fao.org/legal/home/membership-of-fao/en/](http://www.fao.org/legal/home/membership-of-fao/en/). Acesso em: 06 jan. 2018.
- FAO. *The McDougall Memoranda: some documents relating to the Origins of FAO and the contribution made by Frank L. McDougall*. Rome: FAO, 1956.
- FAO. *The State of Food Insecurity in the World 2015*. Meeting the 2015 international hunger targets: taking stock of uneven progress. Rome: FAO, 2015. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i4646e.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.
- FAO. United Nations Conference on Food and Agriculture: Text of the Final Act. *American Journal of International Law*, Washington D.C., v. 37, n. 4, p. 159-192, Oct. 1943.
- FERRÃO, Ranjana. Food Security in India. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 114-124, 2017.
- FREEMAN, Andrea. Fast food: Oppression through poor nutrition. *California Law Review*, Berkeley, v. 95, p. 2221-2259, 2007.
- FRIEL, Sharon; CONLON, Catherine. *Food Poverty and Policy*. Dublin: CPA, 2004.
- GARRETÓN, Manuel Antonio *et al.* *América Latina no Século XXI: em direção a uma nova matriz econômica*. Trad Ximena Simpson. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- GOLAY, Christophe. *The Right to Food and Access to Justice: Examples at the national, regional and international levels*. Rome: FAO, 2009.
- GOLAY, Christophe; ÖZDEN, Melik. *Le Droit a L'Alimentation*. Geneve: Centre Eruope-Tiers Monde, 2006.
- GOLAY, Frank H. The International Wheat Agreement of 1949. *The Quarterly Journal of Economics*, London, v. 64, n. 3, p. 442-463, Aug. 1950.
- GRÁDA, Cormac Ó. *Famine: a short story*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.
- GRASSI NETO, Roberto. *Segurança Alimentar: da produção agrária à proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HERNANDEZ, Luis O.; MAGALLANES, Magdalena R.; QUINONEZ, Hugo M. Obesidad, conducta alimentaria e inseguridad alimentaria en adolescentes de la Ciudad de México. *Boletín médico del Hospital Infantil de México*, Ciudad de México, v. 69, n. 6, p. 431-441, dez. 2012.
- HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio Lopez Pina 2. ed. Madrid: Marcial, 2001.
- HITCHCOCK, William. Everywhere in the World: the strange career of the four freedoms since 1945. In: ENGEL, Jeffrey A. *The Four Freedoms: Franklin D. Roosevelt and the evolution of an American Idea*. New York: Oxford University Press, 2016.

- HOBSON, Asher. *The International Institute of Agriculture: an historical and critical analysis of its Organization, Activities and Policies of Administration*. 356p. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de Genebra, Instituto Universitário de Altos Estudos Internacionais. Genebra: UG, 1929.
- INTERNATIONAL INSTITUTE OF AGRICULTURE. *Convenção Constitutiva do International Institute of Agriculture*. 1905.
- INTERNATIONAL INSTITUTE OF AGRICULTURE. *International Economic Conference documentation: Agricultural Problems in their international aspect*. Geneva: League of Nations, 1927.
- JAKUBOWSKI, Andrzej. *Cultural Rights as Collective Rights: an international law perspective*. Leiden: Brill, 2016.
- JISHENG, Yang. *Tombstone: the Great Chinese Famine, 1958-1962*. New York: Farrar, Straus & Giroux, 2012.
- JONSSON, Urban. As Causas da Fome. In: VALENTE, Flávio Luiz S. (org.). *Fome e Desnutrição: determinantes sociais*. São Paulo: Cortez, 1986.
- KEARNS, Anthony Paul III. The Right to Food via Customary International Law. *Suffolk Transnational Law Review*, Boston, v. 22, n. 1, p. 223-257, 1998.
- KIROS, Fassil G. *Enough with Famines in Ethiopia*. Hollywood-CA: Tsehai Publishers, 2006.
- LUZZATTI, Luigi. The International Institute of Agriculture. *The North American Review*, Cedar Falls – IA, v. 182, n. 594, p. 651-659, maio 1906.
- MAJD, Mohammad Ghoili. *The Great Famine & Genocide in Iran: 1917-1919*. 2. ed. Lanham-MD: University Press of America, 2013.
- MARCHISIO, Sergio; DI BLASE, Antonietta. *The Food and Agriculture Organization*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- MCDONALD, Bryan L. *Food Security*. Cambridge: Polity Press, 2010.
- MONTEIRO, Carlos Augusto. A dimensão da pobreza, da desnutrição e da fome no Brasil. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 17, n. 48, p. 7-20, 2003.
- MOTTA, Giuseppe. *Less Than Nations: central-eastern European Minorities after WWI*. Newcastle: Cambridge Scholar Publishing, 2013.
- NARULA, Smita. The Right to Food: Holding Global Actors Accountable Under International Law. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 44, n. 3, p. 691-800, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010.
- NUNES, Mérces da Silva. *Direito Fundamental à Alimentação e o Princípio da Segurança*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ONU. *Carta da ONU*. São Francisco, 1945.
- ONU. *Resolução da Assembleia Geral n. 217-A(III)*. 1948.
- ONU. *Rethinking Poverty: Report on the World Social Situation 2010*. New York: UN, 2009.
- PERES, Ana Luísa Soares; DAIBERT, Leticia de Souza. Negotiating agriculture in the world trade organization: food security as a non-trade concern. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 55-67, 2017.
- PHILLIPS, Ralph W. *FAO: its origins, formation and evolution, 1945-1981*. Rome: FAO, 1981.
- PIOVESAN, Flávia. Dignidade da Pessoa Humana e Proteção dos Direitos Sociais no Plano Global, Regional e Local. In: MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco A. *Tratado Luso-brasileiro da Dignidade da*

*Pessoa Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito a Alimentação Adequada: mecanismos nacionais e internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz. *Direito Humano a Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. Flávia; CONTI, Irio Luiz. *Direito Humano a Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. \s “PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Direito a Alimentação Adequada: mecanismos nacionais e internacionais. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz. *Direito Humano a Alimentação Adequada*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris,” \c 1 .

PNUD. *Somalia Human Development Report 2012: Empowering Youth for Peace and Development*. Nairobi: UNDP, 2012.

ROOSEVELT, Franklin D. The Four Freedoms Address. In: ENGEL, Jeffrey A. *The Four Freedoms: Franklin D. Roosevelt and the evolution of an American Idea*. New York: Oxford University Press, 2016.

RUCINAM, W. Leslie. The World Economic Conference at Geneva. *The Economic Journal*, New Jersey, v. 37, n. 147, p. 465-472, Sep. 1927.

SANTOS, Bruno Cavalcanti L. Reflexos do PIDESC e a efetividade (justiciabilidade) do Direito à Alimentação Adequada. In: LINS JUNIOR, George Sarmento *et al.* *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: RT, 2009.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. *Poverty and Famines: an essay on entitlement and deprivation*. Oxford: Oxford Press, 1981.

SEN, Binay R. *Towards a Newer World*. Dublin: Tycooly, 1982.

SHAW, D. John. *World Food Security: A History since 1945*. London: Palgrave Macmillan, 2007.

SIMMA, Bruno (ed.). *The Charter of the United Nations: a commentary*. New York: Offord Univesity Press, 1994

SORCINELLI, Paolo. Alimentação e Saúde. In: FLANDRIN, Jean-Louis; MONTANARI, Massino. *História da Alimentação*. São Paulo: Estação Liberdade, 1998.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. O desenvolvimento da política agrícola comum da União Europeia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 374-389, 2016.

STAPLES, Amy L. *The Birth of Development*. Kent, OH: Kent State University Press, 2006.

STRAKOS, Paula F.; SANCHES, Michelle B.B. State's international responsibility for the human right to food: implementation in Brazil through agroecology. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 36-53, 2017.

TIRAPEGUI, Julio; MENDES, Renata. Introdução à Nutrição. In: TIRAPEGUI, Julio. *Nutrição, fundamentos e aspectos atuais*. 3. ed. São Paulo: Atheneu, 2013.

UNDP. *Human Development Report 2014: Sustaining Human Progress*. New York: UNDP, 2014.

UNDP. *Human Development Report*. New York: Oxford University Press, 1994.

VALENTE, Flávio Luiz S. Do combate à fome à segurança alimentar e nutricional: o direito à alimentação adequada. In: VALENTE, Flávio Luiz S. *Direito Humano à Alimentação: desafios e conquistas*. São Paulo: Cortez, 2002.



VALENTE, Flávio Luiz S. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e sociedade*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 51-60, 2003.

VIERDAG, Egbert W. The legal nature of the rights granted by the international covenant on economic, social and cultural rights. *Netherlands Yearbook of International Law*, Hague, v. 9, p. 69-105, Dec. 1978.

VITTA, Cino. *La coopération internationale en matière d'agriculture*. Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1936. v. 56.

WARNOCK, John W. *The Politics of Hunger: the global food system*. Toronto: Methuen, 1987.

YATES, P. Lamartine. Food Resources and Human Needs. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 55, p. 1233-1241, 1946.

ZIEGLER, Jean. *Destruição em Massa: geopolítica da fome*. Trad. José Paulo Neto. São Paulo: Ed. Cortez, 2013.

ZINWELSKI, Nádia K; TEO, Carla Rosane P; GALLINA, Luciara de S.; GRAHL, Fabiula; FILIPPI, Cimara. Implicações do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) na renda e organização de agricultores familiares. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 2, p. 221-239, 2015.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Grupos vulnerables de especial protección por parte del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) ¿en quién podría y debería enfocarse en base a la doctrina y a la experiencia comparada iberoamericana?**

**Vulnerable groups of special protection by the National Institute of Human Rights (NIHR) who could and should focus on based on the doctrine and comparative ibero-american experience?**

Juan Pablo Díaz Fuenzalida

# Grupos vulnerables de especial protección por parte del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) ¿en quién podría y debería enfocarse en base a la doctrina y a la experiencia comparada iberoamericana?

## Vulnerable groups of special protection by the National Institute of Human Rights (NIHR) who could and should focus on based on the doctrine and comparative ibero-american experience?

Juan Pablo Díaz Fuenzalida\*\*

### Resumen

El presente artículo estudia al Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) de Chile en su actividad de promoción y protección de los derechos humanos, concretamente en la coherencia de enfocarse en determinados grupos vulnerables, a propósito de sus 10 años de existencia. La hipótesis que guía la investigación es que las figuras jurídicas de promoción y protección de los derechos humanos (originadas por los Principios de París o en aplicación de estos) deben considerar estrategias para dar mayor efectividad en su quehacer, pudiendo enfocarse en los más desamparados. Para el ejercicio de comprobación y generación de reflexiones, se utiliza el método dogmático en relación con la doctrina especializada sobre grupos vulnerables. Además, con el método empírico se revisa el enfoque de especial protección por parte de las instituciones nacionales de derechos humanos en Iberoamérica pudiendo generar puntos en común y diferencias relevantes que sirven de buenas prácticas. Destaca como conclusión que los grupos de especial protección en que se ha enfocado el INDH son coherentes con la doctrina y experiencia de las otras defensorías, pero que, sin embargo, habría que considerar a otras colectividades, es decir, habría que agregar o diversificar. Así lo han hecho otras naciones y es necesario que el INDH genere nuevos enfoques de acuerdo con la realidad país de Chile como también, replicando algunas buenas prácticas de sus pares iberoamericanos.

**Palabras clave:** Grupos vulnerables. Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Principios de París. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Defensor del Pueblo. Iberoamérica.

\* Recibido em 21/10/2020  
Aprovado em 01/03/2021

\*\* Doctor en Derecho y Máster en Gobernanza y Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Madrid; Magíster en Docencia Universitaria y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Chile. Profesor de Derecho Constitucional Universidad Autónoma de Chile e investigador responsable del proyecto Fondecyt de Postdoctorado N° 3200477. Dirección postal: Avenida Pedro de Valdivia 425, Providencia, Santiago de Chile. Correo de contacto: [juanpablo.diaz@uautonoma.cl](mailto:juanpablo.diaz@uautonoma.cl). E-mail: [jpdiazfuenzalida@gmail.com](mailto:jpdiazfuenzalida@gmail.com).

## Abstract

This article studies the National Institute of Human Rights (NIHR) of Chile in its activity of promotion and protection of human rights, specifically in the coherence of focusing on certain vulnerable groups, regarding its 10 years of existence. The hypothesis that guides the research is that the legal figures for the promotion and protection of human rights (originated by the Paris Principles or in application of these) should consider strategies to make their work more effective, being able to focus on the most destitute. For the exercise of verification and generation of reflections, the dogmatic method is used in relation to the specialized doctrine on vulnerable groups. In addition, with the empirical method, the focus of special protection by national human rights institutions in Ibero-America is reviewed, being able to generate common points and relevant differences that serve as good practices. It highlights as a conclusion that the special protection groups that the NHRI has focused on are consistent with the doctrine and experience of the other ombudsmen, but that, nevertheless, other communities should be considered, that is, they should be added or diversified. This has been done by other nations and it is necessary for the NIHR to generate new approaches in accordance with the reality of the country of Chile as well as replicating some good practices of its Latin American counterparts.

**Keywords:** Vulnerable groups. National Human Rights Institutions. National Institute of Human Rights. Paris principles. Ombudsman. Ibero-America.

## 1 Introducción

Los derechos humanos, no sólo necesitan ser reconocidos, sino que también es menester que se establezcan garantías para que sean efectivos en la práctica. Es por ello por lo que en los años noventa surgen los denominados “Principios de París”, que han servido de instrumento fundamental para la constitución de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.<sup>1</sup> En efecto, dichos principios, han sido adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (ONU), en concreto, con la Resolución 1992/54, de 1992, que luego fue reafirmada por la Resolución 48/134, de 1993, de la Asamblea General.<sup>2</sup> En concreto, dicen relación con una serie de criterios a seguir para estatuir instituciones de promoción y protección de los derechos humanos. Y, en aquellos países donde hubiese figuras jurídicas similares, se han reconocido por Naciones Unidas como figuras equivalentes a las Defensorías del Pueblo (*Ombudsman*). Ello, porque tienen en común, que su mandato abarca la protección y promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales,<sup>3</sup> independiente de su denominación, estructura o modos de actuación. Ello nos va dando luces de la naturaleza, relevancia y atribuciones de la figura jurídica objeto de estudio en Chile y en Iberoamérica, especialmente en su rol de promoción y protección de los derechos humanos.

Así, Chile no queda ajeno al proceso, aunque varios años después de los mencionados Principios de París, creando al Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH) de acuerdo con la ley 20.405 de 2009. Dicha ley consagra que el Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habitan en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así

<sup>1</sup> GÓNZALEZ PÉREZ, Luis Raúl. El sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México. *Revista Ius, Puebla, México*, v. 5, n. 28, pp. 99-122. 2011.

<sup>2</sup> NACIONES UNIDAS. A/RES/48/134 el 20 de diciembre de 1993, Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/Res\\_48-134\\_UN.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Res_48-134_UN.pdf) Acceso: 01 marzo 2021.

<sup>3</sup> COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA. Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Los Principios de Venecia). Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/04/Principios-de-Venecia-esp-versi%C3%B3n-29-03-19-1.pdf> Acceso: 01 marzo 2021.

como los emanados de los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.<sup>4</sup> Es en cierta manera dar mayor efectividad a la aplicación del bloque de constitucionalidad chileno, que considera normas constitucionales e internacionales que hace suya,<sup>5</sup> de acuerdo con el artículo 5 de la Carta Fundamental.<sup>6</sup>

En efecto, la ley citada específica “habitantes” de manera que puede ser cualquier persona natural quien puede ser protegida, pero por la actividad defensorial limitada del INDH debe enfocarse en grupos especiales, ayudando a los más vulnerables en relación con sus derechos humanos. Ello es justificable pues la vulnerabilidad genera a quien la padece, entre otras cosas, una situación de desventaja frente al ejercicio pleno de sus derechos y libertades, ya sea por desconocimiento de los mismos o que sean sólo derechos en lo formal por no poder ponerlos en ejercicio.<sup>7</sup> Haciendo un símil con Naciones Unidas, en casos de desastres humanitarios, se centra especialmente en las poblaciones vulnerables, particularmente en niños, refugiados y desplazados.<sup>8</sup> En ese sentido, estas instituciones, y, particularmente el INDH debe preocuparse de la promoción y protección de todos los habitantes, siendo apropiado que pueda enfocarse en los más desprotegidos, aunque sin descuidar sus competencias generales en relación con la población en su conjunto.

De ahí la necesidad de analizar aspectos relativos a la vulnerabilidad en relación con las instituciones nacionales de derechos humanos, dado que es un factor determinante en la decisión de dar mayor o menor importancia a propósito de la promoción y protección de sus derechos. En efecto, se entiende por vulnerable a “la población que no puede atender necesidades por sus propios medios, por lo cual necesita ayuda externa para salir adelante”.<sup>9</sup> También, hay grados en la intensidad de la vulnerabilidad. Los aspectos sociales, como la clase, género, etnia o preferencias sexuales, o los biológicos como el sexo y edad, y, las condiciones estructurales del entorno como la cultura, la política y la economía, son elementos que determinan el grado de vulnerabilidad de un grupo, de un individuo o de una sociedad.<sup>10</sup>

Lo anterior tiene efectos prácticos, incluso cuantificables, por lo que es menester profundizar sobre la materia. Como se decía, la repercusión es latente y evidenciable, lo que nos puede dar luces sobre las actuaciones de las instituciones. Así, por ejemplo, en el informe anual 2020, el INDH afirmó, a propósito de la crisis sanitaria del Covid-19 en el ámbito laboral que, “la pandemia afecta a todos, pero de diferente manera”, enfocándose como grupo vulnerable en las mujeres, jóvenes, niñas, niños, adolescentes, migrantes, trabajadoras de casa particular, personas con discapacidad y pueblos indígenas.<sup>11</sup> Ello no quiere decir que no se haya

<sup>4</sup> CHILE. Ley 20.405, de 10 de diciembre de 2009, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, última modificación de 25 de abril de 2019, Ley 21.154. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008867> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>5</sup> DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo. ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, Brasil, v. 9, n. 1, pp. 152-171. 2019.

<sup>6</sup> CHILE. Decreto 100, de 22 de septiembre de 2005, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile (última versión 23 de diciembre de 2020). Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso: 17 de febrero de 2020.

<sup>7</sup> ESPINOSA MUNGUÍA, María Socorro, CALZONCIT, José Luis y VALDEZ HUERTA, María del Rosario. Los Trabajadores Sociales ¿Un grupo vulnerable? En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México: Universidad Autónoma de Coahuila, 2012, pp. 10-33.

<sup>8</sup> NACIONES UNIDAS. Protección de los más vulnerables, 2013. Disponible en: <http://www.un.org/es/humanitarian/overview/protection.shtml> Acceso: 18 agosto 2016.

<sup>9</sup> ESPINOSA MUNGUÍA, María Socorro, CALZONCIT, José Luis y VALDEZ HUERTA, María del Rosario. Los Trabajadores Sociales ¿Un grupo vulnerable? En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México: Universidad Autónoma de Coahuila, 2012, pp. 10-33.

<sup>10</sup> ESPINOSA MUNGUÍA, María Socorro, CALZONCIT, José Luis y VALDEZ HUERTA, María del Rosario. Los Trabajadores Sociales ¿Un grupo vulnerable? En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México: Universidad Autónoma de Coahuila, 2012, pp. 10-33.

<sup>11</sup> CHILE. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual. Situación de los derechos humanos en Chile 2020. Disponible en: <https://ia2020.indh.cl/informe/INFORME-INDH-2020.pdf> Acceso: 16 febrero 2021, pp. 140-151.

preocupado a nivel general de las demás personas y de algún otro grupo vulnerable, pero es un antecedente a considerar que repercute en las actuaciones defensoriales, ya sea evidenciando problemáticas de derechos humanos o en las respectivas recomendaciones.

A mayor abundamiento, ser considerado o no grupo vulnerable por una institución de derechos humanos tiene consecuencias inclusive en actuaciones judiciales de promoción y protección. En relación con la figura jurídica en estudio, el INDH, de acuerdo con la información del portal del poder judicial de Chile, en el año 2016 presentó y actuó hasta la Excelentísima Corte Suprema en materia de recurso de protección de garantías constitucionales en: uno en favor de una persona con discapacidad visual por una eventual discriminación;<sup>12</sup> uno en favor de extranjeros que querían celebrar un día patrio en Chile;<sup>13</sup> y, cuatro en favor de personas privadas de libertad para que pudieran ejercer derechos de sufragio.<sup>14</sup> Si bien, puede estimarse que son escasas las actuaciones en tribunales de justicia, lo cierto es que es la regla general en instituciones donde prevalece la *auctoritas* y no la *potestas* (a excepción de la Defensoría del Pueblo de Colombia).<sup>15</sup> Sin embargo, queda en evidencia los efectos concretos de ser o no considerado vulnerable en la promoción y protección de los derechos, pues determinará la actuación o no de la institución. Los recursos presentados fueron justamente en favor de grupos en situación de vulnerabilidad.

Consecuencia de lo anterior es que la problemática se va evidenciando, es decir, si ya se es vulnerable, pero no se es considerado así para los efectos de las instituciones de derechos humanos, se profundiza aún más en dicha situación de fragilidad. Con ello, se genera una hipótesis afirmativa,<sup>16</sup> en el sentido que, las figuras jurídicas de promoción y protección de los derechos humanos deben considerar estrategias para dar mayor efectividad, especialmente en relación los más desamparados. Para ello debe tener presente a la doctrina especializada sobre grupos vulnerables y contrastarse con instituciones afines para tomar las buenas prácticas de sus pares en distintas latitudes. Así, la investigación contemplará para su desarrollo el método dogmático, en relación con la doctrina especializada sobre grupos vulnerables.<sup>17</sup> Además, el método empírico, particularmente para revisar el enfoque de especial protección por parte de las instituciones nacionales de derechos humanos.<sup>18</sup>

Con todo, para cumplir con el objeto de la presente investigación, contrastar la hipótesis y utilizar los métodos señalados, en adelante, revisaremos los grupos que más se ha enfocado el INDH, considerando doctrina para determinar la coherencia de estimarlos para su especial protección. Posteriormente, se revisarán algunos casos distintos de los que se ha hecho cargo otras instituciones nacionales de derechos humanos iberoamericanas, también aplicando doctrina. Ello nos dará luces para reflexionar sobre las estrategias de promoción y promoción de los derechos humanos, concretamente en quién o quiénes son y/o deben ser considerados vulnerables.

<sup>12</sup> CHILE. Corte Suprema. Rol 27697-2016. Disponible en el expediente electrónico ingresando el rol indicado en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso: 16 de febrero de 2021.

<sup>13</sup> CHILE. Corte Suprema. Rol 68679-2016. Disponible en el expediente electrónico ingresando el rol indicado en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso: 16 de febrero de 2021.

<sup>14</sup> CHILE. Corte Suprema. Roles 87743-2016, 87748-2016, 87876-2016, 92816-2016. Disponible en el expediente electrónico ingresando el rol indicado en: <https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/InicioAplicacion.do> Acceso: 16 de febrero de 2021.

<sup>15</sup> DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo. Un aporte a la protección de los derechos humanos en Latinoamérica: la actividad del Ombudsman Criollo en tribunales de justicia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, Brasil, v. 9, n. 2, 2019, pp. 493-511.

<sup>16</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*, sexta edición. Editorial McGraw-Hill: México, 2013.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 14, pp. 317-358. 2011.

<sup>18</sup> VILABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En: GODÍNEZ MÉNDEZ, Wendy y GARCÍA PEÑA, José (coordinadores). *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas, 40 años de vida académica. Homenaje a Jorge Witker*. México, 2015, pp. 921-953.

## 2 Grupos considerados por el INDH

El INDH ha puesto énfasis en algunos grupos específicos, generando en sus 10 años de historia una base documental al efecto.<sup>19</sup> Así, clasifica la información en los siguientes colectivos: diversidades sexuales, mujeres, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, migrantes, privados de libertad, refugiados y pueblos indígenas. Por un asunto de mejor comprensión, se seguirá en este apartado dicho orden:

### 2.1 Diversidades sexuales

En general, este grupo de especial protección se genera por la ausencia o poco reconocimiento y/o discriminación hacia este colectivo. La problemática se da entonces con la imposición del orden de la mayoría, que niega o no toma en consideración la diferencia y no reconoce la complejidad de las relaciones humanas. En efecto, a pesar de los avances que ha habido en la materia, incluso en países desarrollados donde existe legislación que protege a las personas con distinta orientación sexual o de identidad de género, no siempre es así, guiándose hacia modelos conservadores o donde la propia sociedad, valga la redundancia, es más conservadora. En cuanto a los países en desarrollo, hay países que han avanzado, pero muchos de ellos siguen con vacíos o escaso reconocimiento de la diversidad sexual y existe en ocasiones la idea de eliminación de la diferencia.<sup>20</sup>

### 2.2 Mujeres

En ocasiones los embarazos hacen vulnerables a las mujeres. Particularmente en el caso de las adolescentes, es un factor que frecuentemente es determinante para que deserten de la escuela, que produce grandes riesgos para la salud materno-infantil y que es un mecanismo que conlleva a la transmisión de la pobreza intergeneracional.<sup>21</sup>

Un subgrupo vulnerable son las mujeres indígenas. Es un asunto muy particular, donde el debate gira entorno a quienes defienden la multiculturalidad, prevaleciendo las costumbres del pueblo originario (pudiendo incluso vulnerarse derechos de mujeres indígenas) contra los que consideran que los derechos son individuales prevaleciendo el derecho de las mujeres. En un estudio que se hizo en México respecto de mujeres indígenas, se evidencia que ellas viven en una situación donde sus derechos son constantemente vulnerados. El derecho a una vida libre de violencia, poder asistir a la escuela, decidir si salir o no, e incluso tener propiedades son derechos que son frecuentemente lesionados. Así, dichas personas sufren el riesgo de no ejercer plenamente sus derechos humanos, teniendo derechos solo a nivel formal, ya que en los hechos no tienen las condiciones necesarias para su ejercicio.<sup>22</sup> Otro subgrupo lo podemos encontrar en lo que se ha denominado feminismo negro, que busca igualdad añadiendo la superación de desigualdades añadiendo el factor de discriminación por raza.<sup>23</sup> Es decir, puede agregarse otra vulnerabilidad lo que puede profundizar aún más la situación de desigualdad.

<sup>19</sup> CHILE. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Género y Grupos de Protección. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/4> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>20</sup> TORO-ALFONSO, José. El Estado Actual de la Investigación Sobre la Discriminación Sexual. Terapia psicológica, Santiago, Chile, v. 30, n. 2, 2012, pp. 71-76.

<sup>21</sup> REYES, David de Jesús, AMADOR CORREDOR, Sandra R. y CHÁVEZ VALERIO, Cecilia G. Adolescencia y embarazo: supuestos e implicaciones en su estudio como grupo vulnerable. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México, 2012, pp. 219-230.

<sup>22</sup> ROSAS VARGAS, Roció, JASSO MARTÍNEZ, Ivy Jacaranda y HUACUZ ELÍAS, Guadalupe. Mujeres indígenas y violencia de género en Michoacán. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México, 2012, pp. 150-163.

<sup>23</sup> GARCEZ CALIL, Mário Lúcio y MARKMAN, Debora. Direito, raça e gênero: elementos para a construção de uma teoria feminista do direito adequada ao feminismo negro. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, Brasil, v. 10, n. 2, 2020, pp. 173-195.

No necesariamente vulnerabilidad, pero si una desventaja para las mujeres respecto a los hombres es la creación histórica del Derecho, que ha sido androcentrista. En efecto, como ha señalado el Doctor Honoris Causa, Catedrático de Derecho Constitucional, Carlos de Cabo que, la mujer no era precisamente sujeto de derecho, de ahí que afirma que el feminismo jurídico implica “*un amplio programa de revisión del Derecho en cuanto configuración históricamente androcentrista y, por tanto, de sus categorías centrales empezando por la fundamental de sujeto de Derecho, modelo de cómo su plenitud solo ha sido masculina*”.<sup>24</sup> Desde ese paradigma se ha creado la modernidad y se ha desarrollado la mayoría de la normativa.

### 2.3 Niños, niñas y adolescentes

Este grupo se puede ver afectado por diversas razones. De hecho, en general hay acuerdo, que llega a materializarse en normativa que los derechos de los niños deben ser garantizados con prioridad, incluyendo la preferencia por la formulación y ejecución de políticas sociales y el destino de los recursos públicos. La realización de estos derechos depende de la articulación de la familia, el Estado y la sociedad, exigiendo una acción diferenciada por parte del Estado ante casos de mayor vulnerabilidad.<sup>25</sup> Así, además de los elementos clásicos, hoy en día se agrega como factor de vulnerabilidad a los trastornos alimenticios en los niños. El sobrepeso, obesidad, bulimia o anorexia infantil configuran un colectivo de vulnerabilidad, la que se presenta en un contexto de desigualdad, pues afecta en su mayoría a los grupos con menos recursos económicos.<sup>26</sup> Para el caso de la obesidad, ya hay algunos que hablan de una verdadera epidemia, que se ha extendido hasta los grupos de población más jóvenes, afectando a una gran cantidad de niños y adolescentes, por lo que se ha convertido en uno de los principales problemas de salud pública del siglo XXI.<sup>27</sup>

De manera que los trastornos alimenticios producen efectos nocivos a la persona, no sólo a la salud física, sino que también a la psíquica, lo que se acentúa particularmente en los niños y adolescentes porque pueden ser afectados con la discriminación y con el denominado *bullying*. En efecto, la obesidad infantil, además de las consecuencias hacia la salud, trae consigo efectos psicológicas como bajo nivel de autoestima con cuadros de tristeza, soledad, nerviosismo, imposición de etiquetas, experiencias de estigmatización y prejuicios, discriminación escolar y social, burlas relacionadas a su peso, bromas y comentarios ofensivos por parte de sus compañeros o de los mismos miembros de su familia, provocando a través de los años, una mayor probabilidad de riesgo para el consumo de drogas, cigarrillos o alcohol. Además, estudios han comprobado la asociación de la obesidad en los niños con discriminación escolar y discriminación social, fatiga fácil,<sup>28</sup> entre otros puntos negativos.

La discriminación debido al peso corporal de una persona comienza en la edad preescolar. Los niños se burlan de sus compañeros obesos, a quienes eligen menos como compañía para jugar. Ha habido estudios

<sup>24</sup> ESQUEMBRE CERDÁ, María del Mar. Feminismo y constitucionalismo crítico. En: GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, ASENSI SABATER, José y BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (directores) *Constitucionalismo Crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, España, v. 1, 2016, p. 391-402.

<sup>25</sup> STRAPASSON JAMBERSI, Karoline y GONÇALVES DE OLIVEIRA, Antonio. Orçamento para os direitos das crianças e adolescentes em Curitiba: plano e execução. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, Brasil, v. 10, n. 1, 2020, pp. 223-234.

<sup>26</sup> CABELLO GARZA, Martha Leticia, ÁVILA ORTÍZ, María Natividad, GARZA MONTOYA, Beatriz Gabriela. Obesidad: Los problemas de los grupos vulnerables. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, 2012, pp. 73-88.

<sup>27</sup> ONOFRE RODRÍGEZ, Dora Julia y CABELLO GARZA, Martha Leticia. Vulnerabilidad social en Adolescentes con Síndrome Metabólico. “Un problema mundial de índole social”. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, 2012, pp. 164-171.

<sup>28</sup> CABELLO GARZA, Martha Leticia, ÁVILA ORTÍZ, María Natividad, GARZA MONTOYA, Beatriz Gabriela. Obesidad: Los problemas de los grupos vulnerables. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, 2012, pp. 73-88.



que calculan que por lo menos treinta por ciento de las niñas, y veinticuatro por ciento de los niños con sobrepeso han dicho que sus compañeros se burlan de ellos en la escuela. Los adolescentes con sobrepeso son quienes con mayor frecuencia sufren de las burlas debido a su peso. Además, la tendencia a estigmatizar continúa durante la preparatoria y la universidad, donde a los estudiantes obesos se les considera como faltos de moderación, flojos, y se les excluye de las actividades sociales con frecuencia.<sup>29</sup>

Otro grupo vulnerable son los jóvenes, pero más aún los marginales, quienes si no logran superar ciertos obstáculos quedan fuera de la educación formal. Es decir, salvando ciertas excepciones, quedan “al margen” de una serie de oportunidades, derechos y servicios básicos.<sup>30</sup> En efecto, hay autores, como Bourdieu, Granja, Maimone y Edelstein que consideran que los grados de escolaridad serían un medio por virtud del cual se accede a bienes que anteriormente se heredaban a través los títulos nobiliarios,<sup>31</sup> por lo que dejar fuera a determinados grupo de jóvenes sería equivalente de mantener dicho régimen histórico.

Otro subgrupo lo componen a quienes se les ha denominado niños, niñas y adolescentes en la calle. Son aquellos cuya supervivencia depende o está en riesgo de depender de su propia actividad en la propia vía pública, que los pone en una situación de peligro respecto de su integridad física y psíquica. En general, tienen precarias condiciones de alimentación, recreación, salubridad, baja escolaridad o carecen de ella, en ocasiones sobreviven gracias a una red callejera, no obstante tener familia.<sup>32</sup>

## 2.4 Personas adultas mayores

Las personas de la tercera edad suelen también ser un sector vulnerable. En general, más o menos desde los setenta años comienza a haber cambios significativos que tipifican la vida de adultos mayores, como el llamado nido vacío, el retiro o jubilación, la viudez, convertirse en abuelo o abuela, cambio de vivienda, entre otros, los que dan paso a la llamada tercera edad.<sup>33</sup>

Entre las diversas formas de discriminación que afectan a las personas de este grupo y a su familia, es posible destacar, entre otras, las siguientes situaciones:<sup>34</sup>

- Reclamaciones en materia de pensiones.
- Solicitud de beneficios de ley.

<sup>29</sup> CABELLO GARZA, Martha Leticia, ÁVILA ORTÍZ, María Natividad, GARZA MONTOYA, Beatriz Gabriela. Obesidad: Los problemas de los grupos vulnerables. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México, 2012, pp. 73-88.

<sup>30</sup> LOSANO MALDONADO, María Cecilia y GARCÍA HORTA, José Baltazar. El joven marginal y la educación formal. Reflexiones en torno a la inclusión y la equidad educativa. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México, 2012, pp. 89-104.

<sup>31</sup> LOSANO MALDONADO, María Cecilia y GARCÍA HORTA, José Baltazar. El joven marginal y la educación formal. Reflexiones en torno a la inclusión y la equidad educativa. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México, 2012, pp. 89-104.

<sup>32</sup> JASSO OYERVIDES, Martha Virginia y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz. La calidad de vida de los niños en la calle. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México, 2012, pp. 172-190.

<sup>33</sup> ARRIAGA BUENO, Reyna Alicia y CABALLERO RIVACOBIA, María Teresa. La salud y el ingreso como indicadores de la calidad de vida del adulto mayor. Una reflexión desde el trabajo social. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México, 2012, pp. 231-245.

<sup>34</sup> ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz. Los Adultos Mayores vistos por sí mismos: Percepciones de su persona y calidad de vida [Notas iniciales]. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México, 2012, pp. 289-295.

- Atención médica deficiente.
- Ejercicio indebido de la función pública.
- Negativa de solicitudes de atención médica.
- Dilación en procedimientos administrativos.
- Maltrato en asilos.
- Irregularidades en la integración de averiguaciones previas.
- Despido en razón solo a la edad.
- Lanzamientos de propiedades.
- Negativa a dar empleo por edad.

Uno de los factores que hace vulnerable a la tercera edad es la salud o, mejor dicho, la ausencia o lo precaria que pueda ser. En efecto, a medida que se envejece aumentan el riesgo de enfermedades y discapacidades, ya sea por ser más frecuentes, crónicas, de difícil o inclusive inexistencia recuperación. En general, las enfermedades diagnosticadas en los adultos mayores no son curables, las que si no se tratan oportunamente provocan complicaciones y secuelas que menoscaban en mayor o menor medida su independencia. En todo caso, a pesar de que los adultos mayores mantengan una capacidad funcional, es innegable que el grado de autonomía disminuye con la edad.<sup>35</sup>

No obstante, algunas personas de la tercera edad serán más vulnerables que otras, y es ahí donde debe haber mayor preocupación. En efecto, se debe considerar la condición económica, no es lo mismo un jubilado recibiendo el mínimo posible que uno que reciba cinco veces o más. Tampoco es idéntica la situación de un adulto mayor con una condición saludable que otro que tenga enfermedades crónicas.<sup>36</sup> Otro caso es el de aquellos adultos mayores que tengan que valerse de ellos y también de su cónyuge, incluso de hijos y nietos, que se sume también ser jefe de hogar, o alguno que esté solo a otro que tenga el apoyo de un grupo familiar.

## 2.5 Persona con discapacidad

Según la Real Academia Española, discapacitado, se dice de una persona que padece de una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida.<sup>37</sup> Asimismo, hay factores externos que agravan su condición, cual es la falta o insuficientes políticas inclusivas a este colectivo. En ese sentido, no es casualidad que cuarenta de los ciento quince millones de niños que están fuera de la escolaridad en el mundo tengan alguna discapacidad. No sólo el Estado es participe de su vulnerabilidad, sino que la sociedad también lo es, pues estas personas suelen ser discriminadas o excluidas.<sup>38</sup> De manera que, aquella condición diferente, como también la ausencia o poca integración en la sociedad y en un Estado es lo que los hace vulnerables o profundiza en ésta.

A mayor abundamiento, se ha dicho respecto a este colectivo que es uno de los que se encuentra en

<sup>35</sup> OYERVIDES VALDÉS, Lourdes. Un México Maduro y Enfermo Bucalmente. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México, 2012, pp. 265-288.

<sup>36</sup> ARRIAGA BUENO, Reyna Alicia y CABALLERO RIVACOBIA, María Teresa. La salud y el ingreso como indicadores de la calidad de vida del adulto mayor. Una reflexión desde el trabajo social. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México, 2012, pp. 231-245.

<sup>37</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Discapacitado. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=DrzNuK> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>38</sup> CROSSO, Camila. El Derecho a la Educación de Personas con Discapacidad: impulsando el concepto de Educación Inclusiva. Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva, Santiago, Chile, v. 4, n. 2, 2010, pp. 79-95.

mayor grado de riesgo. En efecto, el doctor Miguel Ángel Vite ha manifestado que *“la vulnerabilidad es la fase previa de ruptura de los lazos sociales, sobre todo cuando no existen protecciones sociales gestionadas por el sistema estatal de bienestar. Sin embargo, existen grupos sociales que caen más rápidamente en la fase de ruptura de los lazos sociales, lo que desde un punto de vista sociológico se ha llamado desafiliación, como es el caso de las personas que sufren algún tipo de discapacidad”*.<sup>39</sup>

## 2.6 Personas migrantes y refugiadas

Una persona inmigrante internacional, más conocida como extranjero, es vulnerable, aunque también puede serlo o no en su país de origen. El asunto es considerar los factores de vulnerabilidad respecto a su condición de extranjero y su relación con otra sociedad y con el nuevo Estado al que emigra. El primer hecho de vulnerabilidad es aquella distinción de extranjero con nacional, que proviene de la sociedad, y, la base común para hacer dicha separación es la connotación legal derivada en la mayor parte de los países en su respectiva Constitución, donde se define usualmente quien es nacional y quién no. Dicha distinción en muchas ocasiones ha servido de fundamento para que las leyes puedan justificar un trato distinto, incluso de inferioridad con los extranjeros respecto de los nacionales. Dicha posición de superioridad genera riesgos de vulnerabilidad, ya sea de *facto o de iure*, como si el nacional le dijera al inmigrante, *“yo tengo más derechos que tú, mientras estés en mi tierra”*.<sup>40</sup>

Además de lo anterior, en general a los inmigrantes les afecta con mayor énfasis determinados acontecimientos. Por ejemplo, cuando aumenta el desempleo el trabajador extranjero pierde biografía ocupacional, como también que mantiene o baja sus salarios respecto de los empleados nacionales. En muchas latitudes también los trabajos temporales, que en general son por los que suelen ser contratados los extranjeros, hace que sean más vulnerables. Estos trabajos son además en su mayoría menos calificados que los nacionales y por tanto con menor remuneración. Asimismo, suele afectarles el tiempo de residencia, las características personales, la discriminación ya sea étnica y por otras circunstancias como pueden ser el lugar de residencia o los aspectos de legalidad residencial y laboral.<sup>41</sup>

En esta área también suele estudiarse a los inmigrantes internos, que se les ha denominado desplazados internos forzados, verdaderos refugiados invisibles en su propia patria. Lo que caracteriza esta situación de vulnerabilidad es la ausencia de Estado de Derecho, sumada a la pérdida de control del territorio por instituciones políticas y de orden público. Ello causa una especie de feudalización de vastas zonas por parte de grupos delictivos y político-militares que aterrorizan a los habitantes. Así se generan verdaderos éxodos de personas, familias y hasta poblaciones, acontecimiento que es más común en zonas rurales, migrando sus residentes a ciudades o a otras regiones en el mismo Estado (por eso son desplazados “internos”, migración interna en el Estado).<sup>42</sup> Aunque la decisión, o, mejor dicho, la necesidad de emigrar puede tener distintas causales. De acuerdo a una definición de desplazados internos se ha señalado que, *“son personas o grupos de personas forzadas a escapar o huir de su lugar de residencia habitual, como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones a los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado frontera estatal internacionalmente reconocida”*.<sup>43</sup> De manera que ese éxodo intempestivo, necesario, sin planificar, es lo que, entre otras cosas, generará una vulnerabilidad respecto de

<sup>39</sup> VITE PÉREZ, Miguel Ángel. La discapacidad en México desde la vulnerabilidad social. Polis, México, v. 8, n. 2, 2012, pp. 153-173.

<sup>40</sup> BUSTAMANTE, Jorge A. La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de Derechos Humanos, 2017. Disponible en: <https://silo.tips/download/documento-sobre-mejores-practicas-relativas-a-trabajadores-migrantes> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>41</sup> CARRASCO CARPIO, Concepción. La vulnerabilidad laboral de los extranjeros en España. Migraciones Internacionales, Tijuana, México, v. 8, n. 2, 2015, pp. 41-72.

<sup>42</sup> MESTRIES, Francis. Los desplazados internos forzados: refugiados invisibles en su propia patria. El Cotidiano, Distrito Federal, México, n. 183, 2014, pp. 17-25.

<sup>43</sup> NACIONES UNIDAS. Principios rectores de los desplazamientos internos, 1998. Disponible en: [http://www.acnur.es/PDF/0022\\_20120416132756.pdf](http://www.acnur.es/PDF/0022_20120416132756.pdf) Acceso: 26 agosto 2016.

los mismos nacionales.

En esta área suele también revisarse en específico la trata de personas. Es uno de los delitos que en mayor medida atentan contra los derechos humanos, vulnerando la dignidad de sus víctimas, afectando a familias y comunidades enteras. Es frecuente que la delincuencia organizada sea la que participa en la ejecución de estas atrocidades que se cometen con los seres humanos. En general, la trata dice relación con fines de explotación sexual y/o laboral.<sup>44</sup> Por todo aquello, y, como los traslados son de extranjeros, es usual que la trata y tráfico de personas sea analizado con asuntos migratorios. Además, la vulnerabilidad de los migrantes afecta a su entorno social, especialmente a sus familiares. Hay estudios que revelan que se generan trastornos como depresión, ansiedad en los cónyuges de migrantes, como también aumento y abuso de drogas y alcohol entre sus hijos.<sup>45</sup>

Para el caso particular chileno, es interesante tener en cuenta que, en un estudio realizado sobre jurisprudencia de los últimos diez años, se ha encontrado que solo en el 10 por ciento de han referido expresamente los tribunales a los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes,<sup>46</sup> de manera que es una oportunidad y al mismo tiempo un deber de las instituciones nacionales de derechos humanos promover la aplicación de las normas en esta materia.

## 2.7 Personas privadas de libertad

Las personas privadas de libertad son especialmente vulnerables puesto que incluso en las sociedades y Estados donde prevalece el imperio de la ley, en ocasiones tanto el personal de recintos carcelarios como las autoridades del país pueden caer en la tentación de recurrir al uso de fuerza desmedida para alcanzar sus objetivos, ya sean políticos o militares. No sólo puede haber malos tratos o degradantes, sino que hay reclusos que tienen el riesgo de desaparecer. Ahora bien, aunque no haya mala intención de parte de los Estados o del personal penitenciario, en ciertos casos los lugares de detención no cumplen con las condiciones básicas de Derecho Internacional en la materia, que persiguen que el recluso pueda vivir sin que se le vulnere su dignidad humana. Otro aspecto relevante es que son especialmente vulnerables en este colectivo las mujeres y los niños, por ejemplo, una mujer embarazada o con un lactante que esté recluso en un centro penitenciario.<sup>47</sup>

## 2.8 Personas indígenas

Uno de los grupos de especial protección son los indígenas por sus formas particulares de vida, que en general los convierte en vulnerables. Ello porque están algo incomunicados con el Estado o viceversa, como también las propias comunidades autóctonas en su conjunto. Tanto es así, que son consideradas por algunos como una micropolítica al interior de un Estado.<sup>48</sup> Éste último aspecto, que una comunidad, un colectivo, sea sujeto de protección es algo complejo de entender, debido a la tradición continental de derecho o incluso

<sup>44</sup> MÉXICO. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Diagnóstico de las Condiciones de Vulnerabilidad que Propician la Trata de Personas en México, 2009. Disponible en: [http://www.iberopuebla.mx/micrositios/observatorioviolencia/bibliotecavirtual/genero\\_%20y\\_violencia/2diagnostico\\_trata\\_de\\_personas\\_ceidas\\_cndh.pdf](http://www.iberopuebla.mx/micrositios/observatorioviolencia/bibliotecavirtual/genero_%20y_violencia/2diagnostico_trata_de_personas_ceidas_cndh.pdf) Acceso: 29 agosto 2016.

<sup>45</sup> SALGADO DE SNYNER, V. Nelly, GONZÁLEZ VÁSQUEZ, Tonatiuh, BOJORQUEZ CHAPELA, Letza, INFANTE XIBILE, César. Vulnerabilidad social, salud y migración México-Estados Unidos. Salud Pública de México, Cuernavaca, México, v. 49, pp. 8-10. 2007.

<sup>46</sup> DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Expulsion of aliens: the application of International Law by Chilean superior courts. *Revista de Direito Internacional*, Brasilia, Brasil, v. 17, n. 2, pp. 308-330. 2020.

<sup>47</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Privados de libertad, 2003, Ginebra. Disponible en: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_0685.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0685.pdf) Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>48</sup> ROCCATTI, Mireille. Los derechos de los indígenas en la legislación mexicana e investigación de violaciones a Derechos Humanos en comunidades indígenas. En: UNIVERSIDAD ALCALÁ DE HENARES. El Fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano. 1999.

romanista,<sup>49</sup> sobre todo en materia de derechos humanos venían siendo fruto de una modernidad antropocéntrica e individualista. Lo anterior, dado que los derechos fueron originados de las revoluciones liberales del siglo XVIII que ponían acento en las libertades del individuo frente al Estado.<sup>50</sup> Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha reconocido a los pueblos originarios, concediéndoles acciones y recursos, por tanto, verdaderos sujetos de derecho.<sup>51</sup>

### 3 Enfoque en otros grupos vulnerables por diversas instituciones nacionales de derechos humanos o figuras afines

Ya se han revisado las categorías en las que ha clasificado su material bibliográfico el INDH. De manera que más adelante se evidenciarán enfoques de especial protección a otros grupos vulnerables de acuerdo con la experiencia iberoamericana integrando doctrina especializada al efecto. Ello no quiere decir que el INDH nunca se haya preocupado con alguna medida, sino que son categorías en las que las naciones que se tomarán como ejemplo han dado mayor significación. En la medida que vaya avanzándose en la exposición, se podrá ir reflexionando si estos colectivos o personas en situaciones similares podrían ser o no de especial protección por parte del INDH.

#### 3.1 Campesinos

Los campesinos están afectos a variadas condiciones que los pueden hacer vulnerables. Este colectivo es muy variado, puede estar compuesto tanto por sujetos vulnerables de una o más categorías, que en todo caso, lo componen todas las personas naturales o físicas que tienen una relación directa con la tierra y la naturaleza a través de la obtención de alimentos y de productos agrícolas al trabajar la tierra, incluyendo a los sin tierra.<sup>52</sup> Como su principal labor y fuente de recursos, que es la agricultura, depende de factores climáticos, como sequías, inundaciones, entre otras catástrofes naturales, lo que hace inestable y por tanto vulnerable su actividad. Aún más, hoy no sólo encontramos a los campesinos tradicionales (abastecimiento propio o de pocos), sino que a los productores (abastecimiento de los demás). Éstos últimos dependen además de otros factores externos a ellos, distintos de los climáticos, para realizar su labor.<sup>53</sup>

Por otro lado, aunque los campesinos cumplan un rol fundamental en la sociedad, al mismo tiempo constituyen cerca del 80% de las personas que padecen hambre. Ello, aunque sean la base de la alimentación mundial a nivel nacional e internacional, y, especialmente en los países en vías de desarrollo, donde son cruciales para la alimentación del país. Además, son víctimas de discriminación y violaciones sistemáticas de sus derechos humanos. Son algunas de las causas que, sumada a la inestabilidad de sus labores, propias de la

<sup>49</sup> Los primeros problemas que hay que sortear por la herencia de las tradiciones procesales civiles, es que se entienden las vulneraciones como individuales, a lo más, un conjunto de ellas, similar a la relación jurídica acreedor con el deudor, con un paradigma de derecho decimonónico contractual y/o de derecho de daños. Es el interés individualmente protegido por tanto lo que tiene acción o recurso judicial. Sin embargo, esa estructuración del derecho a recurso efectivo no da cabida ante ciertos casos, de bienes jurídicos comunes, especialmente en los de titularidad colectiva, como lo puede ser la historia de una comunidad o la comunidad misma en COURTIS, Christian. El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Argentina, n. 5, pp. 33-65. 2006.

<sup>50</sup> LÓPEZ CALERA, Nicolás María. ¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos. Editorial Ariel, Barcelona. 2000.

<sup>51</sup> COURTIS, Christian. El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Argentina, n. 5, 2006, pp. 33-65.

<sup>52</sup> FIAN INTERNACIONAL. Los campesinos y las campesinas necesitan mayor protección, 2012. Disponible en: [http://www.fian.org/fileadmin/media/publications/2012.09.03\\_-\\_Advocacy\\_note\\_-\\_Peasants\\_need\\_more\\_protection\\_SP.pdf](http://www.fian.org/fileadmin/media/publications/2012.09.03_-_Advocacy_note_-_Peasants_need_more_protection_SP.pdf) Acceso: 8 septiembre 2016.

<sup>53</sup> VALLEJO NIETO, Mirna Isela, GURRI GARCÍA, Francisco Delfín, MOLINA ROSALES, Dolores Ofelia. Política y cultura, México, n. 36, 2011, pp. 71-98.

agricultura, que se consideran como grupo de especial protección.<sup>54</sup>

En el caso de la Defensoría del Pueblo de Bolivia se reconoce a los campesinos como un grupo de especial protección, pero lo hace sumando a los pueblos indígenas,<sup>55</sup> los que además en muchas ocasiones se fusionan en uno, es decir, pueden ser pueblos originarios y además campesinos. El Defensor en el área de la salud ha denunciado la mayor y preocupante tasa de mortalidad infantil en zonas rurales; en educación que el alfabetismo en mujeres indígenas rurales llega al 58,3 %;<sup>56</sup> y en participación política que aún no se han llevado diálogos de acuerdo a lo que sentenció el Tribunal Constitucional Plurinacional, *“El Órgano Ejecutivo, en cumplimiento de sus funciones constitucionales, y en resguardo de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, debe propiciar y facilitar el diálogo necesario con dichos pueblos, a objeto de que a partir de la concertación, no sólo se desarrolle la consulta, sino que se concreten todos los planes y proyectos no sean únicamente de beneficio de dichos pueblos, sino también los que involucran el interés nacional”*,<sup>57</sup> entre otras actuaciones.

Colombia en esta materia contempla a la Defensoría Delegada para Asuntos Agrarios y Tierras, dependiente de la Defensoría del Pueblo, la que está a disposición de los campesinos y población rural. En ese sentido, su objeto es promover, proteger y velar por la garantía de sus derechos humanos. Su actividad se enfoca en la disminución de la diferencia entre el goce efectivo de derechos, el que es altamente inferior de campesinos y habitantes respecto a las áreas urbanas.<sup>58</sup> En tal sentido, el Defensor respecto de la vulnerabilidad de los campesinos, ha dicho respondiendo a la siguiente pregunta:

“¿Por qué las comunidades campesinas siempre han tenido mayores dificultades para la garantía de sus derechos si se compara con quienes viven en las ciudades?”

Porque las políticas públicas han tenido un sesgo en lo urbano, de manera que las inversiones públicas siempre han tenido a las poblaciones campesinas y rurales en un renglón de poca importancia. Este constituye uno de los desafíos más grandes para el Estado colombiano en su conjunto, lograr que las acciones en favor de los derechos de los campesinos transformen el desequilibrio que existe en el goce efectivo de derechos de quienes viven en el campo, el cual resulta altamente inferior con relación a los habitantes de las áreas urbanas”.<sup>59</sup>

La Defensoría en Colombia no sólo supervisa, sino que también informa al sector. En tal sentido, destaca, entre otras, guías informativas, como la de derecho a acceso al crédito,<sup>60</sup> de derecho a la participación de los campesinos, y sobre el derecho a la tierra y territorio de los campesinos,<sup>61</sup> entre otras.

<sup>54</sup> FIAN INTERNACIONAL. Los campesinos y las campesinas necesitan mayor protección, 2012. Disponible en: [http://www.fian.org/fileadmin/media/publications/2012.09.03\\_-\\_Advocacy\\_note\\_-\\_Peasants\\_need\\_more\\_protection\\_SP.pdf](http://www.fian.org/fileadmin/media/publications/2012.09.03_-_Advocacy_note_-_Peasants_need_more_protection_SP.pdf) Acceso: 8 septiembre 2016.

<sup>55</sup> En el año 2012, el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía ha manifestado que la población indígena de Bolivia llega a representar 62,2 % de total del país. SOL DE PANDO. Bolivia es el país más indígena de América Latina, 9 de agosto de 2015. Disponible en: <http://www.soldepando.com/httpwww-soldepando-comp26343/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>56</sup> BOLIVIA. Defensoría del Pueblo. XV Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional. 2012. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/xv-informe-a-la-asamblea-legislativa-plurinacional.pdf> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>57</sup> BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. STC 0300/2012, de 18 de junio de 2012, Sentencia de sala plena, parte resolutive N° 7. Disponible en [http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj\\_88y7renOAhWH0RoKHVi3AEsQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fundacionconstruir.org%2Findex.php%2Fjurisprudencia1%2Fdescargar%2Farchivo%2FSENTENCIACONSTITUCIONALPLURINACIONAL0300\\_54.pdf&usq=AFQjCNHetXNiXtJR3mBx2MjaA683cQZ7ZA](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj_88y7renOAhWH0RoKHVi3AEsQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fundacionconstruir.org%2Findex.php%2Fjurisprudencia1%2Fdescargar%2Farchivo%2FSENTENCIACONSTITUCIONALPLURINACIONAL0300_54.pdf&usq=AFQjCNHetXNiXtJR3mBx2MjaA683cQZ7ZA) Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>58</sup> COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. Defensoría Delegada para Asuntos Agrarios y Tierras. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/es/public/defensoriasdelegadas/3472/Defensor%20C3%ADa-Delegada-para-Asuntos-Agrarios-y-Tierras.htm> Acceso: 30 agosto 2016].

<sup>59</sup> COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. Derechos de los campesinos colombianos, noviembre de 2015, Bogotá. Disponible en: [http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla\\_derechos\\_de\\_los\\_campesinos.pdf](http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla_derechos_de_los_campesinos.pdf) Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>60</sup> COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. Derecho a Acceder a Fuentes de Financiamiento. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/attachment/1166/Guia%20de%20Derecho%20Acceso%20al%20Crédito.pdf> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>61</sup> COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. Serie Guía de Derechos de los Campesinos Colombianos. Derecho a la participación de los hombres y mujeres campesinas. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/attachment/1167/Guias%20de%20derecho%20a%20la%20participación%20de%20los%20campesinos%20en%20Colombia.pdf> Acceso: 16 octubre 2020.

Sin embargo, otros países a pesar de tener una importante población rural no la consideran como grupo de especial protección a enfocarse, al menos expresamente. Por nombrar un caso, el de Perú, que en 2009 tenía 7.887.301 de población rural y urbana 20.594.600,<sup>62</sup> y en 2015 rural de 7.257.989.<sup>63</sup> Así, en su Defensoría del Pueblo no se divisa como conjunto especial a los campesinos o a la población rural.<sup>64</sup> Tampoco el Defensor del Pueblo en España,<sup>65</sup> aunque el territorio rural abarque el 90% donde reside el 20% de la población al año 2009.<sup>66</sup> Lo mismo sucede con Argentina, que separa a la población, en el año 2010 en rural agrupada (1.307.701) y rural dispersa (2.292.063) de un total del país de 40.117.096,<sup>67</sup> en que el Defensor del Pueblo de la Nación no los considera especialmente de protección.<sup>68</sup>

### 3.2 Víctimas de delitos

En general se otorga una mayor protección a las víctimas de delitos que sean especialmente vulnerables, ya sea por la naturaleza de la víctima, niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad, o bien, sea por la gravedad del delito. En este aspecto, por ejemplo, la Directiva 2012/29 de la Unión Europea señala al efecto a los delitos de terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual, violencia de género, o discriminación. El objetivo de esto es evitar una victimización secundaria, como podría darse ante intimidación, represalias o reiteración del delito y por tanto de la violación de derechos. La idea es proteger los derechos de las víctimas especialmente vulnerables de forma inmediata para resguardar su vida, integridad, libertad, honor, intimidad, entre otros. No sólo a nivel preventivo, también la víctima necesita que sea reparada o al menos aliviada respecto de sus derechos afectados.<sup>69</sup>

A pesar de todo lo anterior, las víctimas en los nuevos sistemas penales son en general consideradas como protagonistas olvidadas, y quedan en ocasiones sujetas al desamparo institucional, situación que en un Estado de Derecho y por humanidad no puede tolerarse. Lo tradicional de las legislaciones de distintos países es que han contemplado al delincuente ignorando a la víctima, sin tener presente la victimización que ha provocado daños severos difíciles o imposibles de reparar, ya que involucra lo profundo de la integridad de una persona, tanto físico o mental, afectando sus relaciones sociales y familiares, situación económica, jurídica entre otras. De manera entonces que la despreocupación o abandono de las víctimas, la lesión a sus derechos humanos, la ausencia o ineficaz política criminal, la impunidad y la inexistencia o poco adecuadas políticas para reparar los daños de las víctimas son razones suficientes para que el Estado busque propuestas para la atención rápida y eficaz de las víctimas de delitos.<sup>70</sup>

<sup>62</sup> PERÚ. Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población Urbana y Rural por Sexo y Edades Quinquenales, Según Departamento, 200-2015, Boletín Especial N° 19, diciembre 2009, Lima. Disponible en <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0844/libro.pdf> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>63</sup> PERÚ. Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. Cuadros Estadísticos de Población Total, Urbana y Rural, por Sexo, según Departamento, 2000-2015. Disponible en: [http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0844/cap02\\_1.htm](http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0844/cap02_1.htm) Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>64</sup> PERÚ. Defensoría del Pueblo. Grupos de especial protección. Disponible en <http://www.defensoria.gob.pe/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>65</sup> ESPAÑA. Defensor del Pueblo. Grupos sociales. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>66</sup> ESPAÑA. Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de España. Población y Sociedad Rural. Análisis y Prospectiva. Serie Agrinfo, n. 12, 2009. Disponible en: [http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/servicios/analisis-y-prospectiva/Agrinfo12\\_tcm7-161562.pdf](http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/servicios/analisis-y-prospectiva/Agrinfo12_tcm7-161562.pdf) Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>67</sup> ARGENTINA. Ministerio de Defensa. Población de la República Argentina. Datos año 2010. Disponible en: <http://www.ign.gob.ar/NuestrasActividades/Geografia/DatosArgentina/Poblacion> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>68</sup> ARGENTINA. Defensor del Pueblo. Grupos vulnerables. Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/vulnerables.php> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>69</sup> REQUEJO CONDE, Carmen. Víctimas especialmente vulnerables. Tratamiento penal. En: Good practices for protecting victims. Inside and outside the criminal process. 2016. Disponible en: <http://www.protectingvictims.eu/upload/pages/67/Victimas.it.en.pdf> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>70</sup> MÉXICO. Comisión de Derechos Humanos del Estado de Hidalgo. Grupos vulnerables. Disponible en: <http://www.cdhhgo.org/home/images/pdf/GRUPOS%20VULNERABLES%20WEB.pdf> Acceso: 29 agosto 2016.

Por todas esas razones, muchas Defensorías actualmente consideran a las víctimas de delitos como grupos vulnerables. En ese sentido, el Defensor del Pueblo español se refiere, como habíamos señalado, a las víctimas de violencia de género, pero también a las del terrorismo. En este último aspecto, señala que es un deber del Estado atender a las víctimas, considerando que España tiene una legislación solidaria y de protección avanzada en la materia, pero aquello no impide a que se generen problemáticas, ya sean normativas o de actuación en casos concretos. El Defensor centra su actividad en estos asuntos en indemnizaciones, prestaciones sociales, reconocimiento de condición de víctima, derechos de los amenazados y colabora con asociaciones afines.<sup>71</sup>

Además, le es relevante la preservación de la memoria histórica. Es así como la Defensora del Pueblo, doña Soledad Becerril Bustamante ha señalado en 2016 al respecto que, “¿Y Las víctimas del terrorismo? Yo creo que siempre, siempre, tendrán motivos para la queja. Han pagado con sus vidas el odio, la venganza, el fanatismo contra valores de toda una sociedad o con el fin de hacer imposible la democracia como fue el objetivo de la banda terrorista ETA”.<sup>72</sup>

Hay otros países que no consideran expresamente como grupo especial de protección a las víctimas de delitos, como ocurre en Argentina con el Defensor del Pueblo de la Nación,<sup>73</sup> ni Costa Rica,<sup>74</sup> tampoco Colombia,<sup>75</sup> lo mismo sucede en Perú.<sup>76</sup> Y, para el caso de Chile es fundamental considerar a esta categoría, dado que, inclusive se ha constitucionalizado a la víctima. De hecho, se ha determinado que debe haber un órgano del Estado especializado para su protección. Sin embargo, aún no se ha creado, lo que puede generar una omisión del legislador inconstitucional,<sup>77</sup> pero que puede de momento ser paliada con otras instituciones en su defensa.

### 3.3 Personas con enfermedades crónicas

Las enfermedades crónicas son un factor que aumenta la vulnerabilidad. Es así como en muchos países no sólo afecta el quehacer diario, sino que es una de las principales causas de deterioro de la salud, incapacidad, y hasta de muerte. En 2005, se calcula que aproximadamente treinta y cinco millones murieron a causa de enfermedades no transmisibles, principalmente relativas a las cardiovasculares, diabetes, cáncer y respiratorias. Y, aunque la mayoría de estas muertes suceda en países de ingresos bajos, lo trascendental es la ausencia de políticas públicas para la prevención de la enfermedad.<sup>78</sup>

Dicha vulnerabilidad se agrava cuando además se conjugan otras vulnerabilidades. Por ejemplo, en el caso de las enfermedades crónicas en los niños, que tienen que superar su crecimiento ya sea fisiológico o en sus relaciones humanas, emocionales y cognitivas, que muchas veces es complejo debido a la propia enfermedad. En tal sentido, no sólo debe observarse la salud, sino que todo lo demás que les afecta. De manera que la enfermedad crónica infantil y todo lo que conlleva es un factor de riesgo para el desarrollo

<sup>71</sup> ESPAÑA. Defensor del Pueblo. Víctimas del terrorismo. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/victimas-del-terrorismo/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>72</sup> ESPAÑA. Defensor del Pueblo. La Defensora del Pueblo habla sobre Víctimas del Terrorismo, Conferencia de 3 de mayo de 2016 en Forum Europa. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/05/Forum-Europa-06-Victimas-del-terrorismo-con-titulo.mp4> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>73</sup> ARGENTINA. Defensor del Pueblo. Grupos vulnerables. Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/vulnerables.php> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>74</sup> COSTA RICA. Defensoría de los Habitantes. Disponible en: <http://www.dhr.go.cr/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>75</sup> COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. Defensorías delegadas. Disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/es/#delegadas> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>76</sup> PERÚ. Defensoría del Pueblo. Grupos de especial protección. Disponible en <http://www.defensoria.gob.pe/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>77</sup> PEREDO, Marcela. La constitucionalización del derecho a la defensa de las víctimas en Chile. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, Brasil, v. 10. n. 1, pp. 285-312. 2020.

<sup>78</sup> VEGA ANGARITA, O.M. y GONZÁLEZ ESCOBAR, D.S. Apoyo social: elemento clave en el afrontamiento de la enfermedad crónica. Enfermería Global, España, n. 16, pp. 1-11. 2009.



de los niños.<sup>79</sup> Mismo razonamiento es replicable a los adolescentes que también están en crecimiento y desarrollo personal.

Así, hay algunos ejemplos concretos sobre enfermedades crónicas, inclusive sin resultado a próxima muerte. En efecto, el Defensor del Pueblo de España reconoce a las personas celiacas como un colectivo de especial protección. Su enfoque es que la Administración reconozca las circunstancias especiales de los celiacos, sobre todo respecto de la adquisición productos sin gluten para que sean más accesibles, de manera de no generar o mantener una desigualdad.<sup>80</sup> En esta iniciativa más o menos reciente, destacan algunos resultados de una encuesta del Defensor realizada en junio y julio de 2016, recibiendo 12.059 respuestas *on line*, tales como que el 25% no se considera bien informado sobre el tratamiento para celiacos, que el 37% valora como mala la atención de su enfermedad.<sup>81</sup>

Otro ejemplo lo constituye Perú, en que su Defensoría del Pueblo considera a las personas con VIH/Sida como colectivo de especial protección. Es así porque reduce la expectativa de vida considerablemente, detiene el crecimiento económico y profundiza la pobreza a quien lo padece y a sus cercanos, lo que genera desigualdad. No sólo afecta en aquello. Además, a la Defensoría han llegado casos de discriminación de estas personas, en centros laborales, escuelas y servicios de salud. Se dedica también a supervisar a los servicios de prevención, atención y tratamiento en los establecimientos a cargo del Ministerio de Salud.<sup>82</sup> Destaca además en su cometido informes sobre la temática, analizando casos cualitativamente<sup>83</sup> como generales cuantitativos.<sup>84</sup>

### 3.4 Personas de especial protección por circunstancias particulares del país

En general, los grupos anteriormente expuestos son comunes en la mayoría de las naciones. No obstante, también hay colectivos que son significativos en un determinado país o países. En adelante se dan los casos de la comunidad gitana en Europa y particularmente el Defensor del Pueblo de España y el caso del conflicto interno armado de Colombia. Además, sobre asuntos de deudores hipotecarios en España, que, a pesar de que en otros países también puede haber dicha problemática, es el Defensor del Pueblo español que los considera como grupo de especial protección.

En muchas ocasiones la comunidad gitana ha sido discriminada, ya sea históricamente o incluso de forma más o menos reciente como ocurrió con la expulsión de aquel colectivo en las principales capitales europeas en 2010. De ahí que se ha cuestionado si los gitanos son europeos de tercera. En dicha fecha comenzó Francia con la política de endurecimiento contra los que se denominaron “gente de viaje”, luego Italia, Alemania, Dinamarca y Suecia. En el caso de París, había gitanos que se habían asentado a sus afueras en caravanas durante más de cuatro años, se dedicaban en general a la recolección de metal y no tenían en general acceso a empleos formales.<sup>85</sup>

En España el Defensor del Pueblo considera a la comunidad gitana como un grupo de especial protec-

<sup>79</sup> CASTRO, Elisa Kern de y MORENO-JIMÉNEZ, Bernardo. Resiliencia en niños enfermos crónicos: aspectos teóricos. *Psicología em estudo, Brasil*, v. 12, n. 1, 2007, pp. 81-86.

<sup>80</sup> ESPAÑA. Defensor del Pueblo. Celiacos. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/celiacos/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>81</sup> ESPAÑA. Defensor del Pueblo. Encuesta a personas celiacas: Primeros resultados, 28 de julio de 2016. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/encuesta-a-personas-celiacas-primeros-resultados-2/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>82</sup> PERÚ. Defensoría del Pueblo. Personas que viven con VIH. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/grupos-atencion.php?des=16> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>83</sup> PERÚ. Defensoría del Pueblo. Fortaleciendo la respuesta frente a la epidemia del VIH/Sida: Supervisión de los servicios de prevención, atención y tratamiento del VIH/Sida. Informe defensorial N° 89. 2005.

<sup>84</sup> PERÚ. Defensoría del Pueblo. La infección de ocho pacientes con VIH por transfusión de sangre donada en el Instituto Especializado Materno Perinatal. Informe defensorial N° 143. 2009.

<sup>85</sup> MACÍAS LEÓN, Almudena. Gitanos europeos: ¿Ciudadanos de tercera? En: GARCÍA CASTAÑO, Francisco Javier y KRESS-OVA, Nina (coordinadores). *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*. Granada, 2011, pp. 957-966.

ción.<sup>86</sup> Los gitanos en España han sido parte de la ciudadanía ibérica desde comienzos del siglo XV, siendo hoy en día aproximadamente en España 650.000 personas, concentrándose la mayor parte de ellos en Andalucía (270.000), Cataluña (80.000), Madrid (60.000), la Comunidad Valenciana (52.000).<sup>87</sup>

En efecto, los gitanos en muchas ocasiones son víctimas de discriminación. Pertenecer a dicho colectivo implica tal estigma que muchos optan por esconderlo, como lo hizo Ahmed Mustafá y sus parientes, huidos de la guerra de Siria, quienes afirmaron que no eran gitanos, sino que turcomanos.<sup>88</sup> Sin embargo, a pesar de que hay avances en su integración en España, existen situaciones que requieren preocupación de los poderes públicos y de toda la sociedad para conseguir que puedan ejercer sus derechos en un contexto de igualdad. En ese sentido el Defensor colabora con distintas asociaciones para una real integración de la comunidad gitana, además centra su actividad en la eliminación de estereotipos que afectan, de manera de garantizar la igualdad de oportunidades para los que pertenezcan a dicho colectivo.<sup>89</sup>

Por otro lado, en el caso colombiano existe la Defensoría Delegada para la Orientación y Asesoría de las Víctimas del Conflicto Armado interno, que es una sección de la Defensoría del Pueblo.<sup>90</sup> Como es sabido, la guerra que ha tenido Colombia en su país durante cincuenta años al año 2016, ha traído aproximadamente 220.000 muertos, 45.000 desaparecidos y desplazados, lo que ha generado a un grupo de especial protección, que son las víctimas del conflicto, ya sea directa o indirectamente como a sus familiares. En efecto, no obstante, a los acuerdos de paz que se están llevando a cabo en el año 2016 entre el Gobierno y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC),<sup>91</sup> habrá víctimas y sus familiares que querrán ver resarcidos sus derechos, quizás siendo minoría frente a los necesarios acuerdos de paz.

En su actividad, la mencionada Defensoría Delegada destaca la denominada Estrategia de Orientación Psicojurídica, que otorga asesoría y acompañamiento, precisando posibilidades de participación en procesos judiciales o administrativos sobre reparación de sus intereses. Asimismo, la estructuración del programa de atención integral de víctimas del conflicto armado. También una serie de actuaciones derivadas de la ley 1448 de 2011,<sup>92</sup> entre otras: la recepción de declaraciones como requisito de acceso al registro único de víctimas; asistencia legal que procura lograr el acceso al registro frente a las decisiones de no inclusión; orientación para el trámite de registro de tierras y modalidades de restitución; asesoría especializada frente a las medidas de asistencia y de reparación integral; presentación de solicitudes de revisión sobre decisiones de indemnización administrativa; coadyuvar en el seguimiento y evaluación del cumplimiento de la ley.<sup>93</sup>

También es un caso especial de España, pero que puede darse en todo el mundo, es el de los deudores hipotecarios, que han sido considerados como grupo de especial protección por el Defensor del Pueblo español. En tal sentido, se indica que la normativa del mercado hipotecario debe respetar el derecho a una

<sup>86</sup> ESPAÑA. Defensor del Pueblo. Comunidad gitana. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/gitanos/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>87</sup> FUNDACIÓN SECRETARIADO GENERAL GITANO. Observatorio 02. Empleo y Comunidad Gitana, Madrid, 2003.

<sup>88</sup> IRIARTE, Daniel. El mapa de los gitanos: una población que conecta España con Rusia, 27 de octubre de 2013. Disponible en: [http://www.elconfidencial.com/mundo/2013-10-27/el-mapa-de-los-gitanos-una-poblacion-que-conecta-espana-con-rusia\\_46284/](http://www.elconfidencial.com/mundo/2013-10-27/el-mapa-de-los-gitanos-una-poblacion-que-conecta-espana-con-rusia_46284/) Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>89</sup> ESPAÑA. Defensor del Pueblo. Comunidad gitana. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/gitanos/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>90</sup> COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. Defensoría Delegada para la Orientación y Asesoría de las Víctimas del Conflicto Armado interno. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/es/public/defensoriasdelegadas/1448/Para-la-orientaci%C3%B3n-y-asesor%C3%ADa-de-v%C3%ADctimas-del-conflicto-armado-Interno.htm> Acceso 25 agosto 2016.

<sup>91</sup> LAFUENTE, Javier. Colombia abre nueva era al lograr un acuerdo de paz con las FARC tras 52 años de guerra, 25 de agosto de 2016. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/08/24/colombia/1472064662\\_537059.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/08/24/colombia/1472064662_537059.html) Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>92</sup> COLOMBIA. Ley 1448 de 2011, de 10 de junio, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>93</sup> COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. Defensoría Delegada para la Orientación y Asesoría de las Víctimas del Conflicto Armado interno. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/es/public/defensoriasdelegadas/1448/Para-la-orientaci%C3%B3n-y-asesor%C3%ADa-de-v%C3%ADctimas-del-conflicto-armado-Interno.htm> Acceso: 25 agosto 2016.

vivienda digna y los demás derechos constitucionales ligados. Esto, a propósito de que con la crisis económica muchas personas no pueden pagar sus cuotas hipotecarias.<sup>94</sup>

La insolvencia hipotecaria ha sido de bastante relevancia para el Defensor, destacando informes, estudios y propuestas en favor de los deudores hipotecarios.<sup>95</sup> En ese sentido, ha hecho una serie de recomendaciones basado en derecho comparado y en instituciones de importancia, como del Fondo Monetario Internacional. En tal sentido, y que evidencia el trabajo del Defensor, es ejemplar la siguiente recomendación que ha hecho al respecto:

*“1. Regular ex novo un procedimiento singular de insolvencia de los particulares o consumidores, independiente del resto de los procedimientos existentes en el ordenamiento jurídico, basado en la cultura del pago y con la previsión de liberación de deudas remanentes, tras la liquidación del patrimonio, siguiendo la recomendación efectuada por el Fondo Monetario Internacional. Para el cumplimiento de este objetivo se recomienda abordar las reformas normativas necesarias en el orden civil, mercantil, administrativo y procesal”.*<sup>96</sup>

## 4 Conclusiones

Como se ha revisado, el INDH en sus 10 años de historia se ha enfocado en una serie de colectividades generando inclusive una base documental al respecto. Ello ha sido consecuencia dado que muchos de estos grupos son vulnerables, o bien, aunque en ciertos casos no sea necesariamente con un alto grado de vulnerabilidad, actúa guiado en la búsqueda de igualdad en el ejercicio de derechos de ciertos colectivos. Así, se ha preocupado de personas relacionadas con temas sobre diversidades sexuales, mujeres, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, migrantes, privadas de libertad, refugiados y pueblos indígenas. Sea por una o por otra razón, de acuerdo con la literatura revisada se encuentra justificada la actuación del INDH en relación con estos grupos, lo que es relevante en la aplicación de la ley 20.405, en la promoción y protección de los derechos humanos, como también del artículo 5 de la Constitución como las garantías que contempla y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes.

Sin embargo, también es menester revisar otros casos de vulnerabilidad o que ameriten una especial protección en la igualdad de ejercicio de los derechos, de acuerdo con las condiciones especiales de cada país. Como se advirtió, en el caso español con los deudores hipotecarios (por la crisis comenzada en 2008), o en Colombia por el conflicto armado interno con las FARC. Ello genera la necesidad de que el INDH replantee su visión, no solo de enfocarse en los colectivos que tienen dificultades en todas las naciones, sino que en aquellos casos particulares o que sean más profundos en el país. En ello la experiencia comparada puede servir de guía. Por ejemplo, como se ha evidenciado, en otros países las defensorías se enfocan en los campesinos. Gran parte del territorio de Chile es rural (80%<sup>97</sup>) y, aunque los datos del último Censo<sup>98</sup> de 2017 demuestran que la mayoría de las personas viven en zonas denominadas urbanas, el 12,2% se establece en zonas rurales, lo que aumenta en determinadas regiones (Ñuble 30,6%), La Araucanía (29,1%) y Los Ríos (28,3%). Ello equivale a preocuparse de cerca de 2.253.340 personas. ¿Acaso no sería un grupo especial en el cual centrarse? ¿En quién o quiénes más habría que enfocarse?

<sup>94</sup> ESPAÑA. Defensor del Pueblo. Deudores hipotecarios. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/deudores-hipotecarios/> Acceso: 16 octubre 2020.

<sup>95</sup> Así, por ejemplo, entre otros: ESPAÑA. Defensor del Pueblo. Viviendas protegidas vacías, Madrid, marzo, 2013; ESPAÑA. Defensor del Pueblo. La realidad catastral en España: perspectiva del Defensor del Pueblo, Madrid, marzo, 2012.

<sup>96</sup> ESPAÑA. Defensor del Pueblo. Crisis económica e insolvencia personal: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo, Madrid, octubre, 2013.

<sup>97</sup> ALONSO BERTAGGIA, Carla. 80% de la superficie del país es rural. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Campo/Noticias/Noticias/2018/12/12/80-de-la-superficie-del-pais-es-rural.aspx?disp=1> Acceso: 19 octubre 2020.

<sup>98</sup> ACEVEDO, Yolanda. Ruralidades en Chile: desafíos para el 2020. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2019/08/22/ruralidades-en-chile-desafios-para-el-2020/#:~:text=El%20Censo%202017%20muestra%20el,vive%20en%20las%20zonas%20rurales> Acceso: 19 octubre 2020.

## Bibliografía.

- ALEMÁN, Jesús; TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles; LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz. Los Adultos Mayores vistos por sí mismos: Percepciones de su persona y calidad de vida [Notas iniciales]. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, 2012. p. 289-295.
- ACEVEDO, Yolanda. *Ruralidades en Chile: desafíos para el 2020*. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2019/08/22/ruralidades-en-chile-desafios-para-el-2020/#:~:text=El%20Censo%202017%20muestra%20el,vive%20en%20las%20zonas%20rurales>. Acceso: 19 oct. 2020.
- ALONSO BERTAGGIA, Carla. *80% de la superficie del país es rural*. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Campo/Noticias/Noticias/2018/12/12/80-de-la-superficie-del-pais-es-rural.aspx?disp=1>. Acceso: 19 oct. 2020.
- ARGENTINA. Defensor del Pueblo. *Grupos vulnerables*. Disponible en: <http://www.dpn.gob.ar/vulnerables.php>. Acceso: 16 oct. 2020.
- ARGENTINA. Ministerio de Defensa. Población de la República Argentina. *Datos año 2010*. Disponible en: <http://www.ign.gob.ar/NuestrasActividades/Geografia/DatosArgentina/Poblacion>. Acceso: 16 oct. 2020.
- ARRIAGA BUENO, Reyna Alicia; CABALLERO RIVACOBA, María Teresa. La salud y el ingreso como indicadores de la calidad de vida del adulto mayor. Una reflexión desde el trabajo social. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús; TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles; LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coords.). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, 2012. p. 231-245.
- BOLIVIA. Defensoría del Pueblo. *XV Informe a la Asamblea Legislativa Plurinacional. 2012*. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.bo/uploads/files/xv-informe-a-la-asamblea-legislativa-plurinacional.pdf>. Acceso: 16 oct. 2020.
- BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *STC 0300/2012*, de 18 de junio de 2012, Sentencia de sala plena, parte resolutive N° 7. Disponible en [http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj\\_88y7renOAhWH0RoKHVi3AEsQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fundacionconstruir.org%2Findex.php%2Fjurisprudencia1%2Fdescargar%2Farchivo%2FSENTENCIACONSTITUCIONALPLURINACIONAL0300\\_54.pdf&usq=AFQjCNHetXNiXtJR3mBx2MjaA683cQZ7ZA](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj_88y7renOAhWH0RoKHVi3AEsQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fundacionconstruir.org%2Findex.php%2Fjurisprudencia1%2Fdescargar%2Farchivo%2FSENTENCIACONSTITUCIONALPLURINACIONAL0300_54.pdf&usq=AFQjCNHetXNiXtJR3mBx2MjaA683cQZ7ZA). Acceso: 16 oct. 2020.
- BUSTAMANTE, Jorge A. *La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de Derechos Humanos*. 2017. Disponible en: <https://silo.tips/download/documento-sobre-mejores-practicas-relativas-a-trabajadores-migrantes>. Acceso: 16 oct. 2020.
- CABELLO GARZA, Martha Leticia; ÁVILA ORTÍZ, María Natividad; GARZA MONTOYA; Beatriz Gabriela. Obesidad: Los problemas de los grupos vulnerables. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús; TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles; LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, 2012. p. 73-88.
- CARRASCO CARPIO, Concepción. La vulnerabilidad laboral de los extranjeros en España. *Migraciones Internacionales*, Tijuana, México, v. 8, n. 2, p. 41-72. 2015.
- CASTRO, Elisa Kern de; MORENO-JIMÉNEZ, Bernardo. Resiliencia en niños enfermos crónicos: aspectos teóricos. *Psicología em estudo*, Brasil, v. 12, n. 1, p. 81-86. 2007.

CHILE. Corte Suprema. *Roles 27697-2016, 68679-2016, 87743-2016, 87748-2016, 87876-2016, 92816-2016*. Disponible en el expediente electrónico ingresando el rol indicado en: <https://suprema.pjud.cl/SITISUP-PORWEB/InicioAplicacion.do>. Acceso: 16 feb. 2021.

CHILE. *Decreto 100, de 22 de septiembre de 2005, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile (última versión 23 de diciembre de 2020)*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>. Acceso: 17 feb. 2020.

CHILE. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual*. Situación de los derechos humanos en Chile 2020. Disponible en: <https://ia2020.indh.cl/informe/INFORME-INDH-2020.pdf>. Acceso: 16 feb. 2021, pp. 140-151.

CHILE. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Género y Grupos de Protección*. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/4>. Acceso: 16 oct. 2020.

CHILE. *Ley 20.405, de 10 de diciembre de 2009*. Del Instituto Nacional de Derechos Humanos, última modificación de 25 de abril de 2019, Ley 21.154. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008867>. Acceso: 16 oct. 2020.

COLOMBIA. *Defensoría del Pueblo*. Defensoría Delegada para Asuntos Agrarios y Tierras. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/es/public/defensoriasdelegadas/3472/Defensor%C3%ADa-Delegada-para-Asuntos-Agrarios-y-Tierras.htm>. Acceso: 30 ago. 2016.

COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. *Defensoría Delegada para la Orientación y Asesoría de las Víctimas del Conflicto Armado interno*. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/es/public/defensoriasdelegadas/1448/Para-la-orientaci%C3%B3n-y-asesor%C3%ADa-de-v%C3%ADctimas-del-conflicto-armado-Interno.htm>. Acceso: 25 ago. 2016.

COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. *Defensorías delegadas*. Disponible en: <https://www.defensoria.gov.co/es/#delegadas>. Acceso: 16 oct. 2020.

COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. *Derecho a Acceder a Fuentes de Financiamiento*. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/attachment/1166/Guia%20de%20Derecho%20Acceso%20al%20Crédito.pdf>. Acceso: 16 octubre 2020.

COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. *Derechos de los campesinos colombianos, noviembre de 2015*. Bogotá. Disponible en: [http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla\\_derechos\\_de\\_los\\_campesinos.pdf](http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla_derechos_de_los_campesinos.pdf). Acceso: 16 oct. 2020.

COLOMBIA. Defensoría del Pueblo. *Serie Guía de Derechos de los Campesinos Colombianos. Derecho a la participación de los hombres y mujeres campesinas*. Disponible en: <http://www.defensoria.gov.co/attachment/1167/Guias%20de%20derecho%20a%20la%20participación%20de%20los%20campesinos%20en%20Colombia.pdf>. Acceso: 16 oct. 2020.

COLOMBIA. *Ley 1448 de 2011, de 10 de junio, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043>. Acceso: 16 oct. 2020.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Privados de libertad*. Ginebra. 2003. Disponible en: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_0685.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0685.pdf). Acceso: 16 oct. 2020.

COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA. *Principios sobre la protección y la promoción de la institución del Defensor del Pueblo (Los Principios de Venecia)*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/04/Principios-de-Venecia-esp-versi%C3%B3n-29-03-19-1.pdf>. Acceso: 01 mar. 2021.

COSTA RICA. *Defensoría de los Habitantes*. Disponible en: <http://www.dhr.go.cr/> Acceso: 16 octubre 2020.

COURTIS, Christian. El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Argentina, n. 5, p. 33-65. 2006.

CROSSO, Camila. El Derecho a la Educación de Personas con Discapacidad: impulsando el concepto de Educación Inclusiva. *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, Santiago, Chile, v. 4, n. 2, p. 79-95. 2010.

DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo. ¿Son parte del bloque de constitucionalidad los principales tratados internacionales de derechos humanos de la ONU en Chile? Del texto positivo a la aplicación en tribunales de justicia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, Brasil, v. 9. n. 1, p. 152-171. 2019.

DÍAZ FUENZALIDA, Juan Pablo. Un aporte a la protección de los derechos humanos en Latinoamérica: la actividad del *Ombudsman Criollo* en tribunales de justicia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9. n. 2, p. 493-511. 2019.

DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Expulsion of aliens: the application of International Law by Chilean superior courts. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, Brasil, v. 17, n. 2, pp. 308-330. 2020.

ESPAÑA. Defensor del Pueblo. *Celíacos*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/celíacos/>. Acceso: 16 oct. 2020.

ESPAÑA. Defensor del Pueblo. *Comunidad gitana*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/gitanos/>. Acceso: 16 oct. 2020.

ESPAÑA. Defensor del Pueblo. *Crisis económica e insolvencia personal*: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo, Madrid, octubre, 2013.

ESPAÑA. Defensor del Pueblo. *Deudores hipotecarios*. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/deudores-hipotecarios/>. Acceso: 16 oct. 2020.

ESPAÑA. Defensor del Pueblo. *Encuesta a personas celíacas*: Primeros resultados, 28 de julio de 2016. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/encuesta-a-personas-celíacas-primeros-resultados-2/>. Acceso: 16 oct. 2020.

ESPAÑA. Defensor del Pueblo. *Grupos sociales*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/>. Acceso: 16 oct. 2020.

ESPAÑA. Defensor del Pueblo. *La Defensora del Pueblo habla sobre Víctimas del Terrorismo, Conferencia de 3 de mayo de 2016 en Forum Europa*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/05/Forum-Europa-06-Victimas-del-terrorismo-con-titulo.mp4>. Acceso: 16 oct. 2020.

ESPAÑA. Defensor del Pueblo. *La realidad catastral en España*: perspectiva del Defensor del Pueblo, Madrid, marzo, 2012.

ESPAÑA. Defensor del Pueblo. *Víctimas del terrorismo*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/grupo-social/victimas-del-terrorismo/>. Acceso: 16 oct. 2020.

ESPAÑA. Defensor del Pueblo. *Viviendas protegidas vacías*, Madrid, marzo, 2013.

ESPAÑA. Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de España. Población y Sociedad Rural. *Análisis y Prospectiva*. Serie Agrinfo, n. 12, 2009. Disponible en: [http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/servicios/analisis-y-prospectiva/Agrinfo12\\_tcm7-161562.pdf](http://www.magrama.gob.es/es/ministerio/servicios/analisis-y-prospectiva/Agrinfo12_tcm7-161562.pdf). Acceso: 16 oct. 2020.

ESPINOSA MUNGUÍA, María Socorro; CALZONCIT, José Luis; VALDEZ HUERTA, María del Rosario. Los Trabajadores Sociales ¿Un grupo vulnerable? En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús; TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles; LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coord.). La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad, México: Universidad Autónoma de Coahuila, 2012. p. 10-33.

- ESQUEMBRE CERDÁ, María del Mar. Feminismo y constitucionalismo crítico. En: GARCÍA HERRE-RA, Miguel Ángel, ASENSI SABATER, José y BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (directores) *Constitucionalismo Crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, España, v. 1, p. 391-402. 2016.
- FIAN INTERNACIONAL. *Los campesinos y las campesinas necesitan mayor protección*. 2012. Disponible en: [http://www.fian.org/fileadmin/media/publications/2012.09.03\\_-\\_Advocacy\\_note\\_-\\_Peasants\\_need\\_more\\_protection\\_SP.pdf](http://www.fian.org/fileadmin/media/publications/2012.09.03_-_Advocacy_note_-_Peasants_need_more_protection_SP.pdf). Acceso: 8 sep. 2016.
- FUNDACIÓN SECRETARIADO GENERAL GITANO. *Observatorio 02*. Empleo y Comunidad Gitana, Madrid, 2003.
- GARCEZ CALIL, Mário Lúcio y MARKMAN, Debora. Direito, raça e gênero: elementos para a construção de uma teoria feminista do direito adequada ao feminismo negro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10. n. 2, p. 173-195, 2020.
- GÓNZALEZ PÉREZ, Luis Raúl. El sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México. *Revista Ius*, Puebla, México, v. 5, n. 28, p. 99-122, 2011.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*, 6. ed. México: Mcgraw-Hill, 2013.
- IRIARTE, Daniel. *El mapa de los gitanos: una población que conecta España con Rusia*, 27 de octubre de 2013. Disponible en: [http://www.elconfidencial.com/mundo/2013-10-27/el-mapa-de-los-gitanos-una-poblacion-que-conecta-espana-con-rusia\\_46284/](http://www.elconfidencial.com/mundo/2013-10-27/el-mapa-de-los-gitanos-una-poblacion-que-conecta-espana-con-rusia_46284/) Acceso: 16 oct. 2020.
- JASSO OYERVIDES, Martha Virginia y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz. La calidad de vida de los niños en la calle. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, pp. 172-190. 2012.
- LAFUENTE, Javier. Colombia abre nueva era al lograr un acuerdo de paz con las FARC tras 52 años de guerra, 25 de agosto de 2016. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/08/24/colombia/1472064662\\_537059.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/08/24/colombia/1472064662_537059.html) Acceso: 16 octubre 2020.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Editorial Ariel, Barcelona. 2000.
- LOSANO MALDONADO, María Cecilia y GARCÍA HORTA, José Baltazar. El joven marginal y la educación formal. Reflexiones en torno a la inclusión y la equidad educativa. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús, TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles y LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coordinadores). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, pp. 89-104. 2012.
- MACÍAS LEÓN, Almudena. Gitanos europeos: ¿Ciudadanos de tercera? En: GARCÍA CASTAÑO, Francisco Javier y KRESSOVA, Nina (coordinadores). *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, pp. 957-966. 2011.
- MESTRIES, Francis. Los desplazados internos forzados: refugiados invisibles en su propia patria. *El Cotidiano*, Distrito Federal, México, n. 183, pp. 17-25. 2014.
- MÉXICO. Comisión de Derechos Humanos del Estado de Hidalgo. Grupos vulnerables. Disponible en: <http://www.cdhhgo.org/home/images/pdf/GRUPOS%20VULNERABLES%20WEB.pdf> Acceso: 29 agosto 2016.
- MÉXICO. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Diagnóstico de las Condiciones de Vulnerabilidad que Propician la Trata de Personas en México, 2009. Disponible en: [http://www.iberopuebla.mx/micrositios/observatorioviolencia/bibliotecavirtual/genero\\_%20y\\_violencia/2diagnostico\\_trata\\_de\\_personas\\_ceidas\\_cndh.pdf](http://www.iberopuebla.mx/micrositios/observatorioviolencia/bibliotecavirtual/genero_%20y_violencia/2diagnostico_trata_de_personas_ceidas_cndh.pdf) Acceso: 29 agosto 2016.

NACIONES UNIDAS. A/RES/48/134 el 20 de diciembre de 1993, Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/Res\\_48-134\\_UN.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Res_48-134_UN.pdf) Acceso: 01 marzo 2021.

NACIONES UNIDAS. Principios rectores de los desplazamientos internos, 1998. Disponible en: [http://www.acnur.es/PDF/0022\\_20120416132756.pdf](http://www.acnur.es/PDF/0022_20120416132756.pdf) Acceso: 26 agosto 2016.

NACIONES UNIDAS. Protección de los más vulnerables, 2013. Disponible en: <http://www.un.org/es/humanitarian/overview/protection.shtml> Acceso: 18 agosto 2016.

ONOFRE RODRÍGUEZ, Dora Julia y CABELLO GARZA, Martha Leticia. Vulnerabilidad social en Adolescentes con Síndrome Metabólico. “Un problema mundial de índole social”. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús; TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles; LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coord.). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, 2012. p. 164-171.

OYERVIDES VALDÉS, Lourdes. Un México Maduro y Enfermo Bucalmente. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús; TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles; LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coords.). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, p. 265-288, 2012.

PEREDO, Marcela. La constitucionalización del derecho a la defensa de las víctimas en Chile. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10. n. 1, p. 285-312, 2020.

PERÚ. Defensoría del Pueblo. *Fortaleciendo la respuesta frente a la epidemia del VIH/Sida: Supervisión de los servicios de prevención, atención y tratamiento del VIH/Sida*. Informe defensorial N° 89. 2005.

PERÚ. Defensoría del Pueblo. *Grupos de especial protección*. Disponible en <http://www.defensoria.gob.pe/>. Acceso: 16 oct. 2020.

PERÚ. Defensoría del Pueblo. *La infección de ocho pacientes con VIH por transfusión de sangre donada en el Instituto Especializado Materno Perinatal*. Informe defensorial N° 143. 2009.

PERÚ. Defensoría del Pueblo. *Personas que viven con VIH*. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/grupos-eatencion.php?des=16>. Acceso: 16 oct. 2020.

PERÚ. Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. *Cuadros Estadísticos de Población Total, Urbana y Rural, por Sexo, según Departamento, 2000-2015*. Disponible en: [http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0844/cap02\\_1.htm](http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0844/cap02_1.htm). Acceso: 16 oct. 2020.

PERÚ. Instituto Nacional de Estadísticas e Informática. Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población Urbana y Rural por Sexo y Edades Quinquenales, Según Departamento, 200-2015, *Boletín Especial* N° 19, diciembre 2009, Lima. Disponible en: <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0844/libro.pdf>. Acceso: 16 oct. 2020.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Discapacitado*. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=DrrzNuK>. Acceso: 16 oct. 2020.

REQUEJO CONDE, Carmen. Víctimas especialmente vulnerables. Tratamiento penal. En: Good practices for protecting victims. *Inside and outside the criminal process*. 2016. Disponible en: <http://www.protectingvictims.eu/upload/pages/67/Victimas.it.en.pdf>. Acceso: 16 oct. 2020.

REYES, David de Jesús; AMADOR CORREDOR, Sandra R.; CHÁVEZ VALERIO, Cecilia G. Adolescencia y embarazo: supuestos e implicaciones en su estudio como grupo vulnerable. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús; TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles; LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coords.). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, 2012. p. 219-230.

ROCCATTI, Mireille. Los derechos de los indígenas en la legislación mexicana e investigación de violaciones a Derechos Humanos en comunidades indígenas. En: UNIVERSIDAD ALCALÁ DE HENARES. *El Fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano*. 1999.



ROSAS VARGAS, Roció; JASSO MARTÍNEZ, Ivy Jacaranda; HUACUZ ELÍAS, Guadalupe. Mujeres indígenas y violencia de género en Michoacán. En: ACEVEDO ALEMÁN, Jesús; TRUJILLO PÉREZ, María de los Ángeles; LÓPEZ SAUCEDO, María de la Luz (coords.). *La problemática de los grupos vulnerables: Visiones de la realidad*, México, p. 150-163, 2012.

SALGADO DE SNYNER, V. Nelly; GONZÁLEZ VÁSQUEZ, Tonatiuh; BOJORQUEZ CHAPELA, Letza; INFANTE XIBILE, César. Vulnerabilidad social, salud y migración México-Estados Unidos. *Salud Pública de México*, Cuernavaca, México, v. 49, p. 8-10, 2007.

SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n. 14, p. 317-358, 2011.

SOL DE PANDO. *Bolivia es el país más indígena de América Latina*. 9 ago. 2015. Disponible en: <http://www.soldepando.com/httpwww-soldepando-comp26343/>. Acceso: 16 oct. 2020.

JAMBERSI, Karoline Strapasson; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves. Orçamento para os direitos das crianças e adolescentes em Curitiba: plano e execução. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10. n. 1, p. 223-234, 2020.

TORO-ALFONSO, José. El Estado Actual de la Investigación Sobre la Discriminación Sexual. *Terapia psicológica*, Santiago, Chile, v. 30, n. 2, p. 71-76, 2012.

VALLEJO NIETO, Mirna Isela, GURRI GARCÍA, Francisco Delfín, MOLINA ROSALES, Dolores Ofelia. *Política y cultura*, México, n. 36, p. 71-98, 2011.

VEGA ANGARITA, O. M.; GONZÁLEZ ESCOBAR, D. S. Apoyo social: elemento clave en el afrontamiento de la enfermedad crónica. *Enfermería Global*, España, n. 16, p. 1-11, 2009.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel. Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En: GODÍNEZ MÉNDEZ, Wendy; GARCÍA PEÑA, José (coords.). *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas, 40 años de vida académica. Homenaje a Jorge Witker*, México, 2015. p. 921-953.

VITE PÉREZ, Miguel Ángel. La discapacidad en México desde la vulnerabilidad social. *Polis*, México, v. 8, n. 2, p. 153-173, 2012.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**El sufragio electrónico como alternativa al sufragio tradicional:** luces y sombras de un debate recurrente

**The electronic suffrage as an alternative to the common one:** lights and shadows of a circular debate.

David Almagro Castro

Felipe Ignacio Paredes Paredes

Edgardo Lito Andres Cancino

# El sufragio electrónico como alternativa al sufragio tradicional: luces y sombras de un debate recurrente

## The electronic suffrage as an alternative to the common one: lights and shadows of a circular debate.

David Almagro Castro\*\*

Felipe Ignacio Paredes Paredes\*\*\*

Edgardo Lito Andres Cancino\*\*\*\*

### Resumen

El presente artículo de investigación analiza los beneficios e incertidumbres que conlleva la implantación del sufragio electrónico como herramienta de modernización e incremento de la participación electoral. Este análisis se desarrolla utilizando una metodología doble: el análisis dogmático y la praxis que nos ofrece el recurso, parcial por cuestiones de oportunidad, al Derecho comparado brasileño y estonio. Como conclusiones principales puede afirmarse que el análisis de las características y los tipos de sufragio electrónico revelan la existencia de ciertas ventajas plausibles que, por el contrario, no parecen compensar los riesgos relativos a posibles vulneraciones de algunas características estructurales del sufragio.

**Palabras Claves:** Derecho de sufragio activo. Sufragio electrónico. Participación electoral. Democracia.

### Abstract

The current paper develops an investigation concerning the benefits and drawbacks about the implementation of the electronic suffrage as a tool for modernizing and reinforce the electoral participation. In order to achieve the main goal, we will use a combined methodology: a dogmatic analysis as well as the empirical results provided by using the comparative law in Brazil and Estonia. As main result, it seems obvious that the undeniable benefits of the electronic suffrage are fewer to the uncertainties and risks related with a more than possible violation of some key notes of the right to vote.

**Keywords:** Right to vote. Electronic suffrage. Electoral participation. Democracy

\* Recibido em 08/03/2021  
Aprovado em 09/03/2021

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla y PUCRS. Profesor Adjunto, Universidad Austral (Chile).  
E-mail: davalmagrocastro@gmail.com

\*\*\* Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra. Profesor Auxiliar, Universidad Austral (Chile).  
E-mail: davalmagrocastro@gmail.com

\*\*\*\* Docente de Clínica Jurídica, Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Administrativas, Universidad Católica de Temuco. Magíster en Derecho Público de la Universidad Católica de Temuco.  
E-mail: ecancino2013@alu.uct.cl

# 1 Introducción

La discusión académica sobre los beneficios e incertidumbres que conlleva sustituir el sufragio tradicional por el sufragio electrónico puede considerarse un debate de ida y vuelta en el mundo académico y con puntual eco en los operadores políticos. El centro del debate gira en torno a la cuestión de si la implantación del sufragio electrónico mejoraría el normal desarrollo de los procesos electorales, incrementaría la participación electoral y resguardaría las características básicas del derecho de sufragio en su conjunto. En este sentido, la irrupción de la COVID-19 ha producido un verdadero seísmo en materia de reconfiguración de derechos fundamentales y, obviamente, el derecho de sufragio no es una excepción.

Afirmar que el sufragio electrónico tiene el potencial de dinamizar la participación electoral y garantizar las características básicas inherentes al ejercicio del derecho de sufragio activo exige el análisis de su naturaleza jurídica, de sus características esenciales y los posibles efectos que su sustitución por el modelo electrónico tendría sobre las características esenciales del derecho de sufragio tal y como es reconocido en práctica unánimemente de los sistemas democráticos actuales.

El análisis dogmático anteriormente referido se completa con el estudio de dos experiencias empíricas de Derecho comparado en materia de sufragio electrónico: Brasil y Estonia. Como se verá, una y otra arrojan luces y sombras. La propuesta metodológica se completa con el estudio de las garantías básicas del derecho fundamental de sufragio, dirigida a verificar el grado de cumplimiento de las mismas asociado a una hipotética implantación del sufragio electrónico.

## 2 El derecho de sufragio: notas esenciales

Cualquier sistema político que se defina como democrático lleva aparejado consigo el reconocimiento del derecho de sufragio como elemento estructurante del sistema en general y de las instituciones representativas estatales en particular. Es a través de su ejercicio como los ciudadanos participan e intervienen directa e indirectamente en la producción normativa y algunas decisiones propias de los asuntos públicos<sup>1</sup>. Dicho en otros términos: el sufragio se configura *prima facie* como un instrumento por el cual los ciudadanos pueden expresar sus preferencias, participar en la decisión de los asuntos políticos y generar representación<sup>2</sup>. Este punto de partida, insoslayable, no impide afirmar que la concepción del sufragio en el sistema democrático no ha de obedecer a una visión meramente instrumental o funcional del mismo. Su innegable carácter de derecho fundamental exige realizar una aproximación sucinta a su compleja naturaleza jurídica.

Como es bien sabido, el derecho de sufragio encuentra en las revoluciones político-burguesas de fines del siglo XVIII sus fundamentos epistemológicos modernos. La Revolución francesa, en efecto, produjo un desplazamiento del poder político desde la figura del monarca hacia la Nación como titular último de dicho poder. Su definición como ente abstracto incapaz de ejercer el poder soberano por sí mismo trajo consigo el germen de la teoría de la representación moderna, entendida como acto de delegación del poder soberano en un conjunto de representantes elegidos a través del derecho de sufragio que, en su formulación originaria, sería censitario.

En este contexto de cambio de paradigma en la residencia y organización del poder político se originaría y consolidaría con el paso de las décadas la discusión moderna sobre la naturaleza jurídica del sufragio. Dos serían las concepciones elementales: a) el sufragio como derecho por antonomasia del pueblo titular del poder político; b) el sufragio como medio a través del cual se daba cumplimiento a la obligación que genera la titularidad de la soberanía nacional. Esta discusión sentaría las bases de la comprensión futura del sufragio como derecho o como función; el correr de las décadas abriría paso a una tercera postura, calificable de ecléctica, que

<sup>1</sup> PAREDES, Felipe. *Teoría Constitucional y Bases de la Institucionalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p.185.

<sup>2</sup> CARRO, Antonio. *Derecho Político*. Madrid: Editorial Universidad de Madrid, 1959. p. 355.

haría del sufragio un derecho-deber. Esta posición se consolidaría durante el siglo XX y tendría su expresión en no pocas Constituciones del último tercio del siglo XX. Valga como ejemplo su presencia mayoritaria en textos constitucionales del ámbito sudamericano como Brasil, Ecuador, Bolivia, Argentina, etc...

La concepción del sufragio como derecho encuentra sus orígenes en la teoría de la soberanía popular elaborada por Rousseau que, como es sabido, se hallaba compuesta por tantas fracciones como ciudadanos tuviere el Estado y que se expresaría a través del sufragio<sup>3</sup>. El marcado carácter liberal de esta teoría llevaría aparejada la comprensión del sufragio como derecho individual absoluto, de oposición frente al poder estatal y expresión de la libertad personal de sus titulares. Por esta razón, su ejercicio no podría ser obligatorio<sup>4</sup>.

Por su parte, el sufragio como función pública se construiría sobre la base de la Nación como titular de la soberanía y el Estado como titular de todas las funciones y potestades públicas. En este sentido, el sufragio es solo parte de las potestades del Estado y su ejercicio por los ciudadanos es un acto obligatorio que garantiza la renovación periódica de las instituciones. De esta forma, y por oposición a la teorización anterior, el sufragio no sería considerado un derecho individual ni una libertad de la cual son titulares todos los individuos<sup>5</sup>. El sufragio como función tendría, por el contrario, carácter restringido y se reservaría a las personas que cumplieren ciertas condiciones<sup>6</sup>. En este marco intelectual el pueblo, ente carente de poder, se convierte en un simple órgano del Estado que debe cumplir una función pública a través del ejercicio del sufragio en la forma dispuesta por la Constitución y las leyes<sup>7</sup>.

Como síntesis de las teorías anteriores surgiría una noción dualista del sufragio según la cual el elector es titular de un derecho y sujeto investido de una función pública. El derecho corresponde al reconocimiento del estatus de ciudadano, siendo el elector titular de un derecho garantizado por el ordenamiento jurídico que le permite votar y presentarse como candidato en la medida que cumpla los requisitos exigidos por la ley. Por su parte, la función es el poder otorgado a un individuo que, teniendo la calidad de ciudadano, es llamado a ejercer una función pública<sup>8</sup>. En esta concepción el sufragio, con independencia de su modalidad o periodicidad, es un derecho y un deber que se inserta dentro de los derechos políticos de los ciudadanos, instrumentos a través de los cuales participan de los asuntos públicos en el Estado<sup>9</sup>.

Situándonos en el marco del Estado democrático como forma natural y mayoritaria de organización del poder político, dos son las consecuencias lógicas que se siguen: a) la condición del principio democrático como elemento estructurante del mismo; b) la participación política elemento nuclear de la legitimidad de las instituciones representativas estatales<sup>10</sup>. Esta comprensión de la fundamentación y organización del poder político trae consigo la caracterización mayoritaria del sufragio como derecho fundamental<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> HERRERA, Edgar; VILLALOBOS, Enrique. Sufragio y Principio democrático: Consideraciones sobre su existencia y vinculación. *Revista de Derecho Electoral*, n. 1, p. 89-108, primer semestre 2006.

<sup>4</sup> Sierra, Lucas. El Voto como Derecho: Una Cuestión de Principios. Em: Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; Viera-Gallo, José; Walker, Ignacio (ed.). *Modernización del Régimen Electoral Chileno*. Santiago de Chile-CIEPLAN, 2007. p. 157-181. Disponible en: <https://www.cieplan.org/wp-content/uploads/2019/12/Modernizacion-del-regimen-electoral-chileno.pdf>. Acceso: 05 mar. 2021. En el mismo sentido SOTO, Francisco. Reflexiones sobre el voto obligatorio. *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, p. 339-351, 2018.

<sup>5</sup> URBINA, Francisco. Derecho de Sufragio: La debatida cuestión de su obligatoriedad. *En Estudios Constitucionales*, v. 7, n. 1, p. 361-384, 2009.

<sup>6</sup> GÁLVEZ, Luis. El Derecho de Sufragio en el Siglo XX. *En Derechos y Libertades de la Universidad Carlos III de Madrid*, n. 31, p. 163-189, jun. 2014.

<sup>7</sup> ARAGÓN, Manuel. Derecho de sufragio: principio y función. En: NOHLEN, Dieter; ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José (comp.). *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007. p. 162-173.

<sup>8</sup> DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Librería F. Beltrán, 1926. p. 135. (Traducción, prólogo y apéndice de ACUÑA, José).

<sup>9</sup> En este sentido, es interesante señalar que existe una variante de la concepción clásica de sufragio como derecho- función elaborada por la doctrina italiana y que considera el sufragio como un derecho corporativo cuyo ejercicio es de carácter colectivo y en esencia público.

<sup>10</sup> PRESNO, Miguel. El derecho de voto como derecho fundamental. *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, n. 2, p. 109-151, jul./dic. 2012.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 40. Traducción de DE CABO, Anto-

El contenido del derecho fundamental de sufragio faculta a los ciudadanos para que intervengan en la adopción de las decisiones políticas y en la formación de las normas a través de las que se expresa la voluntad popular<sup>12</sup>. En este sentido, el derecho de sufragio se concibe desde una doble perspectiva: en su dimensión subjetiva, como la libertad que tienen los ciudadanos para participar en la articulación de la voluntad estatal; desde una perspectiva objetiva, como un elemento de legitimidad del sistema político democrático<sup>13</sup>. Es en este punto donde se pone de manifiesto la complejidad de la naturaleza del sufragio. Por una parte, se trata de un derecho individual que corresponde a cada uno de los ciudadanos. Por otra, es también un derecho con una clara dimensión institucional que se ejerce colectivamente con la finalidad de reconocer la voluntad de un pueblo que, a la postre, legitima las decisiones en un Estado democrático<sup>14</sup>.

La renovación del circuito de legitimidad propio del sistema democrático requiere del equilibrio entre las perspectivas subjetiva y objetivo-institucional del sufragio<sup>15</sup>; de lo contrario, se desnaturalizaría el derecho y se condicionaría su naturaleza jurídica auténtica. Bajo el pretexto de asegurar mayores niveles de participación se podría afectar la cláusula de esencialidad de este derecho fundamental o bien, buscando garantizar la libertad personal de los *free riders*, se podría debilitar el sistema democrático<sup>16</sup>. Esta es la lógica bajo la cual debe ser comprendida la compleja naturaleza del sufragio como derecho. Paralelamente, deben descartarse las concepciones que condicionan la naturaleza jurídica del voto a la obligatoriedad o voluntariedad de su ejercicio al no ser características relevantes en la delimitación de su contenido<sup>17</sup>.

En esencia, el derecho fundamental de sufragio garantiza la participación política libre e igualitaria de los ciudadanos con la finalidad de que sus preferencias en los procesos electorales sean garantizadas por el ordenamiento jurídico<sup>18</sup>. Su radio de acción no cubre todas las expresiones propias de la participación política, circunscribiéndose a la facultad que tienen los ciudadanos de elegir representantes públicos, la adopción de determinadas decisiones políticas, la participación en la formación de la ley y la posibilidad – mediatizada ampliamente por los partidos – de concurrir a las elecciones como candidatos<sup>19</sup>. En este contexto, garantizar el libre ejercicio de la participación política conlleva que el derecho de sufragio genere obligaciones de carácter jurídico al Estado, quien debe proporcionar las condiciones y mecanismos para que los ciudadanos puedan participar en elecciones periódicas y libres. De igual forma, y como complemento de la obligación anterior, debe abstenerse de realizar actuaciones que pongan en entredicho el libre ejercicio del sufragio en su doble vertiente activa y pasiva<sup>20</sup>.

Sobre las obligaciones prestacionales que el derecho de sufragio exige del Estado, su condición de derecho constitucionalmente reconocido le hace acreedor de una jerarquía normativa superior en el ordenamien-

---

nio y PISARELLO, Gerardo.

<sup>12</sup> PRESNO, Miguel. El derecho de voto como derecho fundamental. *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, n. 2, p. 109-151, jul./dic. 2012.

<sup>13</sup> ARAGÓN, Manuel. Derecho de sufragio: principio y función. En: NOHLEN, Dieter; ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José (comp.). *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007.

<sup>14</sup> Gálvez, Luis. El Derecho de Sufragio en el Siglo XX. *En Derechos y Libertades de la Universidad Carlos III de Madrid*, n. 31, p. 163-189, jun. 2014.

<sup>15</sup> ARAGÓN, Manuel. Derecho de sufragio: principio y función. En: NOHLEN, Dieter; ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José (comp.). *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007.

<sup>16</sup> CHUAQUI, Tomás. Participación Electoral Obligatoria: Una Defensa. Em: Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; Viera-Gallo, José; Walker, Ignacio (ed.). *Modernización del Régimen Electoral Chileno*. Santiago de Chile-CIEPLAN, 2007, p. 183-203. Disponible en <https://www.cieplan.org/wp-content/uploads/2019/12/Modernizacion-del-regimen-electoral-chileno.pdf>. Acceso: 05 mar. 2021.

<sup>17</sup> MARSHALL, Pablo. El derecho y la obligación de votar. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. XXII, p. 77-91, jul. 2009.

<sup>18</sup> PRESNO, Miguel. El derecho de voto como derecho fundamental. *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, n. 2, p. 109-151, jul./dic. 2012.

<sup>19</sup> Presno, Miguel. *El Derecho de Voto*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 113.

<sup>20</sup> MARSHALL, Pablo. El derecho y la obligación de votar. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. XXII, p. 77-91, jul. 2009.

to jurídico, de forma que su regulación normativa está sujeta al principio de reserva legal<sup>21</sup>. En otras palabras: los mecanismos de preparación, realización y calificación de elecciones, plebiscitos, referendos y toda otra actividad prestacional destinada a garantizar la participación política de los ciudadanos debe ser desarrollada por el Estado en virtud de una ley en sentido formal<sup>22</sup>.

Finalmente, el carácter fundamental del sufragio exige que la configuración normativa que el legislador realice sobre su contenido se halle limitada por la garantía constitucional del contenido esencial como límite a la acción reguladora y limitadora del legislador. Baste nombrar en este punto la imposibilidad de establecer legalmente la obligación de votar u otras prerrogativas que atenten contra el sufragio universal y el principio democrático<sup>23</sup>. Dicho en términos directos: en su acción reguladora y limitadora, el legislador solo podría disponer del contenido abstracto del sufragio en los términos previstos y autorizados por la Constitución, respetando en todo momento la cláusula de esencialidad del derecho<sup>24</sup>.

### 3 La importancia del sufragio en el marco del Estado democrático

El derecho de al sufragio ha sido conceptualizado tradicionalmente como un mero derecho político y, consecuentemente, como una suerte de derecho de segunda categoría frente a otros derechos fundamentales imbuidos de mayor prestigio. Por el contrario, la noción de democracia agregativa hace del sufragio un derecho fundamental *stricto sensu* y epicentro de la articulación de la actual democracia representativa. Dicho de otra forma: sin la existencia y normal ejercicio del derecho fundamental de sufragio no es posible hablar de democracia ni, en consecuencia, de Estado democrático<sup>25</sup>.

El sufragio se configura como expresión básica de la libertad de los ciudadanos en el Estado democrático al permitir la participación política ciudadana en la conformación del orden social, proceso en virtud del cual se produce la identificación entre pueblo gobernante y pueblo gobernado<sup>26</sup>. Por medio del sufragio, los ciudadanos logran canalizar sus intereses y expectativas políticas hacia el Estado, posibilitando que la comunidad se autodetermine y decida sobre su propia orientación política; la ciudadanía supera, de esta forma, su rol de subordinación frente al Estado y la sustituye por un protagonismo —en la conformación de la voluntad popular, en las decisiones que adopten los órganos representativos y en las normas a las que estarán sometidos, eso sí, con diferentes manifestaciones e intensidades. El ejercicio del derecho fundamental de sufragio hace posible la conversión de la voluntad del pueblo en la voluntad del Estado, aproximando la realidad fáctica a una premisa básica de y en democracia: lograr el gobierno del pueblo y por el pueblo.

La complejidad de los Estados modernos y de los asuntos públicos requiere, para los adeptos de una visión conservadora, netamente representativa y elitista de la democracia que un alto porcentaje de las decisiones deban ser adoptadas por un grupo de profesionales de la política<sup>27</sup>. En consecuencia, la autodeterminación política del pueblo requiere de mecanismos de representación de los diversos intereses presentes en la sociedad. El más común es aquel por el cual los ciudadanos eligen un grupo de representantes públicos

<sup>21</sup> Solozábal, Juan. Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 4, ago. 2016.

<sup>22</sup> Solozábal, Juan. La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 70, p. 127-160, 2004.

<sup>23</sup> Solozábal, Juan. La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 70, p. 127-160, 2004.

<sup>24</sup> PRESNO, Miguel. El derecho de voto como derecho fundamental. *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, n. 2, p. 109-151, jul./dic. 2012.

<sup>25</sup> PAREDES, Felipe. *Teoría Constitucional y Bases de la Institucionalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 185.

<sup>26</sup> Kelsen, Hans. *Compendio de Teoría general del Estado*. [S.l.]: Colofón, 1992. p. 224-225. (Traducción de Recaséns, Luis y de Ascárte, Justino).

<sup>27</sup> Bobbio, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica de México, 1986. p. 33. (Traducción de Fernández, José).

mediante el mecanismo de las elecciones periódicas, libres y competitivas. No resulta muy complejo deducir que esta noción de autogobierno, si puede llamarse así, es esencialmente reduccionista al quedar circunscrita a la elección de las autoridades conforme al principio mayoritario en las elecciones<sup>28</sup>.

Al ejercer la ciudadanía el derecho fundamental de sufragio se posibilita la elección de los representantes públicos, quienes asumen el rol de representación de las diferentes sensibilidades políticas existentes en la sociedad. De esta forma se genera y renueva periódicamente el circuito del gobierno representativo<sup>29</sup>; el sufragio produce, en consecuencia, el efecto jurídico de representación en el proceso de autodeterminación política de los ciudadanos de acuerdo a la lógica procesal inherente a las democracias que exige la renovación periódica de los representantes políticos<sup>30</sup>.

Ahora bien, la representación que se deriva del ejercicio del derecho fundamental de sufragio no se inscribe en la lógica del mandato imperativo en el que los representantes actúan como meros mandatarios de los intereses privados de sus electores. Por el contrario, la representación popular que emana del sufragio es aquella en que los representantes actúan por cuenta de la Nación, bajo los límites establecido por la ley y la Constitución Política<sup>31</sup>. De esta forma, la *accountability* de los representantes públicos se posibilita mediante los controles normativos y políticos que establezca el ordenamiento jurídico. Tratándose de cargos de elección transitorios, como no puede ser de otra forma en democracia, los electores evaluarán su desempeño finalizado su respectivo período<sup>32</sup>. Este *modus operandi* hace de la naturaleza jurídica de la representación una relación de confianza entre los ciudadanos y representantes con elementos objetivos determinados por la responsabilidad y el control político sobre estos últimos<sup>33</sup>.

Por otra parte, el sufragio no solo produce representatividad en el espectro político. El prestigio de la democracia representativa también se sustenta en la legitimidad derivada de la participación política de los ciudadanos en los diferentes procesos electorales, entendidos como instancias en que los ciudadanos de manera libre e igualitaria ejercen el poder político del cual son titulares<sup>34</sup>. La legitimidad hace posible que las decisiones adoptadas por los representantes del pueblo se fundamenten en el hecho de haber sido elegidos por los ciudadanos como titulares del poder<sup>35</sup>.

Como corolario de lo anterior, puede afirmarse que la legitimidad democrática presupone el reconocimiento del derecho de sufragio a los ciudadanos con una finalidad específica: su ejercicio en elecciones libres y periódicas en las cuales se logren los consensos de la comunidad nacional para la posterior toma de decisiones públicas revestidas de aceptación al haber sido previamente validadas por la ciudadanía<sup>36</sup>.

<sup>28</sup> Marshall, Pablo. El derecho a votar desde el extranjero. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. XXIV, n. 2, p. 139-161, dic. 2011.

<sup>29</sup> Sieyes, Emmanuel. *¿Qué es el tercer Estado?* [S.l.]: Omegalfa, 2019. p. 61. Traducción en Clásicos de Historia.

<sup>30</sup> Sebastián, Luis. Reflexiones sobre democracia y representación. El sistema electoral valenciano. En: Nicasio, Blanca y Pérez, Marta (ed.). *Defender la Democracia. Estudios sobre la calidad democrática, buen gobierno y lucha contra la corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 45-60.

<sup>31</sup> Bastida, Francisco. Elecciones y Estado democrático de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 32, p. 115-134, 1991.

<sup>32</sup> López, José; de Santiago, Monserrat. Significado y función del derecho de sufragio en la actividad electoral de un Estado democrático. *Revista Novum Jus*, v. 12, n. 1, p. 59-82, ene./jun. 2018.

<sup>33</sup> Sebastián, Luis. Reflexiones sobre democracia y representación. El sistema electoral valenciano. En: Nicasio, Blanca y Pérez, Marta (ed.). *Defender la Democracia. Estudios sobre la calidad democrática, buen gobierno y lucha contra la corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 45-60.

<sup>34</sup> Marshall, Pablo. Elecciones representativas y legitimidad democrática: una mirada desde las concepciones normativas de la democracia. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. XXX, n. 2, p. 275-299, dic. 2017.

<sup>35</sup> García, María. *Elementos de Derecho Electoral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 23.

<sup>36</sup> Bobbio, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. México DF: Fondo de Cultura Económica de México, 1986. p. 33. Traducción de Fernández, José.



## 4 El sufragio electrónico: aspectos generales

El reconocimiento, identificación y aceptación de determinadas categorías jurídicas por una determinada comunidad es un proceso dinámico que admite variaciones y mutaciones progresivas en atención a los cambios que experimentan las sociedades democráticas de forma natural<sup>37</sup>. Este dinamismo epistemológico afecta al derecho de sufragio que, como puede fácilmente deducirse, se encuentra supeditado por factores políticos, legales, electorales, sociológicos y tecnológicos que pueden condicionar y redefinir su contenido y alcance<sup>38</sup>.

En este punto, el estado de avance tecnológico característico de la sociedad de la información y del conocimiento permite valorar la conveniencia de sustituir el sufragio tradicional basado en las papeletas o cédulas electorales por el sufragio electrónico como herramienta de modernización y perfeccionamiento de las instituciones democráticas. Dicho en términos directos: se trata de analizar si la aplicación de Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante, TIC) en los procesos electorales podría suponer un cambio de paradigma en la forma en que tradicionalmente se ha ejercido el derecho fundamental de sufragio<sup>39</sup>.

La inclusión de la tecnología en los procesos electorales se debe sistematizar en tres niveles diferentes en función del mayor o menor nivel de penetración de las TIC en el proceso electoral<sup>40</sup>. Esta circunstancia imposibilita establecer un concepto general de sufragio electrónico al estar condicionado a una mayor o menor inserción de la tecnología en el sistema de votación. El sufragio electrónico es, como ya se deslizó al inicio de este apartado, un concepto dinámico como la propia tecnología, no limitado a la acción de votar por medio de dispositivos electrónicos; debe, por el contrario, considerar la aplicación de TIC en las diversas etapas que conforman el proceso electoral.

Los niveles de inserción tecnológica en las elecciones son, como ya hemos indicado, diferentes en función de la naturaleza del proceso electoral. En un primer estadio se encuentran los sistemas de votación con baja o nula penetración de TIC en los que el elector no tiene una vinculación directa con los medios o dispositivos tecnológicos; en este escenario, es la papeleta o cédula introducida manualmente en la urna o perforada el elemento sometido a los mecanismos tecnológicos de recuento y procesamiento de información<sup>41</sup>. En este nivel se considera que la inscripción, identificación y votación de los electores se realiza de forma manual, teniendo el recuento de votos y procesamiento de datos carácter electrónico<sup>42</sup>. Como es fácilmente deducible, es esta la etapa de tecnificación en la que se encuentran inmersos la mayoría de los sistemas de votación. Hablamos, en consecuencia, de los sistemas tradicionales de papel, de los sistemas de votación mediante tarjeta perforada<sup>43</sup> y los mecanismos de voto mediante aparato lector<sup>44</sup>.

En el segundo nivel de tecnificación se incluye el registro electrónico de los electores, su autenticación y el conteo electrónico de los votos<sup>45</sup>. En este escenario, la acción de votar se realiza por medio de diferentes

<sup>37</sup> Barrientos, Fernando. Dimensiones discursivas en torno al voto electrónico. *Revista de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile*, v. 27, n. 1, p. 111-131, 2007.

<sup>38</sup> Tula, María Inés. Democracia, elecciones y nuevas tecnologías. El voto electrónico. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública, Universidad de Guanajuato*, v. 1, n. 2, p. 9-21. jul./dic. 2012.

<sup>39</sup> González, Luis. Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia (I). *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 74, p.163-209, ene./abr. 2009.

<sup>40</sup> Aleuy, Mahmud. La votación electrónica. Em: Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; Viera-Gallo, José; Walker, Ignacio (ed.). *Modernización del Régimen Electoral Chileno*. Santiago de Chile-CIEPLAN, 2007. p. 221-240. Disponible en [http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/112/Capitulo\\_2.pdf](http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/112/Capitulo_2.pdf). Acceso: 05 mar. 2021.

<sup>41</sup> Téllez, Julio. *El Voto Electrónico*. Coyoacán: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010. p. 26.

<sup>42</sup> Aleuy, Mahmud. La votación electrónica. Em: Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; Viera-Gallo, José; Walker, Ignacio (ed.). *Modernización del Régimen Electoral Chileno*. Santiago de Chile-CIEPLAN, 2007. p. 221-240. Disponible en [http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/112/Capitulo\\_2.pdf](http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/112/Capitulo_2.pdf). Acceso: 05 mar. 2021.

<sup>43</sup> Se trata de dispositivos que son capaces de reconocer las perforaciones realizadas por los votantes en las papeletas, haciendo con posterioridad el recuento de las perforaciones asignadas a cada opción, calculando así el número de votos asignado a cada una de ellas.

<sup>44</sup> En este caso son dispositivos electrónicos que pueden reconocer las marcas realizadas por los electores en las cédulas o papeletas, haciendo la lectura de las opciones seleccionadas y el recuento de los votos.

<sup>45</sup> Aleuy, Mahmud. La votación electrónica. Em: Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; Viera-Gallo, José; Walker, Ignacio (ed.).

dispositivos electrónicos como computadores, escáneres, máquinas electrónicas de votación y, en particular, dispositivos de votación tipo DRE (*direct recording electronic*)<sup>46</sup>. Resulta posible, en este contexto, hablar de sufragio electrónico propiamente dicho, pues con independencia de los diferentes tipos de tecnologías o mecanismos que se utilicen en el proceso, los electores se vinculan de manera directa y presencial con la tecnología<sup>47</sup>. En termino generales, el proceso electoral se desarrolla en los diversos locales de votación establecidos por la autoridad correspondiente, existiendo quioscos o máquinas similares a cajeros automáticos que permiten identificar las diversas opciones de votación y en las cuales los electores deben marcar o seleccionar su preferencia. Una vez que emitido el sufragio, queda registrado en el dispositivo que realizará el proceso de almacenamiento y recuento de votos.

Como resulta evidente, es en el tercer nivel donde existe una mayor integración de las TIC en el proceso electoral. En este contexto, las elecciones se realizan en su totalidad por medio de dispositivos electrónicos, pudiendo incluso ejercerse el «sufragio en ausencia» por medio del voto por internet. En esta modalidad los electores votan sin necesidad de acudir a los centros de votación, valiéndose de computadores, *tablets*, teléfonos inteligentes u otros dispositivos<sup>48</sup>.

El *e-voto* o voto por internet es un tipo de voto electrónico que cuenta con un nivel de complejidad e integración de TIC superior a la urna electrónica. En este sistema de votación, los datos de los electores se encuentran previamente registrados en las bases de datos de los órganos electorales y los votantes, por medio de sus respectivas claves de acceso, ingresan a la plataforma destinada para la votación y seleccionan al candidato u opción de su preferencia. Finalmente, el sufragio emitido por estas plataformas es encriptado y enviado a una urna electrónica central que realiza el proceso general de conteo de votos<sup>49</sup>.

De la exposición previa se puede deducir fácilmente que el voto electrónico presencial y el voto por internet no se encuadran en la misma figura; sin embargo, ambos conceptos se pueden englobar bajo el término genérico de sufragio electrónico. Considerando que una y otra figura son objeto de valoraciones no exentas de controversia y sombras en relación a su implementación, se entiende de utilidad desarrollar los argumentos a favor y en contra de su implementación.

Comenzando por los beneficios de la implantación, los partidarios del voto electrónico afirman que facilitaría el desarrollo del proceso electoral al promover la captación rápida y confiable de los votos, los resultados y, paralelamente, reducir *in extremis* el riesgo de fraude electoral derivado de la intervención humana que presentan los sistemas tradicionales de votación<sup>50</sup>. La automatización del proceso reduce los tiempos requeridos para conocer los resultados finalizada la elección al ser una operación realizada directamente por el software del sistema<sup>51</sup>.

La rapidez y limpieza en el conteo de votos no es el único beneficio de la implantación del sistema electrónico. La utilización de dispositivos tecnológicos conlleva también una reducción considerable de los costos económicos para el Estado al ser susceptibles de reutilización en procesos posteriores y ser sus costos de mantenimiento relativamente bajos. La logística inherente a la celebración de los comicios electorales tam-

---

*Modernización del Régimen Electoral Chileno*. Santiago de Chile-CIEPLAN, 2007. p. 221-240. Disponible en [http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/112/Capitulo\\_2.pdf](http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/112/Capitulo_2.pdf). Acceso: 05 mar. 2021.

<sup>46</sup> Tula, María Inés. Democracia, elecciones y nuevas tecnologías. El voto electrónico. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, Universidad de Guanajuato, v. 1, n. 2, p. 9-21. jul./dic. 2012.

<sup>47</sup> Países como Estados Unidos, Brasil, India o Nueva Zelanda han implementado sistemas de votación electrónica que pueden ser clasificados en esta categoría.

<sup>48</sup> Marshall, Pablo. Sufragio por Internet: análisis teórico y comparado. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 39, p. 261-293, jul./dic. 2018.

<sup>49</sup> Barrientos, Fernando. Dimensiones discursivas en torno al voto electrónico. *Revista de Ciencia Política*, Pontificia Universidad Católica de Chile, v. 27, n. 1, p. 111-131, 2007.

<sup>50</sup> González, José; del Nogal, José; Müller, Roger. Venezuela: El voto electrónico. Auditorias y legitimidad del sistema automatizado de votación. *Revista Espacio Abierto*, Universidad del Zulia, v. 21, n. 2, p. 305-321, abr./jun. 2012.

<sup>51</sup> Fernández, Rosa. El voto electrónico: El caso vasco. *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.112, p. 199-236, abr./jun. 2001.

bién se ve optimizada al reducirse las necesidades de contar con mesas electorales y los recursos humanos y económicos asociados a su constitución<sup>52</sup>. Otro beneficio adicional sería el medioambiental, consecuencia de una reducción drástica o completa eliminación de las papeletas o cédulas<sup>53</sup>.

Los beneficios de la implantación del sufragio electrónico van más allá de las cuestiones logísticas, de conteo de sufragio y medioambientales. Inciden igualmente en uno de los problemas estructurales que aqueja a las democracias representativas actuales: el alto nivel de abstencionismo de los jóvenes en los procesos electorales. En este sentido, parte de la doctrina afirma que las innovaciones tecnológicas y el uso del *e-voto* podría aumentar los niveles de participación de los jóvenes en atención a dos argumentos. En primer lugar, la propia inercia de las sociedades hiperconectadas ha inundado de tecnología todos los ámbitos de la vida; esta realidad afecta igualmente a los procesos propios de la democracia, entre los cuales se encuentran los procesos electorales y de participación que, de realizarse electrónicamente, serían más accesibles<sup>54</sup>. El segundo argumento es de índole económico y está asociado a la eliminación de los costes económicos y de tiempo por desplazamiento al centro de votación. Dicho en términos directos: el sufragio electrónico emitido desde el hogar estimularía la participación ciudadana en los comicios electorales al facilitar la logística y reducir los costos económicos asociados al proceso de votación<sup>55</sup>.

Como tercer argumento, los impulsores del sufragio electrónico esgrimen cuestiones de justicia reparativa e inclusión de ciertas minorías que tradicionalmente han sido excluidas de las elecciones tradicionales en sociedades de marcados rasgos multiculturales<sup>56</sup>. El sufragio electrónico, en efecto, otorga la posibilidad de crear interfaces en varios idiomas facilitando la votación de aquellas minorías en contextos de pluralidad lingüística. También se favorecería la mayor inclusión de personas analfabetas al hacer posible la identificación del candidato por medio de una fotografía o los símbolos de su partido o coalición; de esta forma, el acto de sufragar se vuelve sumamente intuitivo<sup>57</sup>. Por último, y en virtud del principio de universalidad del sufragio, cabe esperar que los sistemas de votación electrónica sean diseñados con la finalidad de aprovechar al máximo todas las ventajas que la tecnología puede ofrecer a las personas con discapacidades<sup>58</sup>.

Otra de las ventajas asociadas al sufragio electrónico, especialmente en la modalidad de voto por internet, dice relación con la mejora de la eficiencia del proceso democrático, ya que la *web* permite una mayor interacción entre los ciudadanos y sus gobiernos. En un contexto de uso normalizado de internet, el ciudadano tiene fácil acceso a la información relevante para la formación de su opinión política. La obtención de mayores caudales de información le permitiría aumentar las habilidades deliberativas y, de esta forma, estimular su participación directa. En esta formulación, no exenta de cierto idealismo, se fomenta el reemplazo de la democracia representativa agregativa por un modelo orientado al fortalecimiento de la democracia directa. Internet se configura como una suerte de *ágora* virtual en que los ciudadanos pueden participar activamente en cualquier tiempo y lugar en la toma de decisiones relevantes en la conducción del Estado<sup>59</sup>.

<sup>52</sup> Barrientos, Fernando. Dimensiones discursivas en torno al voto electrónico. *Revista de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile*, v. 27, n. 1, p. 111-131, 2007.

<sup>53</sup> Gálvez, Luis; Ruiz, José. El voto electrónico y el test de calidad; o de cuatro bodas complicadas y un posible funeral. *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 81, p. 253-274, mayo/ago. 2011.

<sup>54</sup> González, José; del Nogal, José; Müller, Roger. Venezuela: El voto electrónico. Auditorias y legitimidad del sistema automatizado de votación. *Revista Espacio Abierto, Universidad del Zulia*, v. 21, n. 2, p. 305-321, abr./jun. 2012.

<sup>55</sup> Marshall, Pablo. Sufragio por Internet: análisis teórico y comparado. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales, Universidad Nacional Autónoma de México*, n. 39, p. 261-293, jul./dic. 2018.

<sup>56</sup> Marshall, Pablo. Sufragio por Internet: análisis teórico y comparado. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales, Universidad Nacional Autónoma de México*, n. 39, p. 261-293, jul./dic. 2018.

<sup>57</sup> Presno, Miguel. Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 173, p. 277-304, Jul./sep. 2016.

<sup>58</sup> Comité de Ministros del Consejo de Europa. *Recomendación a los Estados miembros sobre los estándares legales, procedimentales y técnicos de los sistemas de votación electrónica*. Estrasburgo. 2004. Disponible en: [https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/E-votingRec\\_Spanish.asp](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/E-votingRec_Spanish.asp). Acceso: 05 mar. 2021.

<sup>59</sup> Aguirre, Jorge. Aportes de la web a la participación ciudadana y la representatividad democrática. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile*, v. 4, n. 1, p. 145-186, primer semestre, 2015.

Respecto a la mejora de los procesos democráticos, se viene sosteniendo que votar en ausencia, es decir, por correo o por internet genera beneficios sociales ya que, de forma previa a la votación, los electores tienen la posibilidad de discutir libremente y de manera abierta sobre las diversas opciones disponibles en su entorno social<sup>60</sup>. De esta forma, se incentiva la deliberación política y el acto de votar se vuelve más reflexivo, frente a la experiencia atomizada y solitaria de votar en una cabina cerrada<sup>61</sup>.

Como se indicó en párrafos precedentes, el sufragio electrónico también presenta carencias o incertidumbres que conviene señalar para no incurrir en simplificaciones idealistas. En primer lugar, se ha sostenido que el sufragio electrónico presencial y el sufragio por internet adolecen de problemas de seguridad al ser los dispositivos electrónicos susceptibles de manipulación por terceros o por hackers profesionales y, por tanto, producirse fraude en el recuento de los votos<sup>62</sup>. No deben descartarse, tampoco, fallas técnicas que no sean advertidas por los observadores o funcionarios encargados de la elección.

El profesor Tokaji ha identificado como posibles riesgos de seguridad los siguientes: a) Inserción de código malicioso que consiste, en esencia, en que previamente a las elecciones se ataque el *software* de las máquinas de votación y se altere el sentido del voto seleccionado por los electores. La pantalla de la máquina de votación podría mostrar a los votantes las opciones seleccionadas y registrarse en la memoria interna del dispositivo de una manera diferente a la preferencia seleccionada; b) Ataques individuales en los locales de votación a las máquinas de votación en el momento de la votación o con anterioridad a las elecciones; b) Manipulación de los resultados electorales finalizadas las elecciones y habiéndose desarrollado íntegramente el proceso electoral por *hackers* profesionales que intenten modificar el resultado de las elecciones agregando votos, modificando los emitidos o suprimiéndolos. Esta actividad fraudulenta se podría desarrollar durante la transmisión de los votos desde las máquinas de votación a los registros centrales interceptando las conexiones *web* de traspaso de datos<sup>63</sup>.

La posibilidad de manipular los resultados de votación es más latente en los casos de voto por internet, pues el uso de la *web* supone que el voto emitido por un ciudadano podría salir del territorio nacional en que se ha emitido para luego regresar a las fronteras nacionales o viceversa, es decir, podría emitirse un voto utilizando el acceso a la *web* de otro país para luego el voto ingresar al territorio nacional. Ambas situaciones suponen que la información electoral pueda ser retransmitida e interceptada por dispositivos extranjeros, pudiendo incluso convertirse la externalización del sufragio en un problema de seguridad nacional<sup>64</sup>.

El problema de los riesgos y las deficiencias de seguridad del voto electrónico nos conduce a una segunda crítica: el posible menoscabo de la confianza pública en el proceso electoral<sup>65</sup>. En este sentido, se ha señalado que la implementación del voto electrónico supone que la revisión, regulación y control de los mecanismos de votación se lleva a cabo por un pequeño grupo de técnicos y expertos informáticos. Esta situación conlleva la exclusión de los ciudadanos comunes de la organización y supervisión del proceso electoral<sup>66</sup>.

La imposibilidad de supervisar las elecciones es un déficit innegable en comparación con los sistemas

<sup>60</sup> Estonia que, como veremos, en un caso paradigmático de éxito en la implantación del *e-voto* tiene un modelo de votación que permite que los electores puedan votar en plazos que van desde los 3 a 10 días, sugiriendo con ello el aumento de las posibilidades de deliberación y discusión política.

<sup>61</sup> Richey, Sean. Who Votes Alone? The Impact of Voting by Mail on Political Discussion. *Australian Journal of Political Science*, v. 40, n. 3, p. 435-442, sep. 2005.

<sup>62</sup> Fernández, Rosa. El voto electrónico: El caso vasco. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 112, p. 199-236, abr./jun. 2001.

<sup>63</sup> Tokaji, Daniel. The Paperless Chase: Electronic Voting and Democratic Values. *Public Law and Legal Theory Working Paper, Ohio State University Moritz College of Law*. Series n. 25, p. 1-95, dic. 2004.

<sup>64</sup> González, Luis. Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia (I). *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 74, p. 163-209, ene./abr. 2009.

<sup>65</sup> González, Luis. Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia (I). *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 74, p. 163-209, ene./abr. 2009.

<sup>66</sup> Fernández, Rosa. El voto electrónico: El caso vasco. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 112, p. 199-236, abr./jun. 2001.

tradicionales, sistemas más inclusivos y transparentes que el voto electrónico. En las elecciones tradicionales los ciudadanos concurren libremente al conteo de votos y pueden participar en las auditorías de las elecciones con el único requisito de tener habilidades matemáticas básicas<sup>67</sup>. Por el contrario, la inclusión de las TIC en el proceso electoral y la implementación del voto electrónico desplaza el conteo de los votos a dispositivos tecnológicos y las auditorías las realizarán los especialistas informáticos y el organismo público correspondiente.

La innegable falta de control por parte de la ciudadanía introduce la incertidumbre y la falta de confianza en el proceso electoral, presentándose como los principales riesgos del sufragio electrónico. Las elecciones, obvio es decirlo, son un asunto de primera relevancia que compete a todos los ciudadanos. Todos tienen derecho a entender, comprender y fiscalizar todas las etapas del proceso electoral sin necesidad de tener conocimientos técnicos especiales<sup>68</sup>. Dicho en términos directos: la falta de publicidad y de control por parte de los ciudadanos en los procesos de votación electrónica produce desconfianza en el sistema, desconfianza que se traduce en un retroceso sociopolítico frente a la legitimidad que otorga el escrutinio público y directo propio del sistema tradicional en papel<sup>69</sup>.

Otro de los aspectos negativos del sufragio electrónico – que contradice el argumento de su menor coste – gira en torno al elevado coste de su implementación. En este sentido, se debe distinguir el costo económico del costo humano. Sobre el primero, se afirma que resultaría extremadamente oneroso implementar un sistema electoral electrónico al deber adquirir las máquinas de votación o implementar una red segura en caso de optar por el *e-voto*. Al coste de adquisición se debe añadir el derivado del mantenimiento de todo el aparataje de votación, adquisición de licencias, permisos, *software*, *hardware*, etc.

Esta situación genera, a su vez, legítimas interrogantes: ¿debe el Estado fabricar o comprar las máquinas de votación a privados? ¿Ha de comprar o diseñar las patentes y licencias de uso? ¿El mantenimiento de los dispositivos de votación ha de ser responsabilidad de la administración electoral o de empresas particulares?

La obsolescencia de que adolecen los dispositivos tecnológicos es otro problema asociado a la implantación del sufragio electrónico<sup>70</sup>. El dinamismo inherente a las TIC, que implica la obsolescencia programada de los dispositivos y programas de uso, puede motivar la caducidad en cuestión de escasos años de los componentes asociados a la implementación del sufragio electrónico. La administración electoral, órgano rector de las elecciones, tiene las siguientes obligaciones: a) Mantener actualizados y funcionales los dispositivos de votación; b) Realizar testeos y pruebas piloto que aseguren el correcto funcionamiento del sufragio electrónico<sup>71</sup>. No es arriesgado afirmar, en relación a este punto, que los altos costos presupuestarios que supone la implementación del sufragio electrónico se constituyen en una verdadera barrera de entrada en países con bajos niveles de ingresos.

Los costos humanos asociados al sufragio electrónico no son un asunto menor y, en este punto, se ha planteado que la capacitación de los electores es crucial para el éxito del sufragio electrónico. El coste de socialización y aprendizaje por parte de los electores no debe ser menospreciado, pues conlleva la realización de actividades de difusión, pruebas piloto y capacitaciones que incluyen el uso de las máquinas electrónicas de votación, la familiaridad con el lenguaje tecnológico y la difusión de medidas de protección de datos per-

<sup>67</sup> Viollier, Pablo; Riveros, Bastián. Voto electrónico en Chile: una evaluación desde una perspectiva técnica, jurídica y política. *Revista Cultura-Hombre-Sociedad, Universidad Católica de Temuco*, v. 28, n. 2, p. 12-40, dic. 2018.

<sup>68</sup> Barrat, Jordi. Observación electoral y voto electrónico. *Revista Catalana de Dret Públic, Generalitat de Catalunya: Escola d'Administració Pública de Catalunya*, n. 39, p.277-296. diciembre 2009.

<sup>69</sup> Presno, Miguel. Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 173, p. 277-304, jul./sep. 2016.

<sup>70</sup> Fernández, Rosa. El voto electrónico: El caso vasco. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 112, p. 199-236, abr./jun. 2001.

<sup>71</sup> Tula, María Inés. Democracia, elecciones y nuevas tecnologías. El voto electrónico. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública, Universidad de Guanajuato*, v. 1, n. 2, p. 9-21, jul./dic. 2012.

sonales<sup>72</sup>. La existencia de asimetrías entre grupos etarios en materia de TIC exige la creación de instancias de capacitación y participación para quienes, por razones de edad o por cualquier otro motivo, no comprendan los alcances del voto electrónico<sup>73</sup>.

Siendo todas estas carencias e incertidumbres dignas de atención, la principal crítica a la implementación del sufragio electrónico alude a la imposibilidad de salvaguardar las garantías mínimas del derecho fundamental de sufragio: el carácter secreto, libre e igualitario del voto. En relación al carácter secreto del sufragio las dudas se ciernen sobre ambas modalidades de sufragio, si bien afecta con especial intensidad al *e-voto* ante la probable intervención de *hackers* profesionales. Si no se quiere incurrir en un exceso de ingenuidad, ha de reconocerse que existen poderosas razones para pensar que terceros puedan interceptar, descubrir, conocer y divulgar el contenido del voto emitido de manera remota y conocerse la identidad de su emisor. No hay como negar que hay numerosas incertidumbres respecto a la salvaguarda del carácter secreto del sufragio<sup>74</sup>.

Incluso en una situación menos extrema que la intervención de un *hacker*, el sufragio por internet no permite asegurar completamente el carácter secreto del sufragio ante la inexistencia de los controles y los resguardos que se sí se favorecen en los locales o establecimientos de votación<sup>75</sup>.

En el caso del voto electrónico presencial, se viene afirmando que el carácter reservado del sufragio es susceptible de vulneración mediante la decodificación de emisiones electromagnéticas, la incorporación de dispositivos ajenos en las máquinas de votación e, inclusive, escaneos de teléfonos móviles<sup>76</sup>. En este sentido, hay evidencias empíricas de que resulta posible vincular el sufragio con la identidad de quien lo ha emitido, sobre todo cuando el padrón electoral digitalizado está incorporado a la máquina de votación<sup>77</sup>. Esta última situación merece especial atención, pues con el sufragio electrónico se da una particularidad que no ocurre con otras operaciones tecnológicas (*v.g.* transferencias bancarias, reservas de vuelos, compras electrónicas, etc...) y es que, para un buen funcionamiento del sufragio electrónico, es necesario desvincular al elector del sufragio, resguardando al tiempo la integridad del mismo<sup>78</sup>.

Estrechamente relacionado con el carácter secreto del sufragio electrónico está la capacidad del ciudadano para impedir y resistir las intervenciones de terceros en su decisión, es decir, la garantía de la libertad del elector en la emisión de su sufragio. En relación al sufragio electrónico presencial no se vislumbran inconvenientes mencionables al desarrollarse, al igual que el sufragio tradicional en papel, en un entorno controlado en el cual los electores pueden marcar libremente su opción en una cámara secreta destinada a tal efecto. Las interrogantes surgen en la modalidad de sufragio por internet ante la inexistencia de mecanismos para asegurar la libertad de los electores. Es difícilmente negable que el elector puede estar sometido a mayores coacciones o amenazas en su hogar que en el centro electoral, con presencia siempre de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado<sup>79</sup>. No hay que descartar las presiones familiares para inducir el sufragio en uno u

<sup>72</sup> Tula, María Inés. Democracia, elecciones y nuevas tecnologías. El voto electrónico. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, Universidad de Guanajuato, v. 1, n. 2, p. 9-21, jul./dic. 2012.

<sup>73</sup> Viollier, Pablo; Riveros, Bastián. Voto electrónico en Chile: una evaluación desde una perspectiva técnica, jurídica y política. *Revista Cultura-Hombre-Sociedad*, Universidad Católica de Temuco, v. 28, n. 2, p. 12-40, dic. 2018. En igual sentido Padrón, Floralba. E-voting en Colombia: avances y desafíos en la implementación. *Revista Derecho del Estado*, Universidad de Externado de Colombia, n. 42, p. 211-248, ene./abr. 2019.

<sup>74</sup> González, Luis. Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia (II). *Revista Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n. 77, p. 213-249, ene./abr. 2010.

<sup>75</sup> Marshall, Pablo. Sufragio por Internet: análisis teórico y comparado. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 39, p. 261-293, jul./dic. 2018.

<sup>76</sup> Viollier, Pablo; Riveros, Bastián. Voto electrónico en Chile: una evaluación desde una perspectiva técnica, jurídica y política. *Revista Cultura-Hombre-Sociedad*, Universidad Católica de Temuco, v. 28, n. 2, p. 12-40, dic. 2018.

<sup>77</sup> Tula, María Inés. Democracia, elecciones y nuevas tecnologías. El voto electrónico. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, Universidad de Guanajuato, v. 1, n. 2, p. 9-21, jul./dic. 2012.

<sup>78</sup> Fernández, Rosa. El voto electrónico: El caso vasco. *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 112, p. 199-236, abr./jun. 2001.

<sup>79</sup> González, Luis. Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia (I). *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n. 74, p. 163-209, ene./abr. 2009.

otro sentido al existir asimetrías de poder e influencia que pueden poner en tela de juicio la imprescindible libertad de sufragio<sup>80</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha contraargumentado que el sufragio por internet sí garantiza la libertad de los electores; todos los ciudadanos cuentan con la capacidad para resistir presiones indebidas, valiendo como ejemplo el voto por correo. Por consiguiente, no existen motivos para pensar que una persona que emite el sufragio desde su hogar por medio de un dispositivo electrónico se encuentre más amenazada que aquella que concurre presencialmente a las oficinas de correo a depositar el sufragio previamente marcado<sup>81</sup>.

Respecto a la igualdad del sufragio no se visualizan mayores problemas con el sufragio electrónico presencial. Los mayores problemas de desigualdad surgen con el sufragio por internet, específicamente por problemas de seguridad tecnológica y de falta de integridad. No cabe descartar, en este punto, que un elector pueda votar en más de una ocasión o que resulte excluido del proceso electoral. Si bien estas situaciones no alterarían de manera sustancial el resultado de la elección atentan contra el principio universal de un ciudadano un voto y, en consecuencia, se desnaturaliza la garantía de igualdad inherente al derecho fundamental de sufragio<sup>82</sup>.

Por su parte, el sufragio por internet generaría un gran impacto en la igualdad del sufragio al aumentar la brecha digital existente<sup>83</sup>. El concepto de brecha digital se refiere a las asimetrías de acceso entre los diferentes sectores de una sociedad a las herramientas tecnológicas de la información, específicamente internet<sup>84</sup>. La introducción del sufragio por internet reforzaría el índice de participación de los sectores más acomodados de la sociedad y, como efecto paralelo, fomentaría la exclusión de los sectores más vulnerables. Estas circunstancias reforzarían los indicadores de desigualdad y dificultaría el desarrollo de una democracia más participativa y las imprescindibles políticas de promoción de la igualdad.

El sufragio electrónico, además de dificultar la participación transversal e igualitaria de todos los electores en el proceso democrático, tiene nula incidencia en los niveles de participación política en las elecciones. En este sentido, el sufragio electrónico se puede considerar análogo al sufragio postal o por correspondencia. En ambos casos, la praxis ha evidenciado que tales modalidades no han tenido siquiera un impacto marginal en el aumento de la participación política<sup>85</sup>.

## 5 El sufragio electrónico en el Derecho comparado: los casos brasileño y estonio

Recurrir al Derecho comparado pone de manifiesto la existencia y vigencia del sufragio electrónico en diferentes países del mundo que no necesariamente responden a tradiciones políticas, económicas, sociales o culturales similares. Las experiencias comparadas incluyen a países de honda tradición democrática como

<sup>80</sup> Marshall, Pablo. Sufragio por Internet: análisis teórico y comparado. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 39, p. 261-293, jul./dic. 2018.

<sup>81</sup> Presno, Miguel. Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 173, p. 277-304, jul./sep. 2016.

<sup>82</sup> Marshall, Pablo. Sufragio por Internet: análisis teórico y comparado. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 39, p. 261-293, jul./dic. 2018.

<sup>83</sup> Norris, Pippa. *E-Voting as the Magic Ballot*. Recuperado el 26 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=336542> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.336542>

<sup>84</sup> Toudert, Djamel. Brecha digital, uso frecuente y aprovechamiento de Internet en México. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales, Universidad Autónoma del Estado de México*, n. 79, p. 1-27. enero/abril. 2019.

<sup>85</sup> Norris, Pippa. *E-Voting as the Magic Ballot*. Recuperado el 26 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=336542> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.336542>. En el mismo sentido Viollier, Pablo; Riveros, Bastián. Voto electrónico en Chile: una evaluación desde una perspectiva técnica, jurídica y política. *Revista Cultura-Hombre-Sociedad, Universidad Católica de Temuco*, v. 28, n. 2, p. 12-40, dic. 2018.

los Estados Unidos en Norteamérica; en Europa, puede hablarse de Alemania, Bélgica, Suiza, Países Bajos y Estonia. En Sudamérica, el sufragio electrónico se ha implantado en Argentina, Brasil y Paraguay. Por último, en Asia destaca la experiencia de India.

Por razones de oportunidad y extensión nos limitaremos a analizar aquellos supuestos de implantación considerados consolidados en el tiempo, razonablemente exitosos y tenidos por paradigmáticos cuando se analiza el sufragio electrónico: Brasil y Estonia. Las diferencias entre uno y otro país – de extensión geográfica, pluralidad étnica, desigualdades en el acceso a la tecnología y morfología del Estado – hacen particularmente interesante el contraste analítico. La limitación de los casos estudiados exige prudencia a la hora de realizar conclusiones generalizables.

La experiencia práctica brasileña puede ser considerada un referente a nivel mundial al incluir la totalidad de los procesos electorales (municipales, estatales y nacional) y haber generado beneficios innegables en la participación electoral de grupos sociales tradicionalmente excluidos. Por su parte, las aportaciones de la experiencia estonia con el voto electrónico se vinculan a su condición de pionero en el espacio europeo en el uso de internet como medio de votación y la adopción de medidas sugerentes dirigidas al resguardo de las garantías del derecho fundamental de sufragio de sus ciudadanos.

La *urna electrónica* en Brasil es hoy día un símbolo consolidado en la democracia brasileña. Su origen estuvo motivado por la intención de poner fin al historial de fraudes favorecidos por el sistema de votación anterior y dirigidos por el gobierno militar con la finalidad de asegurarse resultados favorables a sus intereses<sup>86</sup>. La institución diseñada a tal efecto, el Tribunal Superior Electoral de Brasil, sería el órgano encargado de instaurar el sistema de sufragio electrónico y de certificar la legitimidad de los procesos electorales contando para ello con potestades judiciales, legislativas y ejecutivas.

El uso de la tecnología en las elecciones brasileñas se remonta al año 1982, con el país todavía en dictadura y con la finalidad de realizar el recuento de votos en el Estado de Río de Janeiro. El uso de la tecnología se iría ampliando a otras etapas del proceso hasta implantar las urnas electrónicas en todo el territorio nacional en las elecciones del año 1996<sup>87</sup>.

El Tribunal Superior Electoral de Brasil ha implantado continuas mejoras informáticas orientadas a la automatización de las diversas fases que hacen posible el ejercicio del derecho fundamental de sufragio, (v.g. la identificación biométrica de los electores mediante el registro de las huellas dactilares)<sup>88</sup>. Este sistema de votación electrónico se caracteriza por ser el resultado de un trabajo de carácter local, interdisciplinario e intergubernamental entre diferentes instituciones del Estado brasileño<sup>89</sup>.

Explicar sucintamente la logística inherente al ejercicio del sufragio electrónico proporcionará un mapa de las ventajas del modelo. El procedimiento de votación electrónico se inicia con el encendido de la urna electrónica y la impresión del número cero como muestra de la inexistencia de votos contabilizados de antemano. El procedimiento continúa con la identificación de los electores según el local de votación, bien mediante la búsqueda del nombre del elector en la lista electrónica o mediante la identificación biométrica en los terminales de las mesas de votación. Realizada la identificación de los electores, el sufragio se emite digitando en un teclado numérico su preferencia y debiendo posteriormente confirmar su elección. Acto

<sup>86</sup> Talavera, Patricio. *Biometría y voto electrónico. Balances y perspectivas a partir de las elecciones de 2014 en Brasil. Ponencia preparada para el CONGRESO NACIONAL DE CIENCIA POLÍTICA, 12., organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza*, p. 1-28. agosto de 2015. Disponible en: [https://www.academia.edu/23783556/Biometr%C3%ADa\\_y\\_voto\\_electr%C3%B3nico\\_Balances\\_y\\_perspectivas\\_a\\_partir\\_de\\_las\\_elecciones\\_de\\_2014\\_en\\_Brasil](https://www.academia.edu/23783556/Biometr%C3%ADa_y_voto_electr%C3%B3nico_Balances_y_perspectivas_a_partir_de_las_elecciones_de_2014_en_Brasil). Acceso: 26 sep. 2019.

<sup>87</sup> Brunazo, Amílcar. *El voto electrónico en Brasil*. En: Tula, María Inés (comp.). *Voto Electrónico. Entre votos y máquinas. Las nuevas tecnologías del proceso*. Buenos Aires: Ariel, 2005.

<sup>88</sup> Padrón, Floralba. *E-voting en Colombia: avances y desafíos en la implementación*. *Revista Derecho del Estado, Universidad de Externado de Colombia*, n. 42, p. 211-248, ene./abr. 2019.

<sup>89</sup> Tribunal Superior Eleitoral. *Segurança do processo eleitoral*. Informe explicativo. Disponible en: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/spe/>. Acceso: 21 sep. 2020



seguido, cada sufragio es encriptado y firmado digitalmente con la finalidad de asegurar su inviolabilidad. Como garantía de inalterabilidad del sufragio emitido, ante cualquier tentativa de modificación la urna electrónica deja de funcionar. Finalmente, los datos encriptados son enviados al centro de escrutinio del Tribunal Regional Electoral, verificándose la autenticidad de la información, la decodificación de los datos y el conteo general de votos del respectivo estado<sup>90</sup>.

Como ya se anticipó anteriormente, la implementación del voto electrónico en Brasil ha sido objeto de interés internacional al haberse verificado ciertas mejoras en el desarrollo del proceso electoral y, por consiguiente, en el ejercicio del derecho fundamental de sufragio. Uno de ellos, imprescindible para la revitalización de las democracias representativas, es el fortalecimiento de los índices de participación ciudadana en las elecciones. El sufragio electrónico garantiza igualmente la universalidad en el ejercicio del sufragio al haberse posibilitado la inclusión de personas que antes de la reforma estaban excluidas por razones sociales y geográficas.

La exclusión de determinados sectores de la población guardaba relación, a su vez, con la compleja orografía de Brasil y, en este punto, ha resultado un éxito el traslado de los dispositivos de votación a dichas localidades. Otro de los grupos tradicionalmente excluidos, las personas analfabetas, han visto facilitada su participación al suministrar la tecnología el reconocimiento de la imagen o símbolo de su candidato. La implantación de ambos factores – el desplazamiento de la logística a los lugares de difícil acceso y el reconocimiento digital de las candidaturas – ha ampliado objetivamente el número de electores en Brasil<sup>91</sup>.

La seguridad e integridad del derecho fundamental de sufragio era otros de los elementos de discusión en el análisis doctrinal precedente. En este punto, el Tribunal Superior Electoral viene afirmando continuamente la integridad y el carácter secreto de la votación posibilitada por el funcionamiento aislado de las urnas, no conectadas a Internet ni a otras formas de conexión inalámbrica.

La experiencia brasileña podría, a tenor de los hechos aquí puestos de manifiesto, ser catalogada como el paradigma del voto electrónico en Sudamérica. No obstante, este proceso también es susceptible de críticas, como apunta Patricio Talavera. La más evidente, la falta de autocritica del Tribunal Superior Electoral frente a la existencia de irregularidades en algunos comicios electorales<sup>92</sup>.

Las elecciones presidenciales del año 2000 son una buena muestra de las posibles irregularidades en el desarrollo de los procedimientos electorales electrónicos. En este caso, la autoridad electoral reemplazó los programas homologados por los fiscales de los partidos políticos por versiones no homologadas. Este hecho se ocultó a la ciudadanía y no sería descubierto sino dos años después debido a una pericia realizada en las urnas. Adicionalmente, los dispositivos de votación eran susceptibles de ser abiertos y podían cambiarse los discos de seguridad sin necesidad de romper los sellos de protección de las máquinas de votación<sup>93</sup>. Otros supuestos de irregularidades se detectaron en las elecciones presidenciales del año 2002 en el Estado de Río de Janeiro y Brasilia, en las elecciones a gobernador del año 2006 en Alagoas, en las elecciones municipales del 2008 en Itajaí y las elecciones presidenciales del año 2014<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Tribunal Superior Eleitoral. *Segurança do processo eleitoral*. Informe explicativo. Disponible en: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/spe/>. Acceso: 21 sep. 2020

<sup>91</sup> Presno, Miguel. Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 173, p. 277-304, jul./sep. 2016.

<sup>92</sup> Talavera, Patricio. Biometría y voto electrónico. Balances y perspectivas a partir de las elecciones de 2014 en Brasil. *Ponencia preparada para el CONGRESO NACIONAL DE CIENCIA POLÍTICA, 12., organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza*, p. 1-28. agosto de 2015. Disponible en: [https://www.academia.edu/23783556/Biometr%C3%ADa\\_y\\_voto\\_electr%C3%B3nico\\_Balances\\_y\\_perspectivas\\_a\\_partir\\_de\\_las\\_elecciones\\_de\\_2014\\_en\\_Brasil](https://www.academia.edu/23783556/Biometr%C3%ADa_y_voto_electr%C3%B3nico_Balances_y_perspectivas_a_partir_de_las_elecciones_de_2014_en_Brasil). Acceso: 26 sep. 2019.

<sup>93</sup> Brunazo, Amílcar. El voto electrónico en Brasil. En: Tula, María Inés (comp.). *Voto Electrónico. Entre votos y máquinas. Las nuevas tecnologías del proceso*. Buenos Aires: Ariel, 2005.

<sup>94</sup> Talavera, Patricio. Biometría y voto electrónico. Balances y perspectivas a partir de las elecciones de 2014 en Brasil. *Ponencia preparada para el CONGRESO NACIONAL DE CIENCIA POLÍTICA, 12., organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza*, p. 1-28. agosto de 2015. Disponible en: <https://www.academia.edu/23783556/>

Además de estas irregularidades, diferentes expertos han apuntado brechas en la seguridad de las urnas que, al permitir conocer la identidad y el sentido del sufragio del elector, vulneran la garantía del secreto del sufragio. En este sentido, el Tribunal Superior Electoral convocó en 2009 a la comunidad científica para analizar las debilidades de las urnas electrónicas. En dicho evento se puso de manifiesto que mediante el monitoreo de radiaciones electromagnéticas era posible conocer la opción de votación de cada uno de los electores<sup>95</sup>.

Teniendo en cuenta los pros y contra respecto a la implantación de la urna electrónica, el Tribunal Superior Electoral ha defendido de manera férrea el sufragio electrónico y las garantías que éste ofrece a los procesos electorales en Brasil aminorando las críticas, calificándolas como cuestiones accidentales y anecdóticas producidas por actores ajenos al proceso electoral y atribuyéndoles el objetivo de desinformar y generar incertidumbre en el electorado<sup>96</sup>. Por el contrario, quienes han denunciado las fallas del sistema de votación electrónico brasileño señalan la falta de transparencia en el sistema y la autocomplacencia de las autoridades electorales, factores que acaban comprometiendo la transparencia e integridad del proceso electoral<sup>97</sup>.

La segunda de las experiencias de Derecho comparado en materia de sufragio por internet es, como se anticipó previamente, la desarrollada por Estonia. La república democrática situada en los Balcanes es reconocida internacionalmente por haber desarrollado una cultura de ciberseguridad, uso de internet y redes sociales puntero en el mundo. En este contexto, el *e-voto* es considerado un servicio público ofrecido y garantizado por el gobierno de turno<sup>98</sup>. Dicho en términos directos: el ejercicio *online* del derecho de sufragio es uno de los rasgos característicos de las elecciones políticas en Estonia y, en este sentido, es modelo de referencia en la materia.

La experiencia estonia con el *e-voto* se remonta al año 2005 y la prueba piloto, para los residentes de la capital Tallin, consistió en que pudiesen votar en una encuesta ciudadana. El éxito de la prueba permitió su aplicación en las elecciones municipales del mismo año y, desde esa fecha, su utilización ha ido en aumento hasta las elecciones parlamentarias de marzo de 2020<sup>99</sup>.

En la experiencia estonia, el sufragio por internet se entendió como una alternativa viable de votación, confiable para los ciudadanos y que permitiría aumentar los niveles de participación política, especialmente entre los votantes más jóvenes. No obstante, las expectativas teóricas no se han contrastado con datos empíricos que demuestren un aumento significativo en los niveles de participación política<sup>100</sup>. Sí ha existido, por el contrario, un aumento en el número de electores que tradicionalmente habían votado con cédulas de papel y que progresivamente migraron al sufragio por internet. En este sentido, mientras en las elecciones de 2005 tan solo el 1, 85% de los electores votaron por internet, en las elecciones de 2017 votaron por internet un 32 % de los electores<sup>101</sup>. Esta tendencia alcista alcanzó un máximo histórico del 44% en las elecciones parlamentarias de marzo de 2020<sup>102</sup>.

---

Biometr%C3%ADa\_y\_voto\_electr%C3%B3nico\_Balances\_y\_perspectivas\_a\_partir\_de\_las\_elecciones\_de\_2014\_en\_Brasil. Acceso: 26 sep. 2019.

<sup>95</sup> Viollier, Pablo; Riveros, Bastián. Voto electrónico en Chile: una evaluación desde una perspectiva técnica, jurídica y política. *Revista Cultura-Hombre-Sociedad, Universidad Católica de Temuco*, v. 28, n. 2, p. 12-40, dic. 2018.

<sup>96</sup> Talavera, Patricio. Biometría y voto electrónico. Balances y perspectivas a partir de las elecciones de 2014 en Brasil. *Ponencia preparada para el CONGRESO NACIONAL DE CIENCIA POLÍTICA*, 12., organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, p. 1-28. agosto de 2015. Disponible en: [https://www.academia.edu/23783556/Biometr%C3%ADa\\_y\\_voto\\_electr%C3%B3nico\\_Balances\\_y\\_perspectivas\\_a\\_partir\\_de\\_las\\_elecciones\\_de\\_2014\\_en\\_Brasil](https://www.academia.edu/23783556/Biometr%C3%ADa_y_voto_electr%C3%B3nico_Balances_y_perspectivas_a_partir_de_las_elecciones_de_2014_en_Brasil). Acceso: 26 sep. 2019.

<sup>97</sup> Brunazo, Amílcar. El voto electrónico en Brasil. En: Tula, María Inés (comp.). *Voto Electrónico. Entre votos y máquinas. Las nuevas tecnologías del proceso*. Buenos Aires: Ariel, 2005.

<sup>98</sup> Leetaru, Kalev. *How Estonia's e-voting system could be the future*. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/kalevleetaru/2017/06/07/how-estonias-e-voting-system-could-be-the-future/#655741c93b95>. Acceso: 21 sep. 2020.

<sup>99</sup> Madise, Ülle; Maaten, Epp; Vinkel, Priit. Voto por Internet en Estonia. En: Ayala, Alfonso(coord.). *Nuevas avenidas de la democracia contemporánea*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 575-601.

<sup>100</sup> Madise, Ülle; Maaten, Epp; Vinkel, Priit. Voto por Internet en Estonia. En: Ayala, Alfonso(coord.). *Nuevas avenidas de la democracia contemporánea*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 575-601.

<sup>101</sup> Presno, Miguel. Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 173, p. 277-304, jul./sep. 2016.

<sup>102</sup> El Nacional. *El caso de éxito del voto electrónico en Estonia. ¿Podrá replicarse en Catalunya?* Disponible en: [https://www.elnacional.cat/es/tecnologia/voto-electronico-estonia-catalunya\\_363339\\_102.html](https://www.elnacional.cat/es/tecnologia/voto-electronico-estonia-catalunya_363339_102.html). Acceso: 21 de septiembre de 2020.

El procedimiento de votación por internet se inicia visitando el sitio web de las elecciones. Se requiere como paso previo que el elector se identifique utilizando su tarjeta nacional de identificación electrónica (*National ID Cards*) y su código PIN. Una vez que ha ingresado en el sistema y ha verificado su identidad, el elector emite su sufragio seleccionando al candidato de su preferencia. Como último paso, debe confirmar su preferencia firmando digitalmente y enviando digitalmente su sufragio. La dinámica del sufragio por internet presenta, en este sentido, ciertas similitudes con otras actividades que se pueden realizar mediante una conexión a la web, como operaciones bancarias o compras<sup>103</sup>.

La salvaguarda de la integridad del proceso electoral por internet es una de las claves de bóveda del sistema. En este sentido, a partir de 2013, el Comité Electoral Nacional de Estonia implementó un proyecto de verificación de votos en virtud del cual los electores tienen la posibilidad de contrastar si su sufragio se recibió en el servidor central. Este doble chequeo requiere que los electores cuenten con teléfonos inteligentes o *tablets* y una aplicación especial para hacer la lectura de un código QR que aparece en la pantalla del dispositivo al finalizar la votación. La lectura del código QR permite la descarga del sufragio electrónico encriptado, la comprobación del sentido del voto y su recepción por el servidor central<sup>104</sup>.

Es de destacar, dentro de las características del *e-voto*, el derecho de los electores a modificar el sentido de su voto. Un elector puede, en efecto, modificar ilimitadamente su boleta virtual, contabilizándose como sufragio válido el último emitido o bien aquél que haya sido emitido en papel en una casilla tradicional de votación el día de la elección. Dicho con otras palabras: en caso de existir varios sufragios por internet se considerará válido el último; en caso de existir uno o varios votos electrónicos y uno en cédula de papel se contabilizará este último, declarándose nulos los emitidos previamente por internet. Esta facultad de modificación del sufragio solo puede ser ejercida por los electores durante los días de votación por adelantado, plazo que expira 48 horas antes de la jornada electoral<sup>105</sup>.

El derecho a modificar el sufragio, implementado por el Estado como parte de sus obligaciones de prestación, encuentra su justificación en garantizar dos premisas básicas del contenido esencial del derecho de sufragio: su carácter libre y secreto. De esta forma, se garantiza un ámbito de libertad del elector frente a injerencias injustificadas. Como afirmó la propia Cámara de Revisión Constitucional de Estonia, la posibilidad de modificar el sufragio es un factor no desdeñable de desmotivación para aquellos que ilegítimamente han influido sobre quien ha votado sufriendo coacciones<sup>106</sup>.

De lo hasta aquí expuesto puede deducirse que esta es la historia de un éxito que se ha sostenido en varios pilares interrelacionados: el elevado nivel educativo de la ciudadanía estonia, el alto nivel de penetración de internet, el reducido número de electores, el uso facultativo y no exclusivo del *e-voto*, su extensión territorial, su clima invernal, etc. Con todo, ha sido la labor decidida del Estado en salvaguardar las garantías mínimas del sufragio el elemento diferencial que ha permitido desarrollar un clima de confianza recíproco entre la población estonia y las instituciones estatales. Un hecho que contrasta, dicho sea de paso, con las fallas experimentadas en el sufragio electrónico en Brasil y que plantearon dudas respecto a la integridad del proceso electoral.

<sup>103</sup> Vassil, Kristjan; Solvak, Mihkel; Vinkel, Priit; Trechsel, Alexander y Álvarez, Michael. The diffusion of internet voting. Usage patterns of internet voting in Estonia between 2005 and 2015. *Government Information Quarterly*, 33, p. 453-459, jul. 2016.

<sup>104</sup> Madise, Ülle; Maaten, Epp; Vinkel, Priit. Voto por Internet en Estonia. En: Ayala, Alfonso(coord.). *Nuevas avenidas de la democracia contemporánea*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 575-601.

<sup>105</sup> Barrat, Jordi. El secreto del voto en el sufragio por internet. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública, Universidad de Guanajuato*, v. 1, n. 2, p. 57-71, jul./dic. 2012.

<sup>106</sup> Sentencia de la Cámara de Revisión Constitucional de la Suprema Corte de Estonia. Decisión núm. 3-4-1-13-05. Véase en Madise, Ülle; Maaten, Epp; Vinkel, Priit. Voto por Internet en Estonia. En: Ayala, Alfonso(coord.). *Nuevas avenidas de la democracia contemporánea*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 575-601.

## 6 El sufragio electrónico ante las dimensiones subjetiva y objetiva del derecho fundamental de sufragio

Como se ha tenido ocasión de comprobar, la literatura jurídica y las experiencias comparadas aquí analizadas revelan la existencia de ciertos condicionantes de carácter jurídico, sociales, culturales y técnicos que han de considerarse para la adecuada implementación del sufragio electrónico. Ni que decir tiene que la observancia y cumplimiento de estas condiciones tendrá una influencia innegable en el éxito o fracaso de estos mecanismos de votación. Igualmente, es una obviedad afirmar que el análisis de cada uno de los presupuestos es un trabajo interdisciplinar que excede el objetivo del presente trabajo. Por ello, nos ceñiremos al desarrollo de los presupuestos jurídicos esenciales que han de garantizarse por cualquier sistema de sufragio electrónico.

Como es ampliamente conocido, los principios constitucionales elementales del derecho de sufragio comunes a cualquier Estado democrático reproducen los siguientes caracteres: universal, libre, igualitario, personal y secreto<sup>107</sup>.

Comenzando por el carácter universal del derecho de sufragio, se entiende como: a) la exigencia de incluir al mayor número de personas en el proceso electoral prescindiendo, para ello, de cualquier circunstancia personal, social, cultural, económica, ideológica, política o étnica; b) la exigencia de justificación conforme a principios constitucionales democráticos en casos hipotéticos de exclusión de determinados grupos de personas<sup>108</sup>.

En este sentido, cualquiera sea la noción de la universalidad del sufragio que se adopte se ha de entender como presupuesto de partida para la implementación del sufragio electrónico la garantía de no exclusión de los votantes que tradicionalmente han participado de los procesos electorales; es decir, que quienes son titulares del derecho fundamental de sufragio lo puedan seguir ejerciendo sin ningún tipo de obstáculo<sup>109</sup>. Esta garantía exige que los mecanismos de votación electrónica han de ser comprensibles y de fácil uso para todos los electores, posibilitando a su vez la inclusión de aquellos ciudadanos que por las razones ya indicadas se han visto impedidos de ejercer su derecho de voto. Hablamos, por ejemplo, de las personas discapacitadas, las personas en el extranjero, los analfabetos, etc<sup>110</sup>.

En este punto, y a tenor de las experiencias empíricas analizadas, es posible sostener que el sufragio electrónico asegura el carácter universal. Por una parte, tiene el potencial de facilitar el sufragio y la accesibilidad al mismo en aquellas áreas de difícil acceso, aumentando con ello el universo de electores potenciales y salvaguardando aquellos ya incorporados al circuito electoral<sup>111</sup>. No obstante, y como ya se advirtió, la introducción del sufragio electrónico ha de ser gradual y debe estar acompañada de un proceso educativo dirigido por el Estado y orientado a la totalidad los actores del sistema. Con ello, se evita el efecto adverso de constituirse en una verdadera barrera de entrada para ciertos segmentos del cuerpo electoral. Dicho en términos directos: la accesibilidad universal a los sistemas de votación electrónica y la capacitación del cuerpo electoral son dos requisitos previos a la plena implantación del sufragio electrónico. Mientras tanto, el uso de estos mecanismos debe ser considerado facultativo para los electores y complementario a los sistemas tradicionales de votación en papel<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> Presno, Miguel. Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 173, p. 277-304, jul./sep. 2016.

<sup>108</sup> Marshall, Pablo. El Derecho de Sufragio. En: Salgado, Constanza; Contreras, Pablo (ed.). *Curso de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 605-630.

<sup>109</sup> Gálvez, Luis; Ruiz, José. El voto electrónico y el test de calidad; o de cuatro bodas complicadas y un posible funeral. *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 81, p. 253-274, mayo/ago. 2011.

<sup>110</sup> Comité de Ministros del Consejo de Europa. *Recomendación a los Estados miembros sobre los estándares legales, procedimentales y técnicos de los sistemas de votación electrónica*. Estrasburgo. 2004. Disponible en: [https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/E-votingRec\\_Spanish.asp](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/E-votingRec_Spanish.asp). Acceso: 05 mar. 2021.

<sup>111</sup> Costa, Joelson. E-voting en Brasil. En: Ayala, Alfonso(coord.). *Democracia en la era digital*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. p. 119-139.

<sup>112</sup> Comité de Ministros del Consejo de Europa. *Recomendación a los Estados miembros sobre los estándares legales, procedimentales y técnicos de los sistemas de votación electrónica*. Estrasburgo. 2004. Disponible en: [https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/E-votingRec\\_Spanish.asp](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/E-votingRec_Spanish.asp).

La libertad del ejercicio del derecho de sufragio se refiere a la inexistencia de presiones o injerencias externas que restrinjan o limiten la capacidad de decisión de los electores. Esta exigencia, como es fácilmente deducible, está directamente relacionada con la vigencia del principio democrático<sup>113</sup>. En este sentido, el Estado ha de garantizar el establecimiento de condiciones adecuadas para que el elector ejerza su derecho sin coacciones provenientes del exterior.

En este sentido, los sistemas de votación electrónico deben resguardar la libre formación y expresión de la opinión de los electores. Una medida adecuada en este sentido consiste en la posibilidad de modificar el sentido del sufragio y, en los casos más extremos, interrumpir el proceso de votación cuando se vea afectada la libertad de los electores. Por último, la libertad exige que el sistema de sufragio electrónico contemple la posibilidad de votar en blanco o el voto nulo como expresión de protesta frente al funcionamiento del sistema político<sup>114</sup>.

El grado de consecución de esta garantía es desigual en uno y otro modelo de sufragio electrónico. Mientras en el supuesto del voto electrónico presencial no plantea problemas, la situación se reviste de mayor complejidad en el supuesto del sufragio por internet, ya que se ejerce con carácter general en ausencia y sin los controles propios de las autoridades electorales<sup>115</sup>. Esta circunstancia puede generar presiones y amenazas que condicionen su libre ejercicio.

La garantía de la igualdad se refiere a que a cada ciudadano le corresponda igual cantidad de votos en las elecciones y cada uno de esos votos se cuente por igual. Dicho en otros términos: esta garantía exige la obligación de atribuir el mismo valor a todos los sufragios emitidos como forma de garantizar el pluralismo y la igualdad política. *A sensu contrario*, queda excluida la posibilidad de establecer sistemas de sufragio plural en que se le reconozca un mayor valor al sufragio de cualquier ciudadano sobre otro o la posibilidad de que un ciudadano pueda votar más de una vez en la misma elección<sup>116</sup>.

Esta garantía exige un alto estándar de cumplimiento a los sistemas de votación electrónicos. En primer lugar, se deben evitar errores de escrutinio e intentos de fraudes electorales<sup>117</sup>. Asimismo, las medidas adoptadas por la autoridad electoral deben ser compatibles con la libertad de voto. En este punto, como se ha visto en el caso estonio, resulta de especial utilidad la posibilidad de modificar ilimitadamente el sufragio durante un lapso de tiempo. Las autoridades, por su parte, deben garantizar que el sufragio sea contabilizado una sola vez con independencia del número de veces que haya sido modificado. En aquellos casos que existan sistemas de votación mixtos, el órgano electoral debe asegurar que solo se contabilizará un voto por elector, no siendo relevante el sistema utilizado para ello.

El sufragio por internet genera dudas legítimas respecto a la igualdad del voto. No resulta arriesgado afirmar la existencia, en líneas generales, de brechas digitales que afectan con especial incidencia a las personas de menores ingresos y mayor edad. Esta realidad coloca en tela de juicio el resguardo de la igualdad de voto en la modalidad de «sufragio en ausencia». Sin perjuicio de lo anterior, el sufragio por internet tiene a su vez el potencial de resolver unos de los aspectos más delicados de la igualdad de voto: el valor que se le reconoce a cada sufragio dependiendo de la circunscripción y del número de cargos que se elijan en cada una de ellas. En este sentido, su implementación supondría redefinir el concepto de circunscripción y territorialidad con la finalidad de establecer criterios que permitan garantizar la igualdad del valor.

---

Texts/Recommendations/E-votingRec\_Spanish.asp. Acceso: 05 mar. 2021.

<sup>113</sup> Presno, Miguel. Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 173, p. 277-304, jul./sep. 2016.

<sup>114</sup> Marshall, Pablo. Sufragio por Internet: análisis teórico y comparado. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales, Universidad Nacional Autónoma de México*, n. 39, p. 261-293, jul./dic. 2018.

<sup>115</sup> Gálvez, Luis; Ruiz, José. El voto electrónico y el test de calidad; o de cuatro bodas complicadas y un posible funeral. *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 81, p. 253-274, mayo/ago. 2011.

<sup>116</sup> Marshall, Pablo. El Derecho de Sufragio. En: Salgado, Constanza; Contreras, Pablo (ed.). *Curso de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 605-630.

<sup>117</sup> Gálvez, Luis; Ruiz, José. El voto electrónico y el test de calidad; o de cuatro bodas complicadas y un posible funeral. *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 81, p. 253-274, mayo/ago. 2011.

La garantía de sufragio personal parte de una afirmación básica: no se debe confundir el carácter personal del sufragio con su presencialidad forzosa. El carácter personal del voto supone que debe ser ejercido de manera exclusiva por su titular. Quedan excluidas la sustitución y delegación del voto por terceros<sup>118</sup>. Por su parte, la presencialidad exige la comparecencia del votante al acto electoral.

Los sistemas de votación electrónico presencial no presentan mayores inconvenientes para asegurar la personalidad del voto al existir mecanismos que permiten una adecuada identificación de los electores. En este punto, la experiencia empírica brasileña provee mecanismos satisfactorios como los sistemas de identificación dactilar y la biométrica que, por su idoneidad, han sido incorporados dicho sea de paso al sistema electoral colombiano<sup>119</sup>. Los problemas, nuevamente, surgen con el sufragio por internet. En este modelo, la votación se realiza en un entorno no controlado por la autoridad electoral y, en consecuencia, no existe la certeza absoluta sobre la identidad real de quien ha emitido el sufragio sea realmente al elector, pudiendo producirse la suplantación del mismo<sup>120</sup>. Si bien la personalidad no es idéntica a la presencialidad, no es menos cierto que son elementos que se encuentran asociados. La presencialidad, no es vano recordarlo, está condicionada al control inmediato y directo de las autoridades electorales que, resta decirlo, reduce las posibilidades de suplantar a uno o varios electores.

El secreto del sufragio surge como una forma de asegurar la libertad del voto y se relaciona con una concepción no deliberativa del sistema democrático, según la cual el elector es un elemento esencial de la comunidad política y dotado de la capacidad para decidir en soledad el destino del colectivo<sup>121</sup>. El contenido del secreto de voto implica que la preferencia del elector no puede ser conocida por una persona diferente de sí mismo, a menos que concurra su propio consentimiento<sup>122</sup>.

Si para los sistemas tradicionales de votación resulta difícil asegurar el secreto del voto, esta exigencia se agrava en los sistemas de votación electrónicos, en los cuales no existe un respaldo físico de los votos emitidos por los electores. Con la finalidad de superar esta contrariedad, se ha planteado que los sistemas de votación electrónica sean diseñados para salvaguardar el anonimato del votante desde el momento de la autenticación hasta el momento del escrutinio, no dando espacio a la posibilidad de reconstruir el vínculo entre el votante y su voto<sup>123</sup>.

Del análisis aquí realizado se pueden extraer algunas conclusiones parciales que conviene señalar. La primera – con las limitaciones propias del universo comparado analizado – es que a día de hoy los sistemas de votación electrónico no son completamente seguros al existir la probabilidad de sufrir ataques procedentes de terceros ajenos al proceso electoral. En el caso del voto electrónico presencial, las incertidumbres incluyen brechas de seguridad en el hermetismo de los dispositivos de votación – como se ha visto en el caso brasileño – o la decodificación de las emisiones electromagnéticas de las máquinas que hacen factible conocer el contenido de los votos y la identidad de los electores.

Esta incertidumbre se hace aún más evidente en el caso del e-voto ante la inexistencia de los controles que existen en los locales de votación. Además, esta modalidad lleva aparejada el riesgo de privatizar las elec-

<sup>118</sup> Marshall, Pablo. El Derecho de Sufragio. En: Salgado, Constanza; Contreras, Pablo (ed.). *Curso de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 605-630.

<sup>119</sup> Padrón, Floralba. E-voting en Colombia: avances y desafíos en la implementación. *Revista Derecho del Estado, Universidad de Externado de Colombia*, n. 42, p. 211-248, ene./abr. 2019.

<sup>120</sup> Gálvez, Luis; Ruiz, José. El voto electrónico y el test de calidad; o de cuatro bodas complicadas y un posible funeral. *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 81, p. 253-274, mayo/ago. 2011.

<sup>121</sup> Barrat, Jordi. El secreto del voto en el sufragio por internet. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública, Universidad de Guanajuato*, v. 1, n. 2, p. 57-71, jul./dic. 2012.

<sup>122</sup> Marshall, Pablo. El Derecho de Sufragio. En: Salgado, Constanza; Contreras, Pablo (eds.). *Curso de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 605-630.

<sup>123</sup> Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendación a los Estados miembros sobre los estándares legales, procedimentales y técnicos de los sistemas de votación electrónica. Estrasburgo. 2004. Disponible en: [https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/E-votingRec\\_Spanish.asp](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/E-votingRec_Spanish.asp). Acceso: 05 mar. 2021.

ciones<sup>124</sup>. Ha de recordarse que el acto de votar se realiza mediante dispositivos personales de los electores y, en consecuencia, resulta mucho más fácil vulnerar la reserva del sufragio.

Más allá de las modalidades de introducir brechas de seguridad y confidencialidad que se han puesto de manifiesto en los procesos de sufragio electrónico, hay otra incertidumbre que apuntar: en última instancia, puede bastar con interceptar la información contenida en los servidores de almacenamiento de datos para saber cómo votó cada persona. Esta es una posibilidad que no se da en la modalidad tradicional de sufragio mediante papeleta electoral; en efecto, una vez depositado el voto en la urna, este se entremezcla con los demás y hace imposible vincularlo con algún elector en particular<sup>125</sup>.

## 7 Conclusiones

Las restricciones de movilidad y la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 ha motivado la reactivación de la discusión política y académica sobre la conveniencia de implantar sistemas de votación alternativos al sufragio tradicional. La variable considerada se refiere, como es fácilmente deducible, a la implantación del sufragio electrónico – presencial o por internet – en los procesos electorales.

Las ventajas asociadas a su establecimiento han sido puestas de manifiesto mediante el estudio del estado del arte doctrinal y el recurso – parcial por cuestiones de oportunidad – a la praxis de Derecho comparado brasileño y estonio. Debe decirse que los beneficios no son en modo alguno desdeñables. El sufragio electrónico es un sistema muy celer, ágil y medioambientalmente sostenible. No puede decirse lo mismo en relación a su idoneidad para paliar una variable endémica de los sistemas democráticos actuales: las tasas de abstención electoral que se expresan con especial intensidad entre los más jóvenes. Esta característica del sistema ha sido reconocida por la doctrina especializada como fatiga democrática y/o desafección política. En este contexto, las severas restricciones de la movilidad e incremento de las dificultades logísticas derivadas de la crisis de salud pública provocada por la COVID-19 solo arrojan una mayor incertidumbre a este contexto.

Continuando con este punto, no parece existir una posición doctrinal mayoritaria ni suficiente información empírica sobre los beneficios – en términos de aumento considerable de la participación electoral – que conllevaría la implantación generalizada del sistema de sufragio electrónico. Se intuye, por el contrario, cierto aire de voluntarismo por parte de algunos sectores tecnófilos cuya euforia por las propiedades terapéuticas de la democracia digital convendría rebajar.

Otra de las ventajas que promueve el sufragio electrónico es el potencial inclusivo de grupos sociales tradicionalmente excluidos del proceso electoral. Este beneficio traería consigo, a su vez, un fortalecimiento de las habilidades informáticas de tales sectores y la construcción, por extensión, de nuevos espacios de deliberación democrática entre diversos sectores de la sociedad.

En este punto, debe realizarse una matización: las ventajas aquí puestas de manifiesto están analizadas principalmente en el plano doctrinal y deben, en consecuencia, relativizarse ante la falta de un análisis empírico más solvente. Los modelos brasileño y estonio nos han proporcionado datos parciales que permiten realizar conjeturas mínimamente fundamentadas, pero no concluyentes. La deseable completud del análisis requiere tener en cuenta otras variables extrajurídicas, cuyo análisis excede completamente el modesto objetivo de este trabajo y que también inciden en la posible incorporación del sistema electrónico de votación: el grado de madurez democrática de los operadores políticos, la mayor o menor cultura de participación electoral, los incentivos a la participación de los jóvenes y su afiliación a partidos, la distribución geográfica

<sup>124</sup> GONZÁLEZ, Luis. Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia (I). *Revista Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, n. 74, p. 163-209, ene./abr. 2009.

<sup>125</sup> Barrat, Jordi. El secreto del voto en el sufragio por internet. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, Universidad de Guanajuato, v. 1, n. 2, p. 57-71, jul./dic. 2012.

y territorial del país, la brecha digital, el pluralismo étnico, etc...

La principal incertidumbre de la introducción generalizada del sistema de sufragio electrónico es aquella que guarda relación con la salvaguarda de tres principios constitucionales esenciales del derecho de sufragio y cuya vulneración desnaturalizaría su esencia: su carácter secreto, libre e igualitario. En este sentido, tan solo la universalidad no plantea problema a tenor de los argumentos aquí presentados a favor del potencial inclusivo de los grupos sociales tradicionalmente excluidos. Tampoco afecta a la exclusión de aquellos grupos normalmente incluidos en el proceso electoral. No son pocos, sin embargo, los medios y métodos informáticos analizados a través de los cuales se puede poner en entredicho la imprescindible libertad, igualdad y carácter secreto del voto. No hay como negar, en consecuencia, que el voto tradicional mediante el depósito de papeleta en urna presenta mayores certidumbres en el mantenimiento de tales garantías.

De los pros y contras aquí evaluados puede concluirse que es necesario repensar la conveniencia de sustituir el modelo tradicional de votación por el sufragio electrónico. Su implantación progresiva al estilo de Estonia parece una medida prudente, con las limitaciones ya anteriormente apuntadas. Por el contrario, las ventajas no parecen ser tan relevantes como las incertidumbres relativas a la salvaguarda de las características configuradoras del derecho de sufragio ya advertidas. Su posible vulneración, prácticamente descartadas en el modelo tradicional, acabaría desnaturalizando el derecho de sufragio y, paralelamente, generaría mayores problemas en el funcionamiento y legitimidad del sistema democrático de los que a día de hoy parece poder resolver.

## Referencias

Aguirre, Jorge. Aportes de la web a la participación ciudadana y la representatividad democrática. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile*, v. 4, n. 1, p. 145-186, primer semestre, 2015.

Aleuy, Mahmud. La votación electrónica. Em: Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; VIERA-GALLO, José; WALKER, Ignacio (ed.). *Modernización del Régimen Electoral Chileno*. Santiago de Chile-CIEPLAN, 2007. p. 221-240. Disponible en [http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/112/Capitulo\\_2.pdf](http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/112/Capitulo_2.pdf). Acceso: 05 mar. 2021.

ARAGÓN, Manuel. Derecho de sufragio: principio y función. En: NOHLEN, Dieter; ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús; THOMPSON, José (comp.). *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007.

Barrat, Jordi. El secreto del voto en el sufragio por internet. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública, Universidad de Guanajuato*, v. 1, n. 2, p. 57-71. Jul./dic. 2012.

Barrat, Jordi. Observación electoral y voto electrónico. *Revista Catalana de Dret Públic, Generalitat de Catalunya: Escola d'Administració Pública de Catalunya*, n. 39, p. 277-296, dic. 2009.

Barrientos, Fernando. Dimensiones discursivas en torno al voto electrónico. *Revista de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile*, v. 27, n. 1, p. 111-131, 2007.

Bastida, Francisco. Elecciones y Estado democrático de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 32, p. 115-134, 1991.

Bobbio, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Traducción de Fernández, José. México DF: Fondo de Cultura Económica de México, 1986.



Brunazo, Amílcar. El voto electrónico en Brasil. En: Tula, María Inés (comp.). *Voto Electrónico*. Entre votos y máquinas. Las nuevas tecnologías del proceso. Buenos Aires: Ariel, 2005.

CARRO, Antonio. *Derecho Político*. Madrid: Editorial Universidad de Madrid, 1959.

CHUAQUI, Tomás. Participación Electoral Obligatoria: Una Defensa. Em: Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; VIERA-GALLO, José; WALKER, Ignacio (ed.). *Modernización del Régimen Electoral Chileno*. Santiago de Chile-CIEPLAN, 2007, p. 183-203. Disponible en <https://www.cieplan.org/wp-content/uploads/2019/12/Modernizacion-del-regimen-electoral-chileno.pdf>. Acceso: 05 mar. 2021.

Comité de Ministros del Consejo de Europa. *Recomendación a los Estados miembros sobre los estándares legales, procedimentales y técnicos de los sistemas de votación electrónica*. Estrasburgo. 2004. Disponible en: [https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/E-votingRec\\_Spanish.asp](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/E-votingRec_Spanish.asp). Acceso: 05 mar. 2021.

Costa, Joelson. E-voting en Brasil. En: Ayala, Alfonso(coord.). *Democracia en la era digital*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Librería F. Beltrán, 1926. Traducción, prólogo y apéndice de ACUÑA, José.

El Nacional. *El caso de éxito del voto electrónico en Estonia. ¿Podrá replicarse en Catalunya?* Disponible en [https://www.elnacional.cat/es/tecnologia/voto-electronico-estonia-catalunya\\_363339\\_102.html](https://www.elnacional.cat/es/tecnologia/voto-electronico-estonia-catalunya_363339_102.html). Acceso: 21 sep. 2020.

Fernández, Rosa. El voto electrónico: El caso vasco. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 112, p. 199-236, abr./jun. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Traducción de DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo. Madrid: Trotta, 2001.

GÁLVEZ, Luis. El Derecho de Sufragio en el Siglo XX. *En Derechos y Libertades de la Universidad Carlos III de Madrid*, n. 31, p. 163-189, jun. 2014.

Gálvez, Luis; Ruiz, José. El voto electrónico y el test de calidad; o de cuatro bodas complicadas y un posible funeral. *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 81, p. 253-274, mayo/ago. 2011.

García, María. *Elementos de Derecho Electoral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

González, José; del Nogal, José; Müller, Roger. Venezuela: El voto electrónico. Auditorias y legitimidad del sistema automatizado de votación. *Revista Espacio Abierto, Universidad del Zulia*, v. 21, n. 2, p. 305-321, abr./jun. 2012.

González, Luis. Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia (I). *Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 74, p.163-209, ene./abr. 2009.

González, Luis. Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia (II). *Revista Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, n. 77, p.213-249, ene./abr. 2010.

HERRERA, Edgard; VILLALOBOS, Enrique. Sufragio y Principio democrático: Consideraciones sobre su existencia y vinculación. *Revista de Derecho Electoral*, n. 1, p. 89-108, primer semestre 2006.

Kelsen, Hans. *Compendio de Teoría general del Estado*. [S.l.]: Colofón, 1992. Traducción de Recaséns, Luis y de Ascárte, Justino.

Leetaru, Kalev. *How Estonia's e-voting system could be the future*. Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/kalevleetaru/2017/06/07/how-estonias-e-voting-system-could-be-the-future/#655741c93b95>. Acceso: 21 sep. 2020.

- López, José; de Santiago, Monserrat. Significado y función del derecho de sufragio en la actividad electoral de un Estado democrático. *Revista Novum Jus*, v. 12, n. 1, p. 59-82. ene./jun. 2018.
- Madise, Ülle; Maaten, Epp; Vinkel, Priit. Voto por Internet en Estonia. En: Ayala, Alfonso(coord.). *Nuevas avenidas de la democracia contemporánea*. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- Marshall, Pablo. El derecho a votar desde el extranjero. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. XXIV, n. 2, p. 139-161, dic. 2011.
- Marshall, Pablo. El Derecho de Sufragio. En: Salgado, Constanza; Contreras, Pablo (ed.). *Curso de Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- MARSHALL, Pablo. El derecho y la obligación de votar. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. XXII, p. 77-91, jul. 2009.
- Marshall, Pablo. Elecciones representativas y legitimidad democrática: una mirada desde las concepciones normativas de la democracia. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. XXX, n. 2, p. 275-299, dic. 2017.
- Marshall, Pablo. Sufragio por Internet: análisis teórico y comparado. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 39, p. 261-293. jul./dic. 2018.
- Norris, Pippa. *E-Voting as the Magic Ballot*. Recuperado el 26 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=336542> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.336542>.
- Padrón, Floralba. E-voting en Colombia: avances y desafíos en la implementación. *Revista Derecho del Estado*, Universidad de Externado de Colombia, n. 42, p. 211-248, ene./abr. 2019.
- PAREDES, Felipe. *Teoría Constitucional y Bases de la Institucionalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- PRESNO, Miguel. El derecho de voto como derecho fundamental. *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, n. 2, p. 109-151, jul./dic. 2012.
- Presno, Miguel. *El Derecho de Voto*. Madrid: Tecnos, 2003.
- Presno, Miguel. Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, n. 173, p. 277-304, jul./sep. 2016.
- Richey, Sean. Who Votes Alone? The Impact of Voting by Mail on Political Discussion. *Australian Journal of Political Science*, v. 40, n. 3, p. 435-442. Sep. 2005.
- Sebastián, Luis. Reflexiones sobre democracia y representación. El sistema electoral valenciano. En: Nicasio, Blanca; Pérez, Marta (ed.). *Defender la Democracia. Estudios sobre la calidad democrática, buen gobierno y lucha contra la corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Sierra, Lucas. El Voto como Derecho: Una Cuestión de Principios. Em: Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; Viera-Gallo, José; Walker, Ignacio (ed.). *Modernización del Régimen Electoral Chileno*. Santiago de Chile-CIEPLAN, 2007. p. 157-181. Disponible em: <https://www.cieplan.org/wp-content/uploads/2019/12/Modernizacion-del-regimen-electoral-chileno.pdf>. Acceso: 05 marzo 2021.
- Sieyes, Emmanuel. *¿Qué es el tercer Estado?* [S.l.]: Omegalfa, 2019. Traducción en Clásicos de Historia.
- Solozábal, Juan. La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 70, p. 127-160, 2004.
- Solozábal, Juan. Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 4, 25 ago. 2016.
- SOTO, Francisco. Reflexiones sobre el voto obligatorio. *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, p. 339-351, 2018.

Talavera, Patricio. Biometría y voto electrónico. Balances y perspectivas a partir de las elecciones de 2014 en Brasil. *Ponencia preparada para el CONGRESO NACIONAL DE CIENCIA POLÍTICA*, 12., organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, p. 1-28. agosto de 2015. Disponible en: [https://www.academia.edu/23783556/Biometr%C3%ADa\\_y\\_voto\\_electr%C3%B3nico\\_Balances\\_y\\_perspectivas\\_a\\_partir\\_de\\_las\\_elecciones\\_de\\_2014\\_en\\_Brasil](https://www.academia.edu/23783556/Biometr%C3%ADa_y_voto_electr%C3%B3nico_Balances_y_perspectivas_a_partir_de_las_elecciones_de_2014_en_Brasil). Acceso: 26 sep. 2019.

Téllez, Julio. *El Voto Electrónico*. Coyoacán: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

Tokaji, Daniel. The Paperless Chase: Electronic Voting and Democratic Values. *En Public Law and Legal Theory Working Paper, Ohio State University Moritz College of Law*. Series n. 25, p. 1-95, dic. 2004.

Toudert, Djamel. Brecha digital, uso frecuente y aprovechamiento de Internet en México. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales, Universidad Autónoma del Estado de México*, n. 79, p. 1-27, ene./abr. 2019.

Tribunal Superior Eleitoral. *Segurança do processo eleitoral*. Informe explicativo. Disponible en: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/spe/>. Acceso: 21 sep. 2020.

Tula, María Inés. Democracia, elecciones y nuevas tecnologías. El voto electrónico. *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública, Universidad de Guanajuato*, v. 1, n. 2, p. 9-21. jul./dic. 2012.

URBINA, Francisco. Derecho de Sufragio: La debatida cuestión de su obligatoriedad. *Estudios Constitucionales*, v. 7, n. 1, p. 361-384, 2009.

Vassil, Kristjan; Solvak, Mihkel; Vinkel, Priit; Trechsel, Alexander; Álvarez, Michael. The diffusion of internet voting. Usage patterns of internet voting in Estonia between 2005 and 2015. *Government Information Quarterly*, 33, p. 453-459, Jul. 2016.

Viollier, Pablo; Riveros, Bastián. Voto electrónico en Chile: una evaluación desde una perspectiva técnica, jurídica y política. *Revista Cultura-Hombre-Sociedad, Universidad Católica de Temuco*, v. 28, n. 2, p. 12-40. dic. 2018.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Cognoscibilidade e controle social da transparência pública sob a égide da demodiversidade:** estudo empírico de portais eletrônicos ministeriais latino-americanos

**Cognoscibility and social control of public transparency under the aegis of demodiversity:** empirical study of Latin American ministerial electronic portals

Ana Carolina Campara Verдум

Leonardo Fontana Trevisan

Rosane Leal da Silva

# Cognoscibilidade e controle social da transparência pública sob a égide da demodiversidade: estudo empírico de portais eletrônicos ministeriais latino-americanos\*

## Cognoscibility and social control of public transparency under the aegis of demodiversity: empirical study of Latin American ministerial electronic portals

Ana Carolina Campara Verdum\*\*

Leonardo Fontana Trevisan\*\*\*

Rosane Leal da Silva\*\*\*\*

### Resumo

À luz da demodiversidade, o presente artigo discute os mecanismos de cognoscibilidade e controle social da transparência pública enquanto condições de possibilidade de práticas participativas e teledemocráticas. Com fulcro no referido marco teórico, objetiva-se analisar a consonância das legislações de acesso à informação das seis nações latino-americanas com melhor índice de desenvolvimento informacional, segundo a União Internacional de Telecomunicações, à Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação e dos *websites* ministeriais de tais países às normativas supracitadas no que tange à cognoscibilidade e controle social da transparência pública. Para tanto, emprega-se o método de abordagem dedutivo e faz-se uso dos procedimentos bibliográfico, documental, comparativo e de pesquisa de campo na *Internet*, a partir da técnica de observação sistemática, direta e não participativa. Conclui-se que as informações tidas como essenciais ao controle social e à cognoscibilidade da transparência pública pela Lei Modelo Interamericana – relatórios da implementação do acesso à informação e dados de contato dos Oficiais de Informação Pública (OIP) e das Comissões de Informação –, conquanto especificamente reguladas na maioria das nações analisadas (somente duas não instituem o OIP e uma negligencia a Comissão), estão integralmente presentes em apenas 15 dos 100 portais eletrônicos ministeriais examinados. A não concretização da cognoscibilidade e do controle social da transparência pública entrava a metatransparência, inviabilizando o desenvolvimento de práticas teledemocráticas e participativas. Portanto, o presente estudo científico contribui para o aprimoramento de políticas de transparência pública e ampliação do cânone democrático na América Latina.

**Palavras-chave:** Cognoscibilidade. Controle social. Demodiversidade. Transparência pública.

\* Recebido em 06/09/2020  
Aprovado em 26/02/2021

\*\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Núcleo de Direito Informacional (UFSM) e do Práxis – Coletivo de Educação Popular (UFSM). E-mail: carolinaverdum@hotmail.com

\*\*\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, na área de concentração “Direitos Emergentes na Sociedade Global”. Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Integrante do Núcleo de Direito Informacional/UFSM. E-mail: ft.leonardo97@gmail.com

\*\*\*\* Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na área de concentração “Direito, Estado e Sociedade”. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora associada da Universidade Federal de Santa Maria, nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito. Líder do Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio (UFN) e do Grupo de Pesquisa Núcleo de Direito Informacional (UFSM), ambos inscritos no CNPq. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente – NEJUSCA (UFSC). E-mail: rolealdasilva@gmail.com

## Abstract

Under the aegis of demodiversity, the present article discusses the mechanisms of cognoscibility and social control of public transparency as conditions of possibility for participatory and teledemocratic practices. Based on the aforementioned theoretical framework, this work has as objective to analyze the consonance of the legislation on access to information of the six Latin American nations with the best informational development index, according to the International Telecommunications Union, to the Model Inter-American Law on Access to Information and of the ministerial websites of such countries to the aforementioned norms regarding the cognoscibility and social control of public transparency. For this, the approach is deductive and makes use of bibliographic, documentary, comparative procedures, as well as field research on the Internet, using the technique of systematic, direct and non-participatory observation. It is concluded that the information considered essential to the social control and the cognoscibility of public transparency by the Model Inter-American Law - reports on the implementation of access to information, contact details of the Information Officers and Information Commissions –, although specifically regulated in the most of the nations analyzed (only two do not institute Information Officers and one neglects the Commission), are fully present in only 15 of the 100 ministerial sites examined. Failure to implement cognoscibility and social control of public transparency hinders metatransparency, making the development of teledemocratic and participatory practices unfeasible. Therefore, the present scientific study contributes to the improvement of public transparency policies and the expansion of the democratic canon in Latin America.

**Keywords:** Cognoscibility. Demodiversity. Public transparency. Social control.

## 1 Introdução

A presente pesquisa ambienta-se em um cenário de perda da demodiversidade e subsistência da Teoria Hegemônica da Democracia, cujo expoente é Norberto Bobbio. Mediante a supervalorização do proceduralismo representativo e da burocracia, a concepção mínima de Democracia, reproduzida nos países periféricos latino-americanos, degrada a participação popular direta, especialmente daqueles já excluídos por sua vulnerabilidade política.

Face a isso, propõe-se a combinação das práticas da Democracia representativa com modelos participativos e teledemocráticos. Para tanto, recorre-se à Teoria Simbólica da Democracia, imaginando novos horizontes de sentidos políticos com fulcro na diversidade cultural e na outridade.

Nesse diapasão, tem-se, como constante das experiências democráticas propostas, a concretização do direito de acesso à informação pública, sem o qual resta prejudicada a participação direta e informada dos (ciber)cidadãos nas decisões políticas. Para a consolidação de tal direito, faz-se imprescindível a implementação de mecanismos de cognoscibilidade e controle social da transparência pública, de modo que se possa fomentar uma metatransparência – política de transparência transparente que possibilita aos cidadãos o acompanhamento da implementação do acesso à informação pública. Trata-se de um compromisso ético que permite colocar em movimento os desejos inerentes à Democracia, enquanto espaço produtivo: conhecer para cuidar e cuidar para conhecer.

Na América Latina, a Lei Modelo de Acesso à Informação, consolidada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) para compilar diretrizes regionais, estabelece a imprescindibilidade de mecanismos de cognoscibilidade e controle social da transparência pública, dentre os quais destacam-se: a nomeação de um Oficial de Informação Pública, a instituição de uma Comissão de Informação e a publicização periódica de relatórios acerca da implementação do acesso à informação. Por conseguinte, questiona-se: estão as legislações de direito informacional público dos seis países latino-americanos com melhor desenvolvimento tec-

nológico adequadas à Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação no que atine aos mecanismos de cognoscibilidade e controle social? E em acréscimo, é possível afirmar que os portais eletrônicos ministeriais dos respectivos países disponibilizam, espontaneamente, as informações necessárias para oportunizar a cognoscibilidade e o controle social da transparência pública?

A fim de responder aos questionamentos de pesquisa, emprega-se o método de abordagem dedutivo, considerando-se que, a partir do exame da consonância das legislações nacionais à Lei Modelo Interamericana sobre Acesso às Informações Públicas e dos sítios ministeriais a essas normativas, pode-se atestar se os órgãos em estudo disponibilizam informações que endossam aos cidadãos os direitos à cognoscibilidade e controle social da transparência pública.

Quatro são os procedimentos que subsidiam a presente pesquisa. O primeiro é o bibliográfico, uma vez que se explorou a literatura pertinente à temática em estudo. O segundo é o documental, visto que se lapidaram, teoricamente, dados constantes em fontes primárias com base no marco teórico que fundamenta a pesquisa. O terceiro é o comparativo, por meio do qual cotejaram-se normativas latino-americanas em matéria de acesso à informação pública e os dados obtidos por meio da análise dos sítios eletrônicos ministeriais que compõem o corpo do estudo.

O quarto é a pesquisa de campo na rede mundial de computadores, com base na técnica da observação direta, sistemática e não participativa dos cem portais virtuais dos ministérios que integram a estrutura orgânica dos seis países com melhor desenvolvimento informacional segundo a União Internacional de Telecomunicações – Uruguai, Argentina, Chile, Costa Rica, Brasil e Colômbia<sup>1</sup>. Para o estudo empírico, desenvolveu-se um formulário, cujas categorias de análise foram extraídas da Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação. Preencheu-se tal formulário com os dados coletados a partir da observação dos *websites* e elaboraram-se gráficos para ilustrá-los estatisticamente.

Como marco teórico, utiliza-se a concepção de demodiversidade, tal qual teorizada por Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer na obra “Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa”. Destarte, na primeira seção do artigo, apresentou-se a teoria de base, propondo a compreensão dos mecanismos de cognoscibilidade e controle social da transparência pública no contexto das experiências participativas, teledemocráticas e simbólicas. Com fulcro nessa construção teórica, na segunda seção do artigo, realizou-se a análise da adequação das normativas nacionais em matéria de acesso à informação ao modelo interamericano, bem como a apresentação e interpretação dos dados coletados nos portais eletrônicos ministeriais.

A presente produção científica é resultado dos estudos desenvolvidos no Núcleo de Direito Informacional da Universidade Federal de Santa Maria, por ocasião do projeto de pesquisa “O Estado na sociedade em rede: experiências democráticas de promoção de direitos fundamentais, acesso à justiça e transparência na América Latina e Caribe”, coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosane Leal da Silva.

## **2 Cognoscibilidade e controle social como componentes de uma teoria demodiversa: entre Democracia mínima e Democracia simbólica**

Consonante Montesquieu<sup>2</sup>, aqueles que detêm poder tendem a abusar dele enquanto não encontrarem limites. Essa clássica asserção, de que o poder corrompe se não controlado, permanece válida na atualidade, posto que, não obstante certas nações presidam o aprofundamento de liberdades políticas intrínsecas

<sup>1</sup> UIT. *Measuring the Information Society 2017*. Genebra: UIT, 2017. v. 1. Disponível em: [https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2017/MISR2017\\_Volume1.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2017/MISR2017_Volume1.pdf). Acesso em: 25 jul. 2020.

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

a governos moderados, elas ainda são acometidas por abusos do governo, como os retratados em recentes escândalos de corrupção na América Latina. Nesse diapasão, as instituições republicanas são tidas como balizadoras ao abuso de poder na medida em que possibilitam o controle da sociedade sobre o Estado. Dentre os mecanismos contemporâneos de limitação do poder político, pode-se citar a positivação do direito dos cidadãos à informação pública, haja vista que o exercício da dominação política passa a submeter-se à obrigação legal da transparência.

O direito de acesso à informação consagra uma subversão da relação entre Estado e sociedade, fundada na sutileza – mas não eliminação – da demarcação entre eles. Constitui-se, assim, uma correspondência entre o processo de “reapropriação da sociedade por parte do Estado”, com a regulação das relações econômicas, e a reivindicação da sociedade em penetrar o Estado, mediante a maior participação popular no processo de tomada de decisões governamentais.<sup>3</sup> Desse modo, migra-se de uma perspectiva maquiavélica de Estado-máquina – que se aprofundou incorporando ideais burgueses e, assim, perdurou séculos – para se caminhar rumo a um Estado-sociedade.

Insta ressaltar que os referidos processos – de estatalização da sociedade e de socialização do Estado – “estão longe de se concluir e, exatamente por conviverem não obstante a sua contraditoriedade, não são suscetíveis de conclusão”.<sup>4</sup> Nessa seara, “sociedade e Estado atuam como dois momentos necessários, separados mas contíguos, distintos mas interdependentes, do sistema social em sua complexidade e em sua articulação interna”.<sup>5</sup> Logo, na atualidade, não resta anulada a contraposição entre sociedade civil e Estado, senão persiste entre eles uma convivência dialética e insuscetível de conclusão, diante da incessante interação entre os processos de publicização do privado e de privatização do público.

Nesse sentido, a democracia é identificada por Bobbio<sup>6</sup> como o governo do “poder visível”, isto é, do poder acessível ao Povo Soberano. Nos Estados Democráticos de Direito, deve-se prezar pela integral abertura da Administração Pública, salvo apartadas exceções, não podendo as informações oficiais e os atos estatais reservarem-se ao círculo do poder. Da disputa entre o poder visível e o invisível, o direito à informação é, então, um importante suporte, porquanto possibilita a visibilidade, cognoscibilidade e controle do “Poder Supremo”.

Bobbio, valendo-se de uma concepção funcionalista do Direito<sup>7</sup>, construiu uma teoria normativa da Democracia<sup>8</sup>. A normatividade a que se faz referência é em sentido forte – regulamentação e racionalização da Democracia, de modo que esta não exista paranormativamente, para além das normas que a estabelecem (pan-Democracia: pode-se dizer qualquer coisa sobre o conceito de Democracia) ou para além delas (pós-Democracia: já não se pode dizer nada sobre o que é Democracia). Cumpre às normas jurídicas definirem os procedimentos que legitimam um Estado pretensamente democrático como tal, mediante a tomada de decisões que vinculam o todo, ainda que não sujeita à apreciação de todos, mas da maioria.<sup>9</sup>

A concepção democrática procedimentalista de Bobbio sustenta-se em três postulados, segundo Santos e Avritzer<sup>10</sup>. O primeiro é o sufrágio universal: a metonimização da Democracia pelo processo eleitoral, que reduz a autorização para tomada de decisões e representação das diferenças nas sociedades pluralistas à liturgia do voto paritário. O segundo é a supervalorização da representatividade, “única solução possível nas

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 50-51.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 51.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 52.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 82, 88.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *Da função à estrutura*: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 17-19.

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84. p. 44-48.



democracias de grande escala para o problema da autorização”.<sup>11</sup> Já o terceiro é a burocracia<sup>12</sup> como modo de operação da administração pública em governos democráticos, cujas consequências são a mitigação da soberania popular e a renegação dos atores sociais na gestão dos bens públicos, alheando o administrador do que se administra e produzindo decisões monocráticas e homogêneas para contextos plurais e voláteis.

O Direito, na esteira do pensamento de Bobbio, precede à Política: “existe um estreitíssimo nexos entre as regras dadas e aceitas do jogo político, de um lado, e os sujeitos que deste jogo são os atores e os instrumentos com os quais se pode conduzi-lo a bom termo, de outro”.<sup>13</sup> Assim, o pensador italiano, consternado com as promessas não cumpridas no seio da “Democracia Ideal” e considerando-se os percalços da “Democracia Real”, tece uma “definição mínima de Democracia”.<sup>14</sup>

O mínimo democrático teorizado por Bobbio, no entanto, ao referenciar-se na normatividade, anacroniza-se: a democraticidade é sub-percebida na medida em que, modificando-se seus parâmetros mínimos, cogita-se atingi-los quando se está ainda distante, frustrando expectativas. Nesse contexto, a Democracia é minada por suas próprias estruturas, implode-se – não porque “nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia”<sup>15</sup>, como renunciou Bobbio, mas porque o mínimo democrático se degenera em máximo.

O perigo da redução ao mínimo normativo é, pois, a produção de uma Democracia hipostasiada: “a democracia não é um lugar onde se chega. Não é algo que se possa alcançar e depois se acomodar pois é caminho e não chegada. É processo e não resultado”<sup>16</sup>. A essa unidimensionalidade e estaticidade da Democracia, Santos e Avritzer opõem o atravessamento do campo democrático na e pela cultura, de modo a possibilitar variantes democráticas “a partir da recuperação de tradições participativas solapadas no processo de construção de identidades nacionais homogêneas”<sup>17</sup>.

Para Santos e Avritzer<sup>18</sup>, a discussão política no século XX gravitou em torno da emergência e profusão da Democracia. A partir do momento em que abonada como forma de governo desejável, debruçaram-se os cientistas políticos sobre suas condições estruturais, triunfando a teoria minimalista. Os autores lusitano e brasileiro denominaram “concepção hegemônica da Democracia” a teoria política que encontra seu expoente em Bobbio e a qualificaram como “Democracia de baixa intensidade”. Eis o paradoxo: a alta expansividade da Democracia culminou em sua baixa intensidade: quanto mais adeptos, menos praticantes; quanto maior o credo, menor a liturgia.

<sup>11</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84. p. 48.

<sup>12</sup> O modelo burocrático de governo (WEBER, Max. *O que é a burocracia*. Brasília: CFA, 2014): a) blinda-se por uma normatividade oficial e estável, lavrada em arquivos conservados em suas versões originais e dotada de coatividade, razão pela qual institui “uma forma de poder praticamente inamovível”; b) estabelece relações de subordinações, perpetuadas com alicerce em um inexorável controle atitudinal-decisório das autoridades integradas aos escalões hierarquicamente inferiores, de cujas decisões se pode recorrer ao nível imediatamente superior por meio de ritos pré-determinados; c) racionaliza a organização, produzindo uma divisão de tarefas tecnicamente especializada e transformando “ação comunitária” em “ação societária”; e d) ao dissociar a atuação pública da dimensão privada da autoridade, ocasiona um alheamento no que atine aos efeitos práticos de suas decisões oficiais e um contrassenso de responsabilidade. Norberto Bobbio, contudo, radicaliza a perspectiva weberiana ao sustentar que, com o aprimoramento das funções estatais relativas ao bem-estar social e o avanço dos problemas que requerem competências técnicas, o cidadão abdica do controle sobre as atividades políticas em favor da burocracia (SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84. p. 47).

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 67.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 25.

<sup>16</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O resgate da democracia representativa através da democracia participativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 44, p. 181-216, jan./jun. 2004. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1399>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 189.

<sup>17</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84. p. 43.

<sup>18</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84. p. 39-42.

A importação irreflexiva, pelo Sul Global, do esquema político hegemônico do Norte, dá pistas de suas fragilidades. A pesquisa “Latinobarômetro”<sup>19</sup> comporta dados que refletem o descrédito da Democracia na América Latina. Nesse excerto do continente, 79% das pessoas acreditam que, em seus países, a condução da administração pública visa atender aos interesses privados de grupos específicos, travestindo-se Oligarquia em Democracia. No Brasil, essa é a crença de 90% da população, na Argentina, de 82%, na Colômbia, de 80%, na Costa Rica, de 75%, no Chile, de 74% e no Uruguai, de 65%.<sup>20</sup>

Apenas 24% do povo latino-americano exprime satisfação com a Democracia. No Uruguai, o número se eleva a 47% da população, na Costa Rica, a 45%, no Chile, a 42%, na Argentina, a 27%, na Colômbia, a 25% e no Brasil, a 9%.<sup>21</sup> Ademais, 28% do povo da América Latina se mostra indiferente à adoção de um regime democrático ou outro não democrático, assim como 41% dos brasileiros, 28% dos colombianos, 22% dos argentinos, 18% dos costarriquenhos, 18% dos uruguaios e 15% dos chilenos.<sup>22</sup>

Por seu turno, a pesquisa “*The Political Culture of Democracy in the Americas 2016/17: A Comparative Study of Democracy and Governance*”<sup>23</sup> expõe o ceticismo do qual estão tomados os eleitores quanto às plataformas de governo arquitetadas pelos partidos políticos, baluartes da Democracia representativa moderna e que, para Bobbio, são os “únicos sujeitos autorizados a funcionar como elos de ligação entre os indivíduos e o governo”<sup>24</sup>. Segundo o estudo, confiam nos partidos políticos 26,7% dos uruguaios, 20,1% dos costarriquenhos, 17,2% dos argentinos, 10% dos colombianos, 9% dos brasileiros e 8,5 dos chilenos.<sup>25</sup>

O descrédito dos partidos políticos defronte aos eleitores tem reflexos nos índices de abstenção (enquanto sinônimo de não comparecimento às urnas, não se computando votos nulos ou em branco) nas eleições. Com alicerce nas eleições presidenciais que antecederam a pesquisa, no Chile, 46,2% do eleitorado abdicou ao múnus cívico do voto, na Colômbia, 38,6%, na Costa Rica, 34,7%, no Brasil, 21,5%, na Argentina, 16,3%, e no Uruguai, 11,4%.<sup>26</sup>

No tocante ao comportamento do eleitorado, Rafael da Silva<sup>27</sup> adverte que a longevidade da Democracia e a previsibilidade da manutenção das engrenagens democráticas favorecem os altos níveis abstencionistas. Democracias mais antigas e assecuratórias das liberdades civis tendem a ter menor participação nos processos eleitorais, o que desvela um paradoxo: quanto mais higidez democrática, menos os cidadãos se inclinam a gozar dos instrumentos democráticos a seu dispor, enfraquecendo-os.

Nesse cenário de inadequação da concepção democrática hegemônica aos desafios da América Latina pós-colonial e pós-ditatorial, urge repensar o exclusivismo da Democracia representativa moderna, agregando-lhe uma dimensão inclusiva e emancipatória que advém da ampla participação pública na gestão dos

<sup>19</sup> CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*. Santiago: Corporación Latinobarómetro, 2018. Disponível em: [http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME\\_2018\\_LATINOBAROMETRO.pdf](http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>20</sup> CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*. Santiago: Corporación Latinobarómetro, 2018. Disponível em: [http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME\\_2018\\_LATINOBAROMETRO.pdf](http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 38.

<sup>21</sup> CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*. Santiago: Corporación Latinobarómetro, 2018. Disponível em: [http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME\\_2018\\_LATINOBAROMETRO.pdf](http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 35.

<sup>22</sup> CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*. Santiago: Corporación Latinobarómetro, 2018. Disponível em: [http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME\\_2018\\_LATINOBAROMETRO.pdf](http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 17.

<sup>23</sup> COHEN, Mollie; LUPU, Noam; ZECHMEISTER, Elizabeth. *The political culture of democracy in the Americas, 2016/17: a comparative study of democracy and governance*. Nashville: Latin American Public Opinion Project, 2017. Disponível em: [https://www.resdal.org/caeef-resdal/assets/mexico---comparative\\_report\\_english\\_v2\\_final\\_090117\\_w.pdf](https://www.resdal.org/caeef-resdal/assets/mexico---comparative_report_english_v2_final_090117_w.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 12.

<sup>25</sup> COHEN, Mollie; LUPU, Noam; ZECHMEISTER, Elizabeth. *The political culture of democracy in the Americas, 2016/17: a comparative study of democracy and governance*. Nashville: Latin American Public Opinion Project, 2017. Disponível em: [https://www.resdal.org/caeef-resdal/assets/mexico---comparative\\_report\\_english\\_v2\\_final\\_090117\\_w.pdf](https://www.resdal.org/caeef-resdal/assets/mexico---comparative_report_english_v2_final_090117_w.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 21.

<sup>26</sup> COHEN, Mollie; LUPU, Noam; ZECHMEISTER, Elizabeth. *The political culture of democracy in the Americas, 2016/17: a comparative study of democracy and governance*. Nashville: Latin American Public Opinion Project, 2017. Disponível em: [https://www.resdal.org/caeef-resdal/assets/mexico---comparative\\_report\\_english\\_v2\\_final\\_090117\\_w.pdf](https://www.resdal.org/caeef-resdal/assets/mexico---comparative_report_english_v2_final_090117_w.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 18.

<sup>27</sup> SILVA, Rafael da. *Comportamento eleitoral na América Latina e no Brasil: em busca dos determinantes das abstenções, votos brancos e votos nulos*. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia Política) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169659/342279.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 103, 115.

bens comuns. Para tanto, são imprescindíveis a demodiversidade – “coexistência pacífica ou conflitual de diferentes modelos e práticas democráticas”<sup>28</sup> – e o experimentalismo democrático – produção de “desenhos institucionais alternativos [...] com caráter de experiências-piloto”, assegurada às múltiplas culturas, em paridade de condições, a possibilidade de criar ou aderir às institucionalidades paralelas, que apenas se estabilizam como componente de Estado quando referendadas suas qualidades democráticas<sup>29</sup>. Do contrário,

[a] democracia fica reduzida a uma simples técnica de autorreprodução das relações de poder e de separação entre representantes e representados [...] Isso dá lugar a uma teoria democrática profundamente pautada pelas noções de governabilidade e estabilidade, em oposição a qualquer proposta que venha a desafiar o *status quo*.<sup>30</sup>

A Democracia representativa apaga as diferenças e vulnerabilidades sociais, ao passo que a Democracia participativa, enaltecendo a pluralidade, oportuniza a audiência dos silenciados no âmbito político. Como pontuam Santos e Avritzer<sup>31</sup>, conquanto a representação pelo consenso reproduza com maior grau de fidedignidade a opinião da sociedade que pelo sorteio republicano, pois a “assembleia constitui uma miniatura do eleitorado”, falha em pautar agendas minoritárias (privilegiando setores da sociedade com acentuado poderio econômico) e na prestação de contas, que se traveste em “re-apresentação do representante”. Por essa razão, sustentam que a Democracia participativa convém “na defesa de interesses e identidades subalternas”.<sup>32</sup>

À luz da demodiversidade, exsurge também a “Teledemocracia”, em sua versão forte<sup>33</sup>, como modelo alternativo, porém sincrônico, de Democracia e a cognoscibilidade e o controle social como emergentes (pré-)experiências democráticas. A expressão “Teledemocracia”, empregada por Pérez Luño, emerge da repercussão das novas tecnologias no âmbito da participação política e pode ser classificada em forte e fraca.<sup>34</sup> Fraca é aquela em que os partidos políticos se tornam mais porosos aos interesses da sociedade civil, mas, ao permeabilizarem-se, reafirmam seu protagonismo e reforçam a dimensão representativa da superfície democrática do Estado.<sup>35</sup> Em seu sentido débil, conceptualiza-se como “tecnoprocedimentalismo” e dá azo a uma “*ciudadani@.com*”, “cuyo titular quede degradado a mero sujeto passivo de la manipulacion de poderes públicos y privados”.<sup>36</sup>

Forte é aquela em que ocorre um deslocamento do protagonismo aos cidadãos, tradicionalmente alijados da proceduralidade decisória política e metonimicamente substituídos pelos partidos políticos. Tornam-se possíveis “referendos instantâneos e permanentes”, como se estivessem ininterruptamente abertas urnas nos domicílios dos cidadãos (sendo que, com o advento dos dispositivos móveis, poder-se-ia falar em urnas portáteis). Segundo o jurista espanhol, na versão forte da Teledemocracia, o pacto social que, ao surgir no bojo do racionalismo, infunde-se de abstratividade, uma vez que sua adesão é tácita mediante determinismos sanguíneos ou territoriais (*ius sanguinis* e *ius soli*), passa a ser possível de experimentação política. Destarte, fomenta-se a “*ciberciudadani@*”, modo de participação política mais autêntica, profunda e de vocação planetária, porquanto instalada nas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC).<sup>37</sup>

<sup>28</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84. p. 71.

<sup>29</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 375.

<sup>30</sup> VITULLO, Gabriel; SCAVO, Davide. O liberalismo e a definição bobbiana de democracia: elementos para uma análise crítica. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 13, p. 89-105, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n13/a04n13.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 94.

<sup>31</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84. p. 49.

<sup>32</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84. p. 55.

<sup>33</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004. p. 67.

<sup>34</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004. p. 60.

<sup>35</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004. p. 61.

<sup>36</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004. p. 100.

<sup>37</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004. p. 67-68, 100.

A Teledemocracia, conseqüentemente, tem o condão de imediatizar as relações entre os cidadãos e o Estado. A transmutação dos valores políticos é condição de possibilidade para a tônica democrática e o uso não frívolo dos canais e metodologias políticas tecnologizadas. Ademais, opta-se por inscrever a cognoscibilidade e o controle social, mediados pelas novas tecnologias, em um estágio preexperimental, pois a fratura digital entre infoincluídos e infoexcluídos na América Latina ergue empecilhos à equanimidade de condições de adesão aos cidadãos.

Nessa fração continental, 67,5% dos indivíduos possuem acesso à Internet, conforme a União Internacional de Telecomunicações.<sup>38</sup> Para que não se imprima na Teledemocracia, à revelia de sua popularização, o adjetivo de “governo dos interessados”, como propunha Bobbio<sup>39</sup>, e, portanto, restrinja-a aos interesses destes, revela-se indispensável a consecução do direito humano de acesso igualitário às tecnologias.

Para além do acesso material, impende que haja condições simétricas de usabilidade entre os usuários. Não obstante a dinâmica da inovação e a configuração geopolítica da tecnologia iniba a possibilidade de paridade entre os produtos tecnológicos, de modo que sempre haverá tecnologias mais desenvolvidas que outras, é necessário que a integralidade dos usuários possa desfrutar da tecnologia-base sem óbices, não se podendo criar dois tempos tecnológicos distintos e abissais em uma mesma sociedade: o tempo da obsolescência e o tempo da moda. No caso da Internet, significa que seus usuários precisam de conexões estáveis, sem limitações irrazoáveis de consumo de dados e suficientemente velozes, favorecendo a navegabilidade. Além disso, deve ser assegurada a educação para a formação de capacidades tecnológicas e para a apropriação crítica das mídias: “para além do acesso ao espaço eletrônico, há que questionar o acesso dentro do espaço eletrônico”.<sup>40</sup>

Consoante Santos<sup>41</sup>, o espaço eletrônico é “um espaço contestado, um espaço onde os centros de poder já se começam a desenhar, mas onde ainda é muito grande a capacidade subversão das margens”. O pensador lusitano o concebe, então, como uma zona ambivalente, na qual podem se acirrar as desigualdades – criando-se uma cisão entre a “sociedade civil íntima” e a “sociedade civil incivil” – ou potencializar-se o uso sedicioso para construção de um “cosmopolitismo subalterno e insurgente”.

Destarte, a sociedade civil íntima é o âmbito da hiperinclusão e do gozo do rol completo de direitos fundamentais. Santos a qualifica como a privatização do Estado, considerando-se que nela se estreitam relações promíscuas entre poderes privados e públicos, viabilizando “o acesso a recursos estatais ou públicos muito para além do que será possível obter por qualquer política de direitos”.<sup>42</sup> Pode-se dizer que se trata de mais-valia de direitos e simbólica-política, porquanto é pela reivindicação de direitos, cuja consagração pressupõe uma base econômica, que se maximiza a cidadania. Para o escopo da presente pesquisa, cumpre reassinalá-la como privatização do espaço público, diferenciado do Estado, posto que o abrange. Nesse viés, compreende-se o espaço eletrônico como híbrido e, portanto, com inter-espacos públicos que, se privatizados, homogênisam-no.

A sociedade civil incivil, por sua vez, é o espaço dos invisíveis e excluídos<sup>43</sup>, que refletem a interconexão entre pré-contratualismo (os que tiveram frustrada a expectativa de aceder à cidadania) e pós-contratualismo (os que tiveram a cidadania adquirida tolhida): passa-se “do pré-contratualismo ao pós-contratualismo sem nunca se ter passado pelo contratualismo”.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> UIT. *Measuring the Information Society 2018*. Genebra: UIT, 2018. v. 2. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/misr2018.aspx>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>39</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

<sup>40</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 307.

<sup>41</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 308.

<sup>42</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 3-76, maio 2003. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera\\_o\\_direito\\_ser\\_emancipatorio\\_RCCS65.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 25.

<sup>43</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 3-76, maio 2003. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera\\_o\\_direito\\_ser\\_emancipatorio\\_RCCS65.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 25.

<sup>44</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 328.

A fratura social descrita (que também compreende a “sociedade civil estranha” como nível intermediário), polo negativo do espaço eletrônico, é instauradora do fascismo social enquanto regime que transcende ao político para determinar as condições globais da civilização e a adjacência de um estado de natureza à parte. Como organização oposicional, há, no polo positivo, o cosmopolitismo subalterno, que corresponde à “forma político-cultural de globalização contra-hegemônica”.<sup>45</sup>

Portanto, nega-se o determinismo tecnológico, mas também a neutralidade da tecnologia – pode esta conservar o *status quo* ou valer como mecanismo de emancipação. Todavia, fato é que a trilha política da humanidade, com rumo à Democracia, deixa seus últimos rastros em uma gradativa digitalização – fundamento técnico da virtualidade.<sup>46</sup> Não apenas as coisas se desligam de seus suportes físicos, como a palavra do papel ou o atendimento da administração pública dos balcões, mas também os sujeitos das dimensões tateis que o identificam – desde o rosto e o nome até cadastros que os discriminam em estruturas orgânicas. Advêm, simultaneamente, parasubjetividades e paracidánias<sup>47</sup>, desterritorializadas, destemporalizadas e heteronimizadas ou anonimizadas.<sup>48</sup>

Nessa transição da forma de governo analógica à digital, a Teoria Mínima da Democracia se mostra necessária, porque é critério de diferenciação ao que não configura Democracia e ponto de partida para o que pode ser Democracia<sup>49</sup>, mas não suficiente. Impende recorrer, portanto, a uma teoria simbólica da Democracia: “imaginação do possível para além do real existente”.<sup>50</sup> Tal concepção, que Berlanga Santos<sup>51</sup> sintetiza a partir de Arendt, Castoriadis e Lefort, está baseada na outridade e não na mesmidade, logo, na heterogeneidade cultural, nos afetos, em um poder político que é “materialmente de nada e potencialmente de todos”, na incessante reinvenção do campo democrático, historicamente situado, e na suprainstitucionalidade (não na anti-institucionalidade), cujo único limite seja a autolimitação.

A Democracia, nessa senda, nunca é uma atualidade, senão ganha contornos interpretativos a depender das práticas significantes que a acompanham em determinada estação histórica, sendo impactada por cons-

<sup>45</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 3-76, maio 2003. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera\\_o\\_direito\\_ser\\_emancipatorio\\_RCCS65.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 25, 29.

<sup>46</sup> LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 46.

<sup>47</sup> A emersão do ciberespaço, em conjunto com o descentramento do sujeito moderno, estável e com estruturas de referências subjetivas inamovíveis, facilita o desenvolvimento de alter-egos, “resultando nas identidades abertas, contraditórias, inacabadas, fragmentadas” (HALL, Stuart. *Identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011. p. 34, 46). Possibilita que seus usuários façam uso de heterônimos e deixa em suspenso a aparência de anonimato, a qual paulatinamente se revela inviável, vez que as interações nas redes deixam rastros (metadados) que, se cruzados, reconduzem à identidade oficial do sujeito (*profiling*). A paracidania é a dimensão política da parasubjetividade, quando os desejos alter-egóicos se manifestam em relação aos assuntos públicos. A concepção de cidadania como estatuto jurídico-político é anacrônica às lentes da sociedade mundialmente (des)integrada, na qual identidades nacionais são “comunidades imaginadas”. Nesse diapasão, Pérez Luño (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Cibercidadanía@ o ciudadanía@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004. p. 48, 52) argumenta que o redesenho da cidadania, em sua dimensão conteudista, dá-se pela incorporação de direitos sociais, econômicos e culturais não apenas como ampliação de seu objeto, mas fomento de uma nova participação cívica, e, no que atine a sua titularidade, pela assimilação do multilateralismo. Avritzer (AVRITZER, Leonardo. Em busca de um padrão de cidadania mundial. *Lua Nova*, São Paulo, n. 55-56, p. 29-55, 2002. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/a\\_pdf/avritzer\\_cidadania\\_mundial.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/a_pdf/avritzer_cidadania_mundial.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 53-54) defende que “o abstrato de uma cidadania social pós-nacional pode se articular com o concreto de lutas contra a super-exploração” mediante a “cidadania legal desterritorializada” (dimensão formal ou abstrata da cidadania pelo reconhecimento de que a normatividade jurídica transborda aos limites territoriais) e a “cidadania global social mínima” (a cidadania como movimento social, substancializada).

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, Hernán Ferney; MORA GUTIÉRREZ, Luisa Fernanda; SÁNCHEZ CAÑÓN, Elkin Albeiro. Procesos de participación política en la red: ¿hablamos hoy de una ciberdemocracia? *Revista de la Universidad de La Salle*, n. 73, p. 101-114, jan. 2017. Disponível em: <https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=2112&context=ruls>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 103-104.

<sup>49</sup> RIBEIRO, Antonio Carlos. Teoria democrática entre a perspectiva elitista e a teoria crítica. *Interseções*, v. 12, n. 2, p. 408-425, dez. 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/view/4599>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 413.

<sup>50</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84. p. 71.

<sup>51</sup> SANTOS, José Luis Berlanga. *Teoría simbólica de la democracia y participación ciudadana en México*. Disponível em: [https://www.ceenl.mx/educacion/certamen\\_ensayo/tercero/Jos%C3%A9\\_Luis\\_Berlanga\\_Santos.pdf](https://www.ceenl.mx/educacion/certamen_ensayo/tercero/Jos%C3%A9_Luis_Berlanga_Santos.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

tantes deslocamentos de seu centro de gravidade ontológico.<sup>52</sup> Destarte, a descendente democraticidade que penetra nas nações latino-americanas não demanda refundar a Democracia apagando seu construto histórico. Insta, contudo, que se valorize a virtualidade – “aquilo que existe em potência e não em ato [...] capaz de gerar diversas manifestações concretas em diferentes momentos e locais determinados”<sup>53</sup> da Democracia.

Nesse talante, Hoffmam assevera que “não é necessário abandonar o que está posto pela história já escrita como democracia, mas sim entender que esta história segue sendo escrita, e que, nesta quadra do tempo, deve-se abarcar a complexidade do acontecer humano”.<sup>54</sup> A complexidade a que se refere o autor perpassa, em um primeiro momento, pela produção de novos “locais de fala tanto normativa quanto para-normativa” e, em um segundo, pelo adentrar ao ciberespaço<sup>55</sup>, “vetor de um universo aberto”.<sup>56</sup>

Para Warat, o “simbólico é uma dimensão do político e o político uma dimensão do simbólico”.<sup>57</sup> O teórico argentino-brasileiro pensa a política como “organização libidinal das significações”.<sup>58</sup> Ao identificar o caráter discursivo da política, nota que há um quê subjacente à transmissão da palavra política. O campo simbólico democrático, nesse sentido, não se estrutura a partir do binômio afirmação-negação, mas sim por meio da interrogação pela sociedade que se estima.<sup>59</sup>

A arena da Democracia é um espaço produtivo, onde fluem os desejos, não estéril como quando capturada por uma visão jurdicista.<sup>60</sup> O procedimentalismo democrático, convencionalizado como teoria mínima, é uma forma de sobrecodificação jurídica da Democracia. Inibe os “sentidos sem anestesia”, emula os desejos em vontades parlamentares por meio das plataformas partidárias e subtrai a margem para os desacordos significativos de valores<sup>62</sup>, as transações simbólicas entre os (eco-)cidadãos: “[j]uridicamente falando, o dever e a razão ocupam todos os espaços até terminarem por confundir o desejo com as vontades legalmente expressas”.<sup>63</sup> Pela primazia dos procedimentos e da seletividade dos participantes da esfera política, apenas dá-se maior ou menor peso a valores específicos, os sentidos estão preestabelecidos e por isso imobilizados: são naturalizados, a-historicizados, e não “produto do processo de auto-constituição do social”.<sup>64</sup>

A Teoria Simbólica da Democracia oportuniza a produção de novos direitos, o alargamento de sentidos dos direitos já constituídos e, conseqüentemente, o fomento a novos “focos de poder”.<sup>65</sup> Os direitos à cognoscibilidade e ao controle social já haviam sido explorados, como componentes de uma teoria democrática,

<sup>52</sup> LÉVY, Pierre. *Que es lo virtual?*. Barcelona: Paidós, 1999. p. 12.

<sup>53</sup> LÉVY, Pierre. *Que es lo virtual?*. Barcelona: Paidós, 1999. p. 47.

<sup>54</sup> HOFFMAM, Fernando. Possibilidades e desafios para uma (Ciber)democracia mundial. *Prisma Jurídico*, v. 15, n. 1, p. 51-76, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93449444003.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 69.

<sup>55</sup> HOFFMAM, Fernando. Possibilidades e desafios para uma (Ciber)democracia mundial. *Prisma Jurídico*, v. 15, n. 1, p. 51-76, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93449444003.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 54.

<sup>56</sup> LÉVY, Pierre. *Que es lo virtual?*. Barcelona: Paidós, 1999. p. 50.

<sup>57</sup> WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *Sequência*, Florianópolis, v. 13, n. 24, p. 36-54, jan. 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16138>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 36.

<sup>58</sup> WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *Sequência*, Florianópolis, v. 13, n. 24, p. 36-54, jan. 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16138>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 37.

<sup>59</sup> WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *Sequência*, Florianópolis, v. 13, n. 24, p. 36-54, jan. 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16138>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 36-37, 45.

<sup>60</sup> WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *Sequência*, Florianópolis, v. 13, n. 24, p. 36-54, jan. 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16138>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 40.

<sup>61</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 109-110.

<sup>62</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 74-75.

<sup>63</sup> WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. 25.

<sup>64</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 111.

<sup>65</sup> WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *Sequência*, Florianópolis, v. 13, n. 24, p. 36-54, jan. 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16138>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 44.

por Bobbio, em “O Futuro da Democracia”, originalmente publicado no ano de 1985. No entanto, cognoscibilidade e controlabilidade social estavam, nessa obra, ancoradas no procedimentalismo, uma vez que condicionadas à “oferta ao público” pelos titulares do “Poder Supremo” outorgado pela maioria. Bobbio sustentava que por meio da representação é que o Estado se apresenta publicamente ao povo, excluindo vias de acesso diretas às informações de natureza e interesse públicos.<sup>66</sup>

Cognoscibilidade e controle social adquirem novos contornos quando, para além de “fichas simbólicas”<sup>67</sup>, baseadas em relações precárias e abstratas de confiança em um ambiente de risco como o mercado político, no qual o grau de abertura do Estado está condicionado às prestações e contraprestações entre eleitores e elegíveis<sup>68</sup>, são pensadas a partir do desejo e do cuidado “frente aos poderes que fundamentam a exploração e a alienação”.<sup>69</sup> Conhecer para cuidar e cuidar para conhecer implica um compromisso ético da cidadania com a coisa pública e uma atuação política voltada à conservação do passado, mediante sua exposição e reflexão no presente, para construção de um futuro irrepetível.

Tribe<sup>70</sup> comenta que os procedimentos constitucionais, invariavelmente, conservam um caráter tenazmente substantivo (*stubbornly substantive character*) proveniente dos compromissos que consolidam e fundamentam a ação política da sociedade. Por conseguinte, os mandatos constitucionais de natureza procedural têm significados e propósitos substantivos. Cognoscibilidade e controlabilidade, nessa senda, tratam-se de direitos que compõem o núcleo da estrutura política democrática e por isso não são neutros em termos de valores. Logo, podem ser observados pela ótica do desejo – como “produtor de novas conexões” que reinventam os arranjos políticos – e pelo cuidado, com vistas à formação de uma cidadania em redes de afetos.<sup>71</sup>

Warat<sup>72</sup> sustenta que uma “memória coletiva que não permita a existência de temas escondidos, roubados ao debate e à intervenção dos atores sociais” é condição de possibilidade para um projeto democrático. Uma anamnese política, como empresa de dominação típica da Democracia mínima e da Teledemocracia em sentido fraco, pressupõe a seletividade de fatos relevantes e elidação de acontecimentos irrelevantes, considerando os interesses dominantes, e caracteriza-se como um projeto monopolista da memória coletiva. Por outro lado, a memória coletiva como corolária de uma teoria simbólica da Democracia e contramajoritária do Direito decorre de um “trabalho ativo, criativo e reflexivo sobre o que sucedeu historicamente”.<sup>73</sup> Nesse

<sup>66</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 86-88.

<sup>67</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. Fichas simbólicas são, para Anthony Giddens, assim como os sistemas-perito, mecanismos de desencaixe. Desencaixar implica dessituar as relações sociais do contexto imediato e ressitua-las em “extensões indefinidas de tempo-espaço”. A ficha simbólica impessoaliza as relações sociais, realinhando-as sob uma presumida e genérica confiança, por um lado, no conhecimento técnico (o procedimento jurídicista da política), e, por outro, na crítica pública que o respalda (a adesão ao procedimento que o legitima). Trata-se, em síntese, de “meios de intercâmbio que podem ser ‘circulados’ sem ter em vista as características específicas dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjuntura particular”. A indiferença social das fichas simbólicas acaba por desencadear uma diferenciação social: ainda que qualitativamente tenham o mesmo valor para todos, quantitativamente se nota um acúmulo de fichas simbólicas por uns e carência por outros. Desse modo, a prestação e a contraprestação política (nesse caso, o apoio político, que *stricto sensu* se manifesta pelo voto, e a disponibilização de informações para supervisão pública do poder) são desequilibradas socialmente: há quem receba mais suporte eleitoral e, conseqüentemente, há quem tenha privilégios informacionais.

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 140.

<sup>69</sup> WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jun. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view-File/15877/14366>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 101.

<sup>70</sup> TRIBE, Laurence. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard, 1985. p. 10-12.

<sup>71</sup> WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jun. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view-File/15877/14366>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 100.

<sup>72</sup> WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *Sequência*, Florianópolis, v. 13, n. 24, p. 36-54, jan. 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16138>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 50-51.

<sup>73</sup> WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *Sequência*, Florianópolis, v. 13, n. 24, p. 36-54, jan. 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16138>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 51.

ponto, revela-se a fundamentalidade da cognoscibilidade e do controle social como componentes de uma teoria simbólica da (tele)Democracia.

Destarte, impende examinar a presença normativa da cognoscibilidade e do controle social da transparência pública nas legislações de acesso a informações públicas dos países latino-americanos que compõem o corpo analítico do presente trabalho. Para tanto, as leis são compreendidas como articuladoras, e não normatizadoras dos desejos, haja vista os valores substantivos nelas entranhados: “a normatividade imaginária, em oposição à legalidade instituída pelo Estado, representa o coletivo censurado”.<sup>74</sup> Consoante Warat, é

[a] lei que organiza o desejo e o sentido impondo sua presença como contraponto. A grande descoberta do direito, enquanto função social, é a existência da lei como limite que se impõe como gramática do vínculo social. Um limite que posso negociar ou contestar, mas que se não existisse impediria a construção do próprio sentido do político – que não passa pela conquista do poder mas, pelo processo de autoinstitucionalização do social (que não existe à margem do jurídico).<sup>75</sup>

O futuro da Democracia – antes do que vaticinado pela obra de Bobbio e erigido a lugar comum da fundamentação teórica da prática democrática – reside na construção coletiva do futuro pelo conhecimento e cuidado do passado e presente. A partir da desconstrução da precedência do direito à política, apregoada por Bobbio, visualiza-se o isocronismo entre um e outra e a potência da cognoscibilidade e do controle social da transparência pública como desejo de conhecer para transformar e prática do cuidado. Caso contrário, a Teledemocracia, tal qual proposta por Pérez Luño, degradaria-se em “telecracia”: “[u]ma democracia sem cidadania e sem cidadãos. Uma democracia de sujeitos desconjuntados, que não encontram sua identidade e não sabem participar, porque não sabem pôr limites - uns aos outros e as instituições entre si”.<sup>76</sup>

Nesse diapasão, o livre acesso à informação pública, consubstanciado em direito humano fundamental, é ferramenta imprescindível à participação cidadã em assuntos públicos, ao controle social da gestão estatal e ao exercício informado dos direitos políticos. Tal compreensão é consolidada na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>77</sup>, segundo a qual o acesso à informação é pressuposto para que, em um sistema democrático representativo e participativo, a cidadania exerça seus direitos constitucionais. Com efeito, a concretização da transparência pública é imprescindível para evitar abusos perpetrados por administradores, promover a prestação das contas públicas e solidificar o debate político. Nessa senda, “é somente por meio do acesso à informação de interesse público sob o controle do Estado que os cidadãos podem questionar, indagar e considerar se está sendo realizado um adequado cumprimento das funções públicas”.<sup>78</sup>

Por sua vez, o Juizado de Segundo Turno de Mercedes, Uruguai,<sup>79</sup> reafirma a fundamentalidade do direito à informação pública e reconhece seu caráter transindividual, uma vez que tal direito é inerente à personalidade humana e intrinsecamente atrelado a valores de natureza essencialmente difusa, porquanto é

<sup>74</sup> WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jun. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view-File/15877/14366>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 107.

<sup>75</sup> WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jun. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view-File/15877/14366>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 102-103.

<sup>76</sup> WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jun. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view-File/15877/14366>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 102.

<sup>77</sup> OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Denúncia n.º 12.108*. Julgamento do caso Claude Reyes et al. v. Chile. Relator: Sergio García Ramírez, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/aabaaf52ad8b7668bf2b28e75b0df183.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 33-34, 42.

<sup>78</sup> OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Denúncia n.º 12.108*. Julgamento do caso Claude Reyes et al. v. Chile. Relator: Sergio García Ramírez, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/aabaaf52ad8b7668bf2b28e75b0df183.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 43.

<sup>79</sup> URUGUAI. Juzgado Letrado de Segundo Turno de Mercedes. *Sentencia n. 48 en la Acción de Amparo lue 381-545*. Relatora: Soledad Nin Zaffaroni, 11 de setembro de 2009. Disponível em: <https://docplayer.es/33024528-Sentencia-no-48-del-juzgado-letrado-de-segundo-turno-de-mercedes-de-11-de-setiembre-de.html>. Acesso em: 12 ago. 2020.



indispensável ao controle social da gestão administrativa e à construção da opinião pública. Nada obstante à titularidade difusa desse direito, a tutela individual da prerrogativa de receber e acessar informações oficiais é essencial à garantia da isonomia e do pluralismo político. Ademais, o direito à informação pública, sob uma perspectiva objetiva, é correlato a um dever de natureza prestacional do Estado – a saber, a transparência dos atos administrativos – e é diametralmente oposto ao segredo, salvo no que tange a pré-definidas exceções.

Por conseguinte, a consolidação do acesso à informação pública, como direito comum, na América Latina, simboliza a resistência social a clássicas tecnologias de controle, baseadas no sigilo estatal. Nessa senda, observa-se a ressignificação da transparência pública com base no paradigma da máxima divulgação, segundo o qual toda informação é acessível em princípio, sendo tolerado apenas um regime limitado de exceções, que se coadune a uma sociedade democrática e seja proporcional ao interesse que o justifica.<sup>80</sup> No que tange às referidas restrições, inclusive, o Conselho de Transparência do Chile<sup>81</sup> já declarou a invalidade daquelas cuja amplitude implique verdadeira inversão do Princípio da Máxima Divulgação e estabeleceu a imprescindibilidade de que sejam interpretadas de modo estrito e restritivo. Com efeito, textos normativos que limitam o acesso às informações oficiais detidas pelo Estado devem ser constitucionalmente amparados e restritivamente interpretados.

Aos Estados democráticos, conforme a Câmara Plena da Corte Constitucional da Colômbia<sup>82</sup>, repugnam ressalvas ao direito de acesso à informação pública respaldadas genericamente na “defesa e segurança do Estado”. Ao suprimir-se a transparência no tratamento das informações oficiais, não se oportuniza ao público a fiscalização, crítica e participação na atuação estatal, vedando-se os pluralismos informativo e político. Por conseguinte, proscrevem-se da administração do Estado segmentos politicamente interessados, subtraindo-lhes os direitos à verdade e à memória histórica.

A Corte Suprema de Justiça da Argentina<sup>83</sup> também reconhece que a transparência é dever inescusável a que estão incumbidas as autoridades públicas. Para a Corte, os tratados internacionais, que gozam de hierarquia constitucional na Argentina, devem ser harmonizados com o sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais, complementando-os. A comunicação recíproca entre a carta constitucional e os documentos convencionais maximizam, portanto, a amplitude dos direitos e garantias. Destarte, a máxima divulgação das informações públicas está assentada em um sistema de proteção multinível e é consectária das liberdades de expressão e informação, reconhecidas como direitos autônomos a buscar, receber e difundir informações e ideias.

Com efeito, consonante à decisão da Câmara Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica, o direito de acesso à informação pública instrumentaliza a aproximação da sociedade com relação ao Estado, bem como o controle dos administrados sobre a gestão pública. Destarte,

[l]as organizaciones colectivas del Derecho Público – entes públicos – están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> OEA. *CJI/RES.147 (LXXIII-O/08)*, de 07 de agosto de 2008. Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES\\_147\\_LXXIII-O-08.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>81</sup> CHILE. Consejo para la Transparencia. *Decisión Amparo n.º A11-09*. Requerente: René González Romero. Requerida: Subsecretaría General de la Presidencia. Conselho presidente: Juan Pablo Olmedo Bustos, 04 set. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.cplt.cl/cplt/decision.php?id=CPLT000058>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>82</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Plena). *Sentencia C-491/07 em Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1097 de 2006*. Requerente: Franky Urrego Ortiz. Relator: Jaime Córdoba Triviño, 27 de junho de 2007. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-491-07.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>83</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *S. 622 XXXIII*. 03 de abril de 2001. Disponível em: <http://catedradeluca.com.ar/wp-content/uploads/2014/12/m.-d.-a.-pgn-y-csjn.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>84</sup> COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional). *Recurso de Amparo n. 00136*. Recorrente: Jimenez Chinchilla Guillermo. Recorrida: Junta de Educación de la Escuela Miguel Obregon Lizano. Relator: Magistrado Ernesto Jinesta Lobo, 15 de janeiro de 2003. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-224837>. Acesso em: 12 ago. 2020.

Isso posto, a cognoscibilidade social da administração pública em matéria de transparência consubstancia-se no intercâmbio de informações oficiais e no adensamento da comunicação entre governo e sociedade civil. É a partir da democratização das informações públicas que se torna possível a participação cidadã ativa, direta e informada nos assuntos estatais. Ademais, pode-se observar uma indissociável tríade entre o acesso à informação, o controle efetivo da gestão pública e a eficiência da administração estatal:

[l]as administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. [...] Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública.<sup>85</sup>

Por conseguinte, a possibilidade de ampliação do cânone democrático, mediante a articulação entre a democracia representativa e a participativa pressupõe a máxima publicidade das informações em poder do Estado. Outrossim, o fomento a novos horizontes de emancipação social perpassa pela valorização de novos espaços para a prática da cidadania. Nessa seara, cite-se a potencialidade da Teledemocracia de imediatizar as relações entre povo e Estado. A América Latina, no tocante às possibilidades inauguradas pelas Tecnologias de Informação e Comunicação, mostra-se receptiva. Já salientou a Corte Suprema brasileira que

os novos processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a serem divulgados na Internet, não só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços.<sup>86</sup>

A conversão do espaço virtual em um ambiente propício para o exercício da cidadania pode constituir, então, um relevante avanço democrático, especialmente no que tange à permeabilidade da estrutura administrativa aos cidadãos, ao aprofundamento do controle social sobre assuntos públicos e à desburocratização.<sup>87</sup> Todavia, para que a cidadania se perfectibilize em cibercidadania e não se degrade em uma mera atualização da manipulação de subalternos (*ciudadani@.com*)<sup>88</sup>, imprescindível é a concretização da transparência pública e do máximo acesso às informações administrativas.

Nesse diapasão, justifica-se o condão da presente pesquisa – investigar a cognoscibilidade e o controle social da transparência pública. Isso, porque “[c]uando se instituye un régimen de acceso a la información, es crítico prestar mucha atención a los mecanismos de supervisión y cumplimiento, así como al establecimiento de herramientas para determinar la eficacia del sistema”.<sup>89</sup> A ausência desses mecanismos de cognoscibilidade e controle social constituiria uma contradição que reverteria em mera retórica a pretensão do Estado em se expor ao cidadão.

A avaliação da transparência pública não pode se exaurir na mera reflexão institucional, mas deve pressupor um controle externo à administração pública, mediante a cognoscibilidade dos atos e o monitoramento da gestão informacional por parte do público:

<sup>85</sup> COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional). *Recurso de Amparo n. 00136*. Recorrente: Jimenez Chinchilla Guillermo. Recorrida: Junta de Educación de la Escuela Miguel Obregon Lizano. Relator: Magistrado Ernesto Jinesta Lobo, 15 de janeiro de 2003. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-224837>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Segurança 39024/SP*. Requerente: Município de São Paulo. Requeridos: Relatores dos Mandados de Segurança n. 180.176-0/7-00 e 180.589-0/3-01 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso, 08 de julho de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho117317/false>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Segurança 39024/SP*. Requerente: Município de São Paulo. Requeridos: Relatores dos Mandados de Segurança n. 180.176-0/7-00 e 180.589-0/3-01 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso, 08 de julho de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho117317/false>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>88</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Cibercidadanía@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

<sup>89</sup> OEA. *CP/CAJP-2841/10, de 23 de abril de 2010*. Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10_esp.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 16.

Deben adoptarse medidas para promover, implementar y asegurar el derecho de acceso a la información, incluyendo la creación y mantenimiento de archivos públicos de manera seria y profesional, la capacitación y entrenamiento de funcionarios públicos, la implementación de programas para aumentar la importancia en el público de este derecho, el mejoramiento de los sistemas de administración y manejo de información, y la divulgación de las medidas que han tomado los órganos públicos para implementar el derecho de acceso a la información, inclusive en relación al procesamiento de solicitudes de información.<sup>90</sup>

Em face disso, a Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação, que compila diretrizes comuns à comunidade de membros da Organização dos Estados Americanos, de modo a orientar evoluções legislativas, estabelece mecanismos essenciais ao cumprimento, monitoramento e eficácia do regime de acesso à informação. Dentre as recomendações no tocante à viabilização da cognoscibilidade e do controle social da transparência pública, ressalta-se a nomeação de Oficiais ou Encarregados de Informação, diretamente responsáveis pela aplicação das normativas em questão, a instituição de uma Comissão de Informação, enquanto órgão técnico competente pela transparência em âmbito nacional, e a publicação periódica de relatórios quali-quantitativos acerca da concretização do acesso à informação.

Essas ações governamentais concatenadas para a implementação do acesso à informação pública permitem auferir que a transparência, além de consistir em regra que ajusta o padrão comportamental dos administradores públicos aos desejos da sociedade por abertura informativa, constitui política pública. Destarte, é paradoxal que o Estado que se pretenda transparente na gestão das políticas públicas multissetoriais não o seja quanto ao curso da política de transparência que implementa. Trata-se de metatransparência, quando “a transparência atinge o paroxismo: de elemento provedor de governança [...] e de TI passa a demandar estruturas e procedimentos de governança para sua própria sustentação [...]”<sup>91</sup>.

A colaboração do público para a concretização da política pública de transparência é imperiosa e pressupõe ao Estado compartilhar o “manual de instruções” das engrenagens administrativas. Se não se conhece como o Estado gerencia as informações sob sua posse, tampouco se pode conhecer, adequadamente, as informações em si. A ausência de transparência quanto ao ciclo da política pública de transparência constituiria uma contradição que reverteria em mera retórica a pretensão do Estado em se expor ao cidadão. Portanto, é imprescindível a consolidação de mecanismos de cognoscibilidade e controle social para que se possa fomentar uma metatransparência – política de transparência transparente que possibilita aos cidadãos o acompanhamento da implementação do acesso à informação pública.

A política de transparência tem natureza reticular: sua razão de ser transparente é expandir a transparência às políticas públicas destinadas à concretização de direitos fundamentais. Que a política sobre transparência seja transparente é o que viabiliza a tessitura da robusta rede de políticas públicas transparentes.

### **3 A normatização da cognoscibilidade e do controle social da transparência pública e a sua implementação nos *websites* ministeriais da América Latina**

A presente investigação científica propõe-se a explorar, teórica e monograficamente, os mecanismos latino-americanos de cognoscibilidade e controle social da transparência pública. Para tanto, delimitou-se como

<sup>90</sup> OEA. *CJI/RES.147 (LXXIII-O/08)*, de 07 de agosto de 2008. Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES\\_147\\_LXXIII-O-08.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>91</sup> FREITAS, Jorge Lhereux de; RAVAZOLO, Rafael Fabiano; MACADAR, Marie Anne; LUCIANO, Edimara Mezzomo; MOREIRA, Cristiano Ramos. Transparência, metatransparência, governança corporativa e de TI pela ótica da teoria da ação comunicativa. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 38. Rio de Janeiro, 2014, RJ. *Anais... Rio de Janeiro*. ANPAD, 2014. Disponível em: [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/10044/2/Transparencia\\_Metatransparencia\\_Governanca\\_Corporativa\\_e\\_de\\_TI\\_pela\\_Otica\\_da\\_Teoria\\_da\\_Acao\\_Comunicativa.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/10044/2/Transparencia_Metatransparencia_Governanca_Corporativa_e_de_TI_pela_Otica_da_Teoria_da_Acao_Comunicativa.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 07.

objeto de pesquisa os países com melhor índice de desenvolvimento tecnológico na região, de acordo com a União Internacional de Telecomunicações – Uruguai, Argentina, Chile, Costa Rica, Brasil e Colômbia<sup>92</sup>.

Inicialmente, realizou-se o cotejo das legislações de direito informacional público de tais nações com a Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação, com o intuito de verificar quais informações atinentes aos mecanismos de cognoscibilidade e controle social da transparência devem ser disponibilizadas para viabilizar a metatransparência. A análise considerou as Leis de Acesso à Informação Pública argentina (Lei n.º 27.275/2016), brasileira (Lei n.º 12.527/2018), chilena (Lei n.º 20.285), colombiana (Lei n.º 1.712/2014) e uruguaia (Lei n.º 18.381/2008) e o Decreto Executivo costarricense n.º 40200-MP-MEIC-MC/2017, bem como os Decretos Regulamentadores brasileiro n.º 7.724/2012, colombiano n.º 103/2015 e uruguaio n.º 232/2010 e a Instrução Geral chilena n.º 10/2011 do Conselho para a Transparência sobre o Procedimento Administrativo de Acesso à Informação.

Ademais, definiu-se a relevância da pesquisa de campo a fim de auferir se as informações tidas legalmente como essenciais à implementação dos sistemas de solicitação de informação estão, de fato, acessíveis aos cidadãos. Avaliando limitações espaço-temporais de investigação, bem como reconhecendo a Internet como mediadora assídua das relações contemporâneas, restringiu-se a análise aos cem portais eletrônicos ministeriais que integram a estrutura orgânica das nações latino-americanas ora analisadas.

Os dados obtidos com base na observação direta, sistemática e não participativa de tais *websites*, durante o período de 07 de agosto de 2018 a 16 de dezembro de 2018, foram registrados em formulários. Considerou-se a existência e a acessibilidade das informações como requisitos cumulativos e, assim, convencionou-se que: i) informações inexistentes no *website* são, pois, inacessíveis; ii) informações existentes no *website*, mas de difícil acesso público, por estarem demasiadamente mal posicionadas, são inacessíveis; iii) *links* para informações que redirecionem à página inicial de portais de informações, sem que haja um filtro para conduzir o usuário diretamente à informação a qual desejava acessar ao clicar no *link* são consideradas inacessíveis; iv) informações que se encontrem em *links* “quebrados” são inacessíveis; v) informações extemporâneas são tidas como inacessíveis; vi) informações existentes no *site* e de fácil acesso público são acessíveis.

Face às considerações teóricas e metodológicas traçadas, ressalta-se que a Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação, no que tange aos mecanismos de cognoscibilidade e controle social, preconiza que: a publicização do principal servidor e órgão responsáveis pelo acesso à informação oportuniza a fiscalização e facilita a aproximação do público à administração pública; outrossim, mediante a elaboração e divulgação de relatórios de implementação do acesso à informação periódicos, viabiliza-se o monitoramento da eficácia-eficiência das políticas de transparência por parte dos cidadãos. Destarte, passa-se à análise das normativas e dos dados coletados, visando à compreensão dos referidos mecanismos enquanto condições de possibilidade da metatransparência no âmbito de práticas teledemocráticas, participativas e simbólicas.

### 3.1 Oficial ou Encarregado de Informação Pública

Consonante à Lei Modelo Interamericana<sup>93</sup>, artigo 30, cada órgão público deve designar, ao menos, um Oficial ou Encarregado de Informação Pública (OIP), o qual será o contato central responsável pelo recebimento de solicitações de informação. Caberá, ainda, ao Oficial o encargo geral de implementar a Lei de Acesso à Informação no âmbito de seu órgão de atuação, garantindo assistência aos solicitantes de informação, promovendo as melhores práticas em relação à manutenção, ao arquivamento e à eliminação de documentos públicos, bem como recebendo denúncias acerca de mazelas na transparência ativa do órgão. Constituirá, pois, o OIP, um elo entre a sociedade civil e a administração pública. Dada a importância de tal autoridade, a Lei Modelo obriga a publicação dos dados de contato do Encarregado de Informação no *site*

<sup>92</sup> UIT. *Measuring the Information Society 2017*. Genebra: UIT, 2017. v. 1. Disponível em: [https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2017/MISR2017\\_Volume1.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2017/MISR2017_Volume1.pdf). Acesso em: 25 jul. 2020.

<sup>93</sup> OEA. *Ag/Res. 2607 (XL-O/10), de 8 de junho de 2010*. Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação Pública. Washington: Assembleia Geral, 2010. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2607-2010.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

do seu respectivo órgão e de modo a garantir o fácil acesso ao público.

A Lei de Acesso à Informação argentina<sup>94</sup>, nessa toada, consagra um agente centralizador das solicitações de informação, o qual deverá recebê-las e garantir sua correta tramitação nos termos do artigo 10 do referido instrumento legal (art. 31, “a” e “b”). Cada autoridade pública designará o seu Responsável pelo Acesso à Informação Pública (art. 30, LAI) e divulgará proativamente, por meios digitais, as informações sobre tal agente (art. 32, “m”, LAI). Salientar a figura do Responsável pelo Acesso à Informação Pública e lhe outorgar amplos poderes de atuação implica o reconhecimento da imprescindibilidade de uma rede de recursos humanos com conhecimento e experiência para otimizar a transparência da administração pública.

No Brasil<sup>95 96</sup>, cabe à Autoridade de Monitoramento “assegurar o cumprimento das normas relativas ao acesso à informação, de forma eficiente e adequada aos objetivos da Lei n.º 12.527, de 2011”, recomendando e orientando o ente público a que é diretamente subordinada quanto à implementação e ao aperfeiçoamento de suas normas e procedimentos (art. 40, inc. I, LAI e 67, inc. I, Decreto 7.724/2012). Tal agente deve ser designado pelo dirigente máximo de cada órgão ou entidade da administração pública (art. 40, LAI e 67, Decreto 7.724/2012) e é indispensável que seus dados de contato sejam disponibilizados no sítio eletrônico do respectivo ente (art. 7, §3º, inc. VIII, Decreto 7.724/2012). Assevera-se, contudo, que as normativas brasileiras não concedem à Autoridade de Monitoramento a responsabilidade exclusiva de coordenar o recebimento de solicitações de informação, mas a atribuem funções gerais de acompanhamento dos esforços em matéria de transparência ativa e passiva na administração pública. Apesar disso, o Guia de Transparência Ativa para o Poder Executivo Federal recomenda que se publicize nos *websites* institucionais o nome dos servidores responsáveis pelo Serviço de Informação ao Cidadão (SIC).<sup>97</sup>

Já o Chile<sup>98</sup> é omissivo no tocante à figura do servidor responsável de coordenar as respostas a solicitações de informação, conquanto considere boa prática que os órgãos públicos nomeiem um agente responsável pelo procedimento administrativo e pela promoção geral do acesso à informação, “informando de esta circunstancia al resto de los funcionarios” (numeral 8, Instrução Geral n.º 10). Ademais, não há menção expressa ao Oficial de Informação Pública na LAI colombiana.<sup>99</sup>

O Decreto costarriquenho<sup>100</sup> em matéria de transparência e acesso à informação, por sua vez, regulamenta a função do Oficial de Acesso à Informação (OAI), a ser nomeado nas dependências de cada autoridade institucional. “Dicha designación recaerá sobre la Contraloría de Servicios de la institución, o en su defecto, sobre otro

<sup>94</sup> ARGENTINA. *Lei n.º 27.275, de 14 de setembro de 2016*. Derecho de Acceso a la Información Pública. Buenos Aires: Senado; Câmara de Deputados, 2016. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/text-act.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>95</sup> BRASIL. *Decreto n.º 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>96</sup> BRASIL. *Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 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 n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n.º 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>97</sup> BRASIL. Controladoria Geral da União. *Guia de Transparência Ativa para os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal*. 6. ed. Brasília: CGU, fev. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br/lai-para-sic/guias-e-orientacoes/gta-6a-versao-2019.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 37, 48.

<sup>98</sup> CHILE. *Instrução Geral n.º 10 do Conselho para a Transparência sobre o Procedimento Administrativo de Acesso à Informação, de 28 de outubro de 2011*. Santiago: Conselho para a Transparência, 2011. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?pidNorma=1035144>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>99</sup> COLÔMBIA. *Lei 1.712, de 06 de março de 2014*. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Congresso da República, 2014. Disponível em: <http://suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1687091>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>100</sup> COSTA RICA. *Decreto Ejecutivo n.º 40200-MP-MEIC-MC, de 27 de abril de 2017*. Transparencia y Acceso a la Información Pública. São José: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.dhr.go.cr/red\\_de\\_transparencia/acerca\\_de\\_la\\_red/decreto\\_40200.pdf](http://www.dhr.go.cr/red_de_transparencia/acerca_de_la_red/decreto_40200.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

funcionario de la institución” (art. 12, Decreto Ejecutivo n° 40200-MP-MEIC-MC). O apoio institucional ao Oficial é garantido no artigo 15 do referido Decreto, compõem-se as autoridades públicas a assegurar os meios e as facilidades necessárias para o adequado cumprimento das funções do agente coordenador da transparência. O Oficial de Acesso à Informação, na normativa costarriquenha, desponta como coordenador dos processos essenciais à transparência ativa e passiva (arts. 12 e 14, Decreto Ejecutivo n.º 40200-MP-MEIC-MC). No Uruguai<sup>101</sup>, também se ressaltam os funcionários responsáveis pela recepção de solicitações e entrega de informações, cuja nomeação se dará por resolução do agente mor de cada autoridade pública e deverá ser publicada no portal eletrônico da autoridade e em local visível no âmbito de suas oficinas administrativas (art. 55 a 57, Decreto n.º 232).

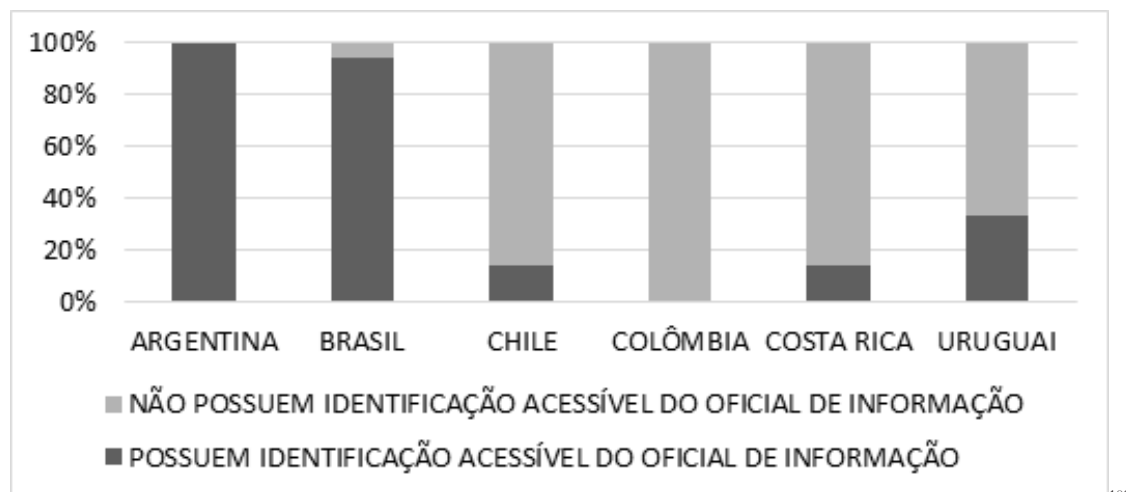
Isso posto, há de se enfatizar a imprescindibilidade da consolidação da figura do Encarregado de Informação Pública na América Latina como um agente especialmente capacitado para a coordenação dos processos essenciais à transparência e responsável pela conciliação de interesses públicos e privados no que tange ao acesso à informação. Por conseguinte, sua fácil identificação por parte da sociedade (cognoscibilidade) é pressuposto ao exercício de sua função, de orientação aos cidadãos, e à fiscalização do cumprimento de seu *múnus público*.

A partir da análise dos portais ministeriais argentinos, brasileiros, chilenos, colombianos, costarriquenhos e uruguaios, dados alarmantes foram constatados. Não obstante possuam normas específicas reconhecendo a essencialidade do OIP, o nome de tal agente é inacessível em, respectivamente, 85,71% e 66,67% dos sites costarriquenhos e uruguaios examinados. No Chile, a nomeação de um responsável pela promoção geral do acesso à informação, apesar de recomendada em abstrato, não tem sido efetivado no que tange à identificação dos servidores responsáveis pela transparência passiva – sendo que apenas 14,29% dos seus portais ministeriais dispõem de tal informação. Os dados obtidos pela análise dos portais colombianos, contudo, não surpreendem, não tendo norma legal compelindo as autoridades públicas a estabelecerem um agente coordenador do acesso à informação, nenhum de seus portais implementou tal prática.

Reconhece-se, entretanto, o sucesso brasileiro na implementação do ditame internacional, apresentando o nome do servidor responsável pelo SIC em 94,44% dos seus portais ministeriais. Por fim, apenas na Argentina observou-se o cumprimento plenamente satisfatório das normas atinentes ao Oficial de Informação. Para além de dispor da denominação do Responsável pelo Acesso à Informação em todos os seus portais ministeriais, a Argentina implementou um portal público *on-line* que unifica os dados desses servidores no marco dos mais diversos órgãos nacionais, disponibilizando seus nomes, correios eletrônicos e telefones.

<sup>101</sup> URUGUAI. *Decreto n.º 232, de 02 de agosto de 2010*. Reglamentación de la ley sobre el derecho de acceso a la información pública. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/232-2010>. Acesso em: 12 ago. 2020.

Gráfico 1 – Identificação acessível do Oficial de Informação



Fonte: Elaborado pelos autores.

Destarte, reconhece-se o avanço latino-americano na prescrição de uma autoridade especializada na implementação e no monitoramento das normativas em matéria de acesso à informação. Todavia, para além da constituição normativa desses órgãos em âmbito regional, faz-se imprescindível a sua incorporação nas legislações nacionais e publicização nos portais administrativos. Quando inacessíveis à população, os encargos dos Oficiais de Informação perdem sua valia.

### 3.2 Comissão de Informação

Ainda no que tange à cognoscibilidade e controle social, faz-se fundamental a criação de um órgão administrativo independente e especializado para supervisionar e garantir o cumprimento da Lei de Acesso à Informação nos países membros da Organização dos Estados Americanos. Inclui-se, no escopo desse órgão autônomo, a promoção de políticas nacionais uniformes em matéria de acesso à informação, a identificação e difusão de boas práticas em transparência, a capacitação de recursos humanos e o assessoramento aos servidores responsáveis pela transparência ativa e passiva (a exemplo dos Oficiais de Informação Pública) de todas as autoridades públicas obrigadas. Para além de tais funções, cabe ao órgão independente a resolução de controvérsias entre o direito de acesso à informação e o interesse público na proteção de determinados dados cuja divulgação é excepcionalmente limitada por lei, mediante a revisão das negativas de acesso.<sup>103</sup>

Com efeito, o artigo 53 da Lei Modelo Interamericana<sup>104</sup> propõe a criação de uma Comissão de Informa-

<sup>102</sup> Não possuem: Brasil: Ministério da Saúde. / Chile: Ministerio de la Salud; Ministerio de Energía; Ministerio de Minería; Ministerio del Interior y Seguridad Pública; Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; Ministerio de Desarrollo Social; Ministerio de Agricultura; Ministerio de Obras Públicas; Ministerio de Bienes Nacionales; Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Ministerio del Medio Ambiente; Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género; Ministerio de Vivienda y Urbanismo; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Ministerio de Defensa Nacional; Ministerio de Hacienda. / Colômbia: nenhum ministério contém. / Costa Rica: Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones; Ministerio de Seguridad Pública; Ministerio de Ambiente y Energía; Ministerio de Cultura y Juventud; Ministerio de Salud; Ministerio de Economía, Industria y Comercio; Ministerio de Educación Pública, Ministerio de Hacienda; Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica; Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Ministerio de Justicia y Paz; Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. / Uruguai: Ministerio de Defensa Nacional; Ministerio de Desarrollo Social; Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente; Ministerio de Transporte y Obras Públicas; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; Ministerio de Industria, Energía y Minería; Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca; Ministerio del Interior.

<sup>103</sup> OEA. *Ag/Res. 2607 (XL-O/10), de 8 de junho de 2010. Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação Pública*. Washington: Assembleia Geral, 2010. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2607-2010.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>104</sup> OEA. *Ag/Res. 2607 (XL-O/10), de 8 de junho de 2010. Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação Pública*. Washington: Assembleia Geral, 2010. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2607-2010.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

ção com personalidade jurídica, plenos poderes e autonomia funcional, técnica, orçamentária e de decisão, responsável pela coordenação de esforços para a efetiva implementação da Lei de Acesso à Informação. Os poderes e deveres da Comissão de Informação estão descritos nos artigos 60 e 61 da Lei Modelo:

60. Además de las facultades establecidas por esta Ley, la Comisión de Información tendrá todas las facultades necesarias para cumplir con sus obligaciones, entre las cuales deberán incluirse las siguientes: a) de revisar la información en posesión de cualquier autoridad pública, incluso mediante inspecciones *in situ*; b) la autorización *sua sponte* de monitorear, investigar y ejecutar el cumplimiento de la Ley; c) de llamar testigos y producir pruebas en el contexto de un proceso de apelación; d) de adoptar las normas internas que sean necesarias para desempeñar sus funciones; e) de expedir recomendaciones a las autoridades públicas; y, f) de mediar disputas entre las partes de una apelación.

61. Además de los deberes ya establecidos por esta Ley, la Comisión de Información tendrá los siguientes deberes: a) interpretar la presente Ley; b) apoyar y orientar, previa solicitud, a las autoridades públicas en la implementación de esta Ley; c) promover la concientización acerca de la presente Ley y sus disposiciones, así como su comprensión, entre el público, incluso mediante la publicación y difusión de una guía sobre el derecho de acceso a la información; d) formular recomendaciones sobre la legislación vigente y legislación propuesta; e) remitir los casos en donde se sospeche mala conducta administrativa o penal a los órganos competentes; y f) cooperar con la sociedad civil.<sup>105</sup>

Na Argentina<sup>106</sup>, impõe-se a criação da “Agencia de Acceso a la Información Pública como ente autárquico que funcionará con autonomía funcional en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional” visando à consecução dos princípios e procedimentos essenciais ao exercício do direito fundamental de acesso à informação (art. 19, LAI). Tal órgão é coordenado por um diretor designado ao cargo por 5 anos e reelegível por uma única vez (art. 20, LAI) e sua estrutura organizacional encontra-se regulamentada pelas Decisões Administrativas n.º 1002/2017 e 1274/2018, bem como pelas Resoluções n.º 1-E/2017 e 46/2018 da Argentina.

Também no Brasil<sup>107 108</sup>, o órgão autônomo de supervisão encontra-se no âmbito do Poder Executivo. Conforme o artigo 68 do Decreto n.º 7.724/2012, compete à Controladoria-Geral da União (CGU) – “organismo pre-existente con potestades suficientes, independencia [...] y alcance federal”<sup>109</sup> –, monitorar a implementação das normativas nacionais em matéria de acesso à informação, definindo diretrizes e procedimentos complementares, garantindo a capacitação dos agentes públicos e promovendo campanhas de fomento à cultura da transparência na administração pública e conscientização sobre o direito fundamental de acesso à informação.<sup>110</sup> Nesse sentido, a Controladoria Geral da União (CGU) tem publicado manuais com orientação acerca da implementação da Lei n.º 12.527/2011 – a exemplo do Guia de Transparência

<sup>105</sup> OEA. *Ag/Res. 2607 (XL-O/10), de 8 de junho de 2010*. Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação Pública. Washington: Assembleia Geral, 2010. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2607-2010.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>106</sup> ARGENTINA. *Lei n.º 27.275, de 14 de setembro de 2016*. Derecho de Acceso a la Información Pública. Buenos Aires: Senado; Cámara de Diputados, 2016. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/text-act.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>107</sup> BRASIL. *Decreto n.º 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>108</sup> BRASIL. *Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 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 n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n.º 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>109</sup> LANZA, Edison. *El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento*. Washington D.C.: OEA, 2015. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/acceso/Informe%20Tem%C3%A1tico%20Acceso%20a%20la%20informaci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%202014.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>110</sup> BRASIL. *Decreto n.º 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm). Acesso em: 12 ago. 2020.



Ativa para os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, cuja 6ª versão foi disponibilizada em fevereiro de 2019<sup>111</sup> –, bem como relatórios estatísticos dos pedidos de acesso à informação. Outrossim, a legislação brasileira consolida a Controladoria-Geral da União enquanto instância recursal, nos termos do artigo 16 da LAI e 23 do Decreto n.º 7.724/2012, e responsável pelas decisões em torno das reclamações sobre acesso à informação.

A Lei chilena n.º 20.285<sup>112</sup>, em seus artigos 31 e 32, estabelece o Conselho para a Transparência como “una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio” cuja atribuição é a promoção da transparência e a garantia do acesso à informação pública. Já vigente há uma década, a unidade implementou diversas iniciativas em prol do acesso à informação pública, cite-se a promoção de campanhas como “Preguntar es tu derecho y el Estado tiene el deber de responder”, em 2010, e “El que sabe, sabe y que no, se informa”, em 2015, visando à popularização dos mecanismos de acesso à informação. Ademais, é profícuo o desenvolvimento, por iniciativa do Conselho, da plataforma “EducaTransparencia”, um espaço virtual com recursos pedagógicos disponibilizados gratuitamente, para a construção de conhecimentos, cultura e valores em matéria de Transparência. Por fim, assevera-se que a direção e administração superior do Conselho de Transparência é de responsabilidade de um Conselho Diretivo, composto por quatro conselheiros designados pelo Presidente da República, após acordo com o Senado (art. 36, LAI).

A Colômbia<sup>113</sup>, mediante o artigo 23 da LAI, atribui ao Ministério Público, órgão pré-existente, a responsabilidade de velar pelo adequado cumprimento das obrigações estipuladas pela Lei de Acesso à Informação nacional. Compõem o escopo de atribuições do Ministério Público colombiano o desenvolvimento de ações preventivas para a concretização da transparência pública, a difusão de conhecimentos acerca do acesso à informação e a aplicação de sanções disciplinares em caso de descumprimento da Lei n.º 1.712/2014. Para tanto, estabeleceu-se um gabinete específico no âmbito do Ministério Público (por meio da Resolução n.º 146 de 2014, da Procuradoria Geral da Nação), bem como procedeu-se a criação do Comitê de Transparência e do Direito de Acesso à Informação do Ministério Público (Resolução n.º 282 de 2014, da Procuradoria Geral da Nação).

A Costa Rica, por sua vez, não conta com um órgão de supervisão nacional que controle e respalde o cumprimento das normativas nacionais de acesso à informação. Sem supedâneo legal, pode-se aferir na prática que as funções geralmente atribuídas às Comissões de Informação latino-americanas, no Chile, cabem ao Vice-Ministério da Presidência em Assuntos Políticos e Diálogo Cidadão, bem como à Defensoria Pública.

No Uruguai<sup>114 115</sup>, consagra-se a Unidade de Acesso à Informação Pública como órgão autônomo da Agência de Governo Eletrônico e Sociedade da Informação e do Conhecimento do Uruguai (AGESIC) e garantidor do cumprimento da transparência pública. Considerando-se que o processo de seleção e designação de servidores, bem como as regras para sua remoção possuem implicação direta na independência, autonomia e legitimidade do órgão garante do acesso à informação, o artigo 19 da LAI uruguaia estabelece que a Unidade será dirigida por um Conselho Executivo composto pelo Diretor Executivo da AGESIC e

<sup>111</sup> BRASIL. Controladoria Geral da União. *Guia de Transparência Ativa para os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal*. 6. ed. Brasília: CGU, fev. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br/lai-para-sic/guias-e-orientacoes/gta-6a-versao-2019.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>112</sup> CHILE. *Lei n.º 20.285, de 11 de julho de 2008*. Sobre Acceso a la Información Pública. Santiago: Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=276363>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>113</sup> COLÔMBIA. *Lei 1.712, de 06 de março de 2014*. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Congreso da República, 2014. Disponível em: <http://suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1687091>. Acesso em: 12 ago. 2020.

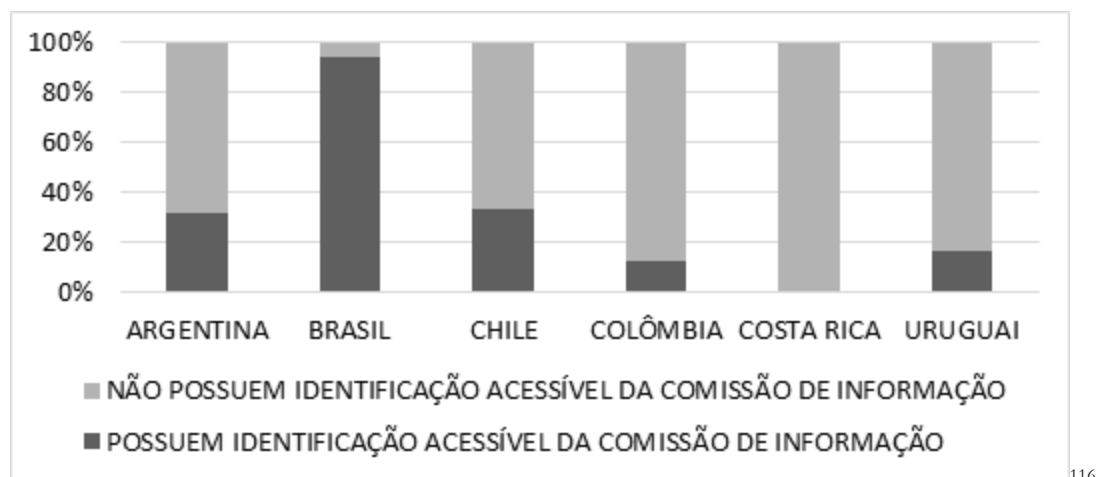
<sup>114</sup> URUGUAI. *Decreto n.º 232, de 02 de agosto de 2010*. Reglamentacion de la ley sobre el derecho de acceso a la informacion publica. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/232-2010>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>115</sup> URUGUAI. *Lei n.º 18.381, de 17 de outubro de 2008*. Montevideo: Senado e Câmara de Representantes da República Oriental do Uruguai, 2008. Disponível em: [http://archivo.presidencia.gub.uy/\\_web/leyes/2008/10/EC1028-00001.pdf](http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/leyes/2008/10/EC1028-00001.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

mais dois membros designados ao cargo por quatro anos pelo Poder Executivo de acordo com critérios que assegurem sua eficiência e imparcialidade. Ademais, a remoção de membros da Unidade de Acesso à Informação Pública dar-se-á por “ineptitud, omisión o delito, conforme a las garantías del debido proceso” (art. 19, LAI). A organização e as atribuições do órgão especializado para o controle da LAI uruguaia regem-se, sobretudo, pelos artigos 19 a 21 da LAI e artigos 42 e 43 do Decreto n.º 232 de 2010.

O exame dos sítios eletrônicos ministeriais revela dados preocupantes no que tange à publicização das Comissões de Informação latino-americanas. Há carência da identificação da autoridade responsável pelo monitoramento da implementação das LAIs nacionais em 68,42% dos portais ministeriais argentinos, em 66,67% dos chilenos, em 87,50% dos colombianos e 83,33% dos uruguaios. Tal realidade contrasta com a excelência das previsões abstratas desses países. Outrossim, a nação costarricense, a qual não possui normativa reguladora de um órgão de controle de alcance nacional, congruentemente, não dispôs de informações acerca dessa autoridade em seus sítios. Em relação aos países analisados, apenas o Brasil apresentou níveis satisfatórios de implementação da entidade de supervisão, disponibilizando proativamente o nome da autoridade responsável em 94,44% de seus portais ministeriais.

Gráfico 2 – Identificação acessível da Comissão de Informação



Fonte: Elaborado pelos autores.

Diante dos dados coletados nos portais ministeriais das seis nações latino-americanas, pode-se reconhecer a atualidade da constatação de Edson Lanza: “las Américas han comenzado a desarrollar – lenta y trabajosamente – una comunidad de entidades públicas para la promoción y protección del acceso a la in-

<sup>116</sup> Não possuem: Argentina: Ministerio de Agroindustria; Ministerio de Educación; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable; Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Ministerio de Modernización, Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva; Ministerio de Producción y Trabajo; Ministerio de Cultura; Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; Ministerio de Salud; Ministerio de Seguridad; Ministerio de Defensa. / Brasil: Ministério do Esporte. / Chile: Ministerio de la Salud; Ministerio de Energía; Ministerio de Minería; Ministerio del Interior y Seguridad Pública; Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Desarrollo Social; Ministerio de Obras Públicas; Ministerio de Bienes Nacionales; Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Ministerio del Medio Ambiente; Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género; Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Ministerio de Defensa Nacional. / Colômbia: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; Ministerio del Interior; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; Ministerio del Trabajo; Ministerio de Minas y Energía; Ministerio de Defensa Nacional; Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio; Ministerio de Cultura; Ministerio de Salud y Protección Social; Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Ministerio de Educación; Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; Ministerio de Justicia y del Derecho. / Costa Rica: nenhum dos ministérios possui. / Uruguai: Ministerio de Defensa Nacional; Ministerio de Salud Pública; Ministerio de Economía y Finanzas; Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente; Ministerio de Transporte y Obras Públicas; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Turismo; Ministerio de Industria, Energía y Minería; Ministerio del Interior.

formación pública”.<sup>117</sup> Nesse contexto, o aperfeiçoamento das Comissões de Informação pressupõe, não só sua posituação, como também sua divulgação ao público, pois somente assim possibilita-se o controle social das políticas e recomendações por elas formuladas e a difusão das campanhas promovidas. Do contrário, “[...]a experiencia ha demostrado que sin un ente fiscalizador dedicado y especializado, se merma la tasa de cumplimiento, la cantidad de solicitudes es más baja, y se erosiona el derecho a la información”.<sup>118</sup>

Ademais, haja vista que, em muitas nações latino-americanas, cabe a esse órgão independente a revisão das negativas de acesso à informação – como é o caso do Brasil (art. 16, LAI e 23, Decreto n.º 7.724) e do Chile (art. 33, LAI) –, sua popularização torna-se crucial à eficácia dos mecanismos de solicitação de informações, sendo pressuposto para que os cidadãos possam reivindicar seu direito frente a discricionariedades.

### 3.3 Relatórios de implementação do acesso à informação

Haja vista que a transparência, além de consistir em regra de abertura informativa, trata-se de política pública, que pode ser compreendida como “[...] conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político”<sup>119</sup>, refutando o engodo de que “o público passou a ser tomado como sinônimo de estatal, um reducionismo que contraria os fatos”.<sup>120</sup> Tal política é, portanto, multissetorial em sua idealização, execução, destinação e monitoração, exigindo diálogos entre os múltiplos setores para que seja aperfeiçoada e obtenha resultados exitosos.

Consoante Schmidt<sup>121</sup>, as políticas públicas constituem-se de forma cíclica, segmentadas em cinco níveis (problematização, inserção na agenda política, formulação, implementação e avaliação), regendo-se por uma lógica de *inputs-outputs* (demandas-ações) processados pelo sistema político. A fase de avaliação merece especial atenção, pois confere circularidade às políticas públicas: “proporciona retroalimentação (*feedback*) e pode determinar a continuidade, a mudança ou a cessação da política. Uma avaliação é um julgamento, uma atribuição de valia, de valor. Nunca é neutra ou puramente técnica”.<sup>122</sup>

Questionável é a possibilidade de uma avaliação objetiva das políticas públicas: “[a] completa objetividade não existe, mas o recurso a indicadores sociais é um dos caminhos indispensáveis para avançar nesse sentido”.<sup>123</sup> Os dados constantes nos relatórios sobre políticas públicas não são brutos, precisam ser lapidados, uma vez que delatar a enigmática verdade sobre os acontecimentos políticos reporta à memória coletiva monopolista

<sup>117</sup> LANZA, Edison. *El derecho al acceso a la información pública en las Américas*: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento. Washington D.C.: OEA, 2015. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/acceso/Informe%20Tem%C3%A1tico%20Acceso%20a%20la%20informaci%C3%B3n%20p%C3%ABblica%202014.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>118</sup> OEA. *CP/CAJP-2841/10, de 23 de abril de 2010*. Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10_esp.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 14.

<sup>119</sup> SCHMIDT, João Pedro. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 127.

<sup>120</sup> SCHMIDT, João Pedro. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 121.

<sup>121</sup> SCHMIDT, João Pedro. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 123, 131.

<sup>122</sup> SCHMIDT, João Pedro. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 137.

<sup>123</sup> SCHMIDT, João Pedro. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 12 ago. 2020. p. 138.

denunciada por Warat. Ao contrário, deixar arestas interpretativas na geometria política permite a valorização dos preceitos democráticos, já que aprovabilidade e reprovabilidade amoldam-se às distintas ideologias que convivem e concorrem na esfera pública e fundamentam diretrizes de variados matizes políticos.

A avaliação da política pública não deve, ademais, ser exaurida na mera reflexão institucional, mas pressupõe um controle externo aos agentes encarregados de sua implementação, mediante a cognoscibilidade dos atos e monitoramento das práticas administrativas por parte do público. Não é um ato uno e datado, senão incessante. Desse modo,

[l]a eficacia general de un régimen de acceso a la información – desde la aprobación, la implementación y el cumplimiento de la ley hasta su uso final – dependerá de diversos factores. Sin embargo, para empezar a desagregar los componentes que causan impacto, deben desarrollarse sistemas de presentación de informes, de análisis y de evaluación comparativa.<sup>124</sup>

Nesse diapasão, exsurtem os relatórios estatísticos de atendimento de solicitações de informações ao Poder Público, que permitem verificar se as instituições adimplem com suas obrigações de fornecerem as informações pleiteadas pelos cidadãos. Os metadados compilados nos referidos relatórios podem ser interpretados pelos cidadãos, habilitados a qualificar a atuação administrativa na promoção de transparência. Reinicia-se, destarte, o ciclo da política pública, aperfeiçoando-se as fragilidades avaliadas pelos administrados e, por conseguinte, modificando a percepção pública sobre a densidade de transparência em um cenário institucional específico.

Desse modo, a Lei Modelo Interamericana<sup>125</sup>, em seu artigo 62, apregoa o dever de as autoridades públicas apresentarem informes anuais à Comissão de Informação acerca da implementação das normativas em matéria de acesso à informação no seu âmbito de atuação. Tais relatórios devem conter, ao menos: i) o número de solicitações de informação recebidas, concedidas e indeferidas; ii) no tocante aos pedidos de acesso à informação deferidos, quantos foram respondidos dentro dos prazos estabelecidos legalmente para tanto e para quantos a resposta foi extemporânea; iii) com relação às solicitações denegadas, quais seções da Lei de Acesso à Informação foram invocadas para justificar a recusa de acesso e com que frequência isso ocorreu, bem como o número de recursos interpostos contra indeferimentos de acesso à informação; iv) os esforços do órgão em questão no que tange a sua obrigação de manutenção de documentos públicos, publicação de informações e capacitação de servidores para a adequada implementação da Lei de Acesso à Informação. Por sua vez, a Comissão de Informação deve, de acordo com o artigo 62 da Lei Modelo Interamericana, divulgar anualmente informes sobre suas atividades e a implementação da LAI no país, o que compreende a concentração e consolidação das informações apresentadas pelas autoridades públicas em seus relatórios.

A partir da informação coletada, a Comissão de Informação pode desenvolver recomendações, estabelecer diretrizes, formular guias de assessoramento aos órgãos públicos e direcionar a capacitação de servidores. Para além disso, “[l]os informes anuales deberán estar a la disposición del público, y podría alentarse a los ciudadanos a colaborar con los gobiernos en la evaluación del alcance de los esfuerzos de implementación y la influencia de la ley”.<sup>126</sup> Enfatiza-se, ainda, a importância de a Comissão remeter os relatórios ao Poder Legislativo (art. 53, Lei Modelo), pois “[e]s gracias a este informe y con las sugerencias de la misma comisión, que los diputados y los parlamentarios pueden considerar reformas legislativas bien fundadas que permitan perfeccionar las normas vigentes”.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> OEA. *CP/CAJP-2841/10, de 23 de abril de 2010*. Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10_esp.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 24.

<sup>125</sup> OEA. *Ag/Res. 2607 (XL-O/10), de 8 de junho de 2010*. Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação Pública. Washington: Assembleia Geral, 2010. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2607-2010.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>126</sup> OEA. *CP/CAJP-2841/10, de 23 de abril de 2010*. Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10_esp.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 24.

<sup>127</sup> MCLEAN, Magaly. Órganos Garantes: las Comisiones de Información Pública y otros entes gubernamentales. In: OEA. *Taller de Alto Nivel sobre Acceso Equitativo a la Información Pública*. Buenos Aires: OEA, mar. 2015. p. 97-102. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_taller\\_alto\\_nivel\\_argentina\\_2015\\_publicacion.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_taller_alto_nivel_argentina_2015_publicacion.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020. p. 99.

Com efeito, pela LAI argentina<sup>128</sup>, os Responsáveis de Acesso à Informação são compelidos a elaborar informes mensais relativos às petições recebidas, respondidas e denegadas, remetendo-os à Agência de Acesso à Informação ou a órgãos equivalentes (art. 31, “g”, LAI). Por conseguinte, a Agência deverá proceder a elaboração e publicação de estatísticas periódicas acerca de matérias relevantes à supervisão do cumprimento da Lei de Acesso à Informação por parte dos cidadãos, como a quantidade de solicitações rechaçadas e as informações públicas requeridas (art. 24, “h”, LAI).

No Brasil<sup>129</sup>, exige-se dos dirigentes máximos de cada órgão ou entidade pública que: i) designem Autoridade de Monitoramento, que lhes seja diretamente subordinada, para apresentar informes periódicos sobre o cumprimento da LAI no âmbito do respectivo órgão ou entidade, encaminhando-os à CGU (art. 40 e 67, inc. II, Decreto n.º 7.724/2012); e ii) publiquem, anualmente, em seu portal eletrônico, e mantenham também em meio físico relatório estatístico com a quantidade de pedidos de acesso à informação recebidos, atendidos e indeferidos, bem como informações estatísticas agregadas dos requerentes (art. 45, Decreto n.º 7.724/2012). A concentração e consolidação dessas informações estatísticas, por fim, constitui competência da Controladoria-Geral da União que se insere no âmbito do monitoramento da implementação da LAI (art. 68, Decreto n.º 7.724/2012).

Ao Conselho para a Transparência, conforme o artigo 33, alínea “i”, da LAI chilena<sup>130</sup>, cabe o dever de efetuar estatísticas e informes sobre transparência e acesso à informação dos órgãos públicos, bem como acerca do cumprimento do referido compêndio normativo. Analogamente, a Colômbia<sup>131 132</sup> atribui a elaboração de tais relatórios essenciais ao controle cidadão ao órgão equivalente à Comissão de Informação, qual seja o Ministério Público (art. 23, “j”, LAI). Outrossim, impõe-se aos órgãos públicos colombianos o dever de publicar na página principal de seus *websites* informes de todas as solicitações de acesso à informação recebidas, com o tempo de resposta e o número de requerimentos negados ou que foram trasladadas a outra instituição (art. 11, “h”, LAI, 4 e 52, Decreto n.º 103/2015).

A Costa Rica<sup>133</sup>, por sua vez, impõe a imprescindibilidade de os órgãos públicos incluírem em seus informes de trabalhos anuais sessão específica acerca do acesso à informação e da transparência, a qual deve incluir, no mínimo: i) a quantidade de solicitações de informações recebidas e processadas, o prazo de emissão das respostas aos pedidos, os recursos interpostos em face das decisões e os resultados dos processos administrativos; ii) o número de funcionários e usuários submetidos a atividades de capacitação; iii) o montante e desfecho dos processos administrativos disciplinares relativos ao cumprimento do direito de acesso à informação pública; iv) os aperfeiçoamentos no direito de acesso à informação pública no âmbito da instituição; v) as sugestões exaradas pelo Oficial de Acesso à Informação; vi) a posição ocupada no Índice (nacional) de Transparência do Setor Público e o avanço ou retrocesso no período contemplado pelo relatório; vii) o plano de acompanhamento, atualização e monitoramento da política de transparência ativa

<sup>128</sup> ARGENTINA. *Lei n.º 27.275, de 14 de setembro de 2016*. Derecho de Acceso a la Información Pública. Buenos Aires: Senado; Cámara de Diputados, 2016. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/text-act.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>129</sup> BRASIL. *Decreto n.º 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>130</sup> CHILE. *Lei n.º 20.285, de 11 de julho de 2008*. Sobre Acceso a la Información Pública. Santiago: Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=276363>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>131</sup> COLÔMBIA. *Decreto n.º 103, de 20 de janeiro de 2015*. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Presidencia da República, 2015. Disponível em: <http://suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019726>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>132</sup> COLÔMBIA. *Lei 1.712, de 06 de março de 2014*. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Congreso da República, 2014. Disponível em: <http://suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1687091>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>133</sup> COSTA RICA. *Decreto Ejecutivo n.º 40200-MP-MEIC-MC, de 27 de abril de 2017*. Transparencia y Acceso a la Información Pública. São José: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.dhr.go.cr/red\\_de\\_transparencia/acerca\\_de\\_la\\_red/decreto\\_40200.pdf](http://www.dhr.go.cr/red_de_transparencia/acerca_de_la_red/decreto_40200.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

(art. 18, Decreto Executivo n.º 40200-MP-MEIC-MC). A inclusão de tais dados no informe anual deve ser efetivada pelo Oficial de Acesso à Informação e remetida ao Oficial de Simplificação de Trâmites.

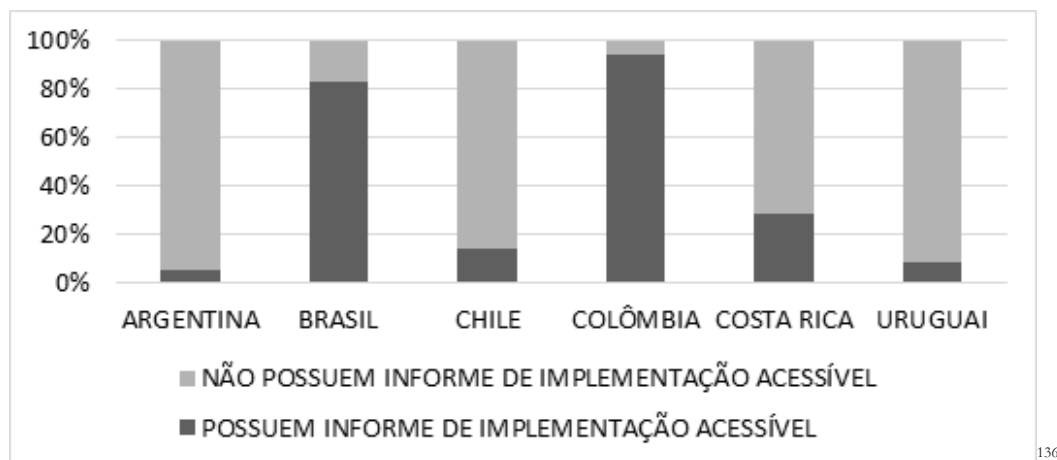
Outrossim, as normativas uruguaias<sup>134 135</sup> estabelecem parâmetros mínimos a serem observados no que tange aos relatórios anuais de transparência e acesso à informação, os quais devem ser apresentados por todos os sujeitos obrigados pela LAI perante a Unidade de Acesso à Informação Pública, órgão de controle nacional (art. 7, LAI, 35 e 36, Decreto n.º 232/2010). Tais informes devem, ao menos, conter: i) identificação do órgão relator e do servidor que se subsume ao sujeito obrigado no ato de apresentação do informe; ii) intervalo temporal contemplado pelo relatório, com marco inicial obrigatoriamente no período imediatamente seguinte ao último publicado; iii) especificações das solicitações de acesso à informação e correlatas temáticas; iv) procedimentos empregues às solicitações de acesso à informação; v) desfechos das solicitações de acesso à informação, com designação dos fundamentos que embasaram as decisões denegatórias dos pedidos; vi) resumo estatístico das conclusões das solicitações de acesso à informação.

Dos portais eletrônicos ministeriais argentinos examinados, 94,74% não apresentam relatórios sobre o desempenho administrativo na concretização do direito de acesso às informações públicas, assim como em 85,71% dos ministérios chilenos, 71,43% dos ministérios costarriquenhos e 91,67% dos ministérios uruguaios incorre a divulgação desses informes. Apenas dois dentre os seis países cujos ministérios constituíram o *corpus* do estudo empírico manifestaram porcentagem satisfatória de atendimento à publicização dos relatórios estatísticos sobre acesso às informações públicas: no Brasil, 83,33% e, na Colômbia, 93,75% dos *websites* ministeriais continham os informes.

<sup>134</sup> URUGUAI. *Lei nº 18.381, de 17 de outubro de 2008*. Montevideo: Senado e Câmara de Representantes da República Oriental do Uruguai, 2008. Disponível em: [http://archivo.presidencia.gub.uy/\\_web/leyes/2008/10/EC1028-00001.pdf](http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/leyes/2008/10/EC1028-00001.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>135</sup> URUGUAI. *Decreto n.º 232, de 02 de agosto de 2010*. Reglamentación de la ley sobre el derecho de acceso a la información pública. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/232-2010>. Acesso em: 12 ago. 2020.

Gráfico 3 – Publicização do Relatório de Implementação do Acesso à Informação



Fonte: Elaborado pelos autores.

A ínfima publicação de relatórios sobre o cumprimento do acesso à informação pública pelos ministérios latino-americanos impacta negativamente a avaliação da política de transparência por eles implementada, obstaculizando a autorreflexão institucional e o controle social sobre as práticas administrativas de consolidação da publicidade. Ademais, nota-se a centralidade das Comissões de Informações e entidades equiparadas no cumprimento de sua missão institucional para a otimização da metatransparência. Cabem-lhes estimular, supervisionar e difundir periodicamente os informes elaborados pelos órgãos administrativos, bem como compilar os dados remetidos, com o intuito de averiguar, em um cenário macropolítico, se a estrutura orgânica do Estado em questão está pautada na regra da transparência.

## 4 Considerações finais

Em face do esgotamento da teoria democrática mínima ou hegemônica, imple-se esboçar alternativas democráticas que fomentem a participação multissetorial e intercultural no debate público e o uso político das Tecnologias de Informação e Comunicação como plataformas para o exercício da cidadania. Desse modo, propõe-se a complementariedade de experiências democráticas participativas, teledemocráticas e simbólicas à prevalente prática representativa. Para tanto, impende a superação do monopólio informacio-

<sup>136</sup> Não possuem: Argentina: Ministerio de Agroindustria; Ministerio de Educación; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable; Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; Ministerio de Modernización, Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva; Ministerio de Producción y Trabajo; Ministerio de Cultura; Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; Ministerio de Salud; Ministerio de Seguridad; Ministerio de Defensa; Ministerio de Desarrollo Social; Ministerio de Transporte; Ministerio de Turismo; Ministerio de Energía y Minería; Ministerio de Hacienda; Ministerio de Interior; Obras Públicas e Vivienda. / Brasil: Ministério da Justiça; Ministério da Fazenda; Ministério das Relações Exteriores. / Chile: Ministerio de Energía; Ministerio de Minería; Ministerio del Interior y Seguridad Pública; Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; Ministerio de Desarrollo Social; Ministerio de Agricultura; Ministerio del Deporte; Ministerio de Obras Públicas; Ministerio de Bienes Nacionales; Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones; Ministerio del Medio Ambiente; Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género; Ministerio de Vivienda y Urbanismo; Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio; Ministerio de Defensa Nacional; Ministerio de Hacienda. / Colômbia: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. / Costa Rica: Ministerio de Ciencia, Tecnología y Telecomunicaciones; Ministerio de Seguridad Pública; Ministerio de Ambiente y Energía; Ministerio de Cultura y Juventud; Ministerio de Salud; Ministerio de Hacienda; Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica; Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Ministerio de Justicia y Paz; Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. / Uruguai: Ministerio de Defensa Nacional; Ministerio de Salud Pública; Ministerio de Economía y Finanzas; Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente; Ministerio de Transporte y Obras Públicas; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca; Ministerio de Turismo; Ministerio de Industria, Energía y Minería; Ministerio del Interior.

nal do Estado, porquanto o exercício ativo e politicamente maduro da cidadania depende do livre acesso à informação pública.

Nesse diapasão, à implementação de um regime de democratização da informação faz-se imprescindível a instituição de mecanismos de cognoscibilidade e controle social da transparência pública. A metatransparência é condição de possibilidade da transparência em si mesma, sem o que se reverteria em mera retórica a pretensão do Estado em se expor ao cidadão.

Considerando-se os mecanismos de cognoscibilidade e controle social da transparência pública estabelecidos pela Lei Modelo Interamericana de Acesso à Informação – nomeação do Oficial de Informação Pública, estabelecimento de uma Comissão de Informação e publicação de informes periódicos acerca da implementação do acesso à informação –, examinou-se, na presente pesquisa, a conformidade da normatização em âmbito nacional com o arquétipo regional e a concretização dos referidos ditames normativos nos *websites* ministeriais.

Destarte, por competir aos Oficiais de Informação Pública orientar os cidadãos quanto ao acesso à informação, além de promover as melhores práticas para a difusão e a solicitação das informações públicas, é que estes representam um elo essencial entre a sociedade civil e a administração pública. Outrossim, faz-se relevante à cognoscibilidade da transparência pública por parte da sociedade o estabelecimento de um órgão técnico responsável pela promoção de políticas nacionais uniformes em matéria de acesso à informação. No tocante à fiscalização social da transparência estatal, o referido órgão, pautado pelo Princípio da Autonomia e da especialidade, é capaz de coordenar esforços para o permanente monitoramento da implementação do acesso à informação. A partir da compilação e divulgação das análises resultantes de sua atividade fiscalizatória, o órgão facilita a compreensão e a supervisão do público sobre a transparência estatal. Por fim, a publicização de relatórios, que contenham dados quantitativos e qualitativos acerca da implementação do acesso à informação, permite aos governos identificar os desafios e os êxitos na gestão administrativa, com o fito de aprimorá-la, além de projetar o impacto democrático da política pública de transparência.

No tocante ao Oficial ou Encarregado de Informação Pública, as legislações argentina, brasileira, costarriquense e uruguaia o instituem aos moldes da Lei Interamericana sobre Acesso à Informação, salientando a importância de se divulgar proativamente os seus dados de contato. Todavia, tais informações estavam inacessíveis em 5,56% dos portais ministeriais brasileiros na Internet, 85,71% dos chilenos, 100% dos colombianos, 85,71% dos costarriquenhos e 66,67% dos uruguaiois, tendo sido encontradas na integralidade dos *sites* dos ministérios na Argentina apenas.

Outrossim, com exceção da Costa Rica, as demais nações analisadas contam com normativas consentâneas às diretrizes interamericanas no que tange à consolidação de uma Comissão de Informação, órgão especializado que supervisiona e garante a implementação da legislação sobre acesso à informação no país. Na prática, porém, careciam de dados sobre essa Comissão 13 dos 19 portais eletrônicos argentinos pesquisados, 01 dos 17 brasileiros, 14 dos 21 chilenos, 14 dos 16 colombianos e 10 dos 12 uruguaiois, bem como a totalidade dos sítios virtuais costarriquenhos.

Para além da distância, imposta pela escassez de informações, entre os cidadãos e os principais responsáveis pela transparência pública, vê-se que, não obstante todas as seis nações estudadas regulamentem a imprescindibilidade da elaboração de relatórios periódicos acerca da implementação das normativas de acesso à informação, não os publicizam 94,74% dos *sites* ministeriais argentinos, 16,67% dos brasileiros, 85,71% dos chilenos, 6,25% dos colombianos, 71,43% dos costarriquenhos e 91,67% dos uruguaiois.

Destarte, a divulgação de informações com o potencial de oportunizar a aproximação entre os cidadãos e as autoridades e órgãos responsáveis pela transparência pública e garantir um controle social do comprometimento governamental para com o acesso à informação é preconizada pelas legislações da maioria das nações analisadas em consonância com o *standard* interamericano, mas negligenciada na prática pelos ministérios locais. Das 100 páginas eletrônicas ministeriais analisadas, 85 não disponibilizam informação acerca



do Oficial de Acesso à Informação e/ou da Comissão de Informação e/ou carecem de relatórios relativos ao cumprimento das normativas nacionais em matéria de acesso à informação. As normas latino-americanas recaem, portanto, em uma eloquência silente: embora muito comandem, pouco se fazem ouvir.

Nesse contexto, todos os ministérios colombianos, costarriquenhos e uruguaios possuem falhas no que tange ao controle social e cognoscibilidade. Dessa realidade escapam apenas um ministério argentino e um chileno, cujos sites possuem a integralidade das informações essenciais ao controle social e cognoscibilidade, sendo o restante dos portais dessas nações maculado por inacessibilidades. O Brasil, entretanto, desponta como o país com melhores resultados na medida em que, dos seus 18 portais eletrônicos ministeriais, apenas 05 não satisfizeram os pressupostos.

Há de se refletir, diante dos dados postos, a razão pela qual as informações fundamentais ao controle social e à cognoscibilidade da transparência pública são negligenciadas pela maior parte dos sites ministeriais analisados. Concede-se à população o acesso formal às informações públicas, mas resguarda-se à administração pública a possibilidade de fiscalização da concretização da transparência. Permite-se aos cidadãos adentrarem na esfera das informações públicas, mas impermeabiliza-se o universo da metatransparência.

Assim, a inviabilização do controle social e do acesso às autoridades encarregadas pela coordenação, bem como dos relatórios sobre a implementação da transparência pública podem constituir-se como estratégias para a manutenção da retrógrada barreira que segrega e distancia sociedade civil e governo. A reversão desse cenário, mediante a concretização de mecanismos de cognoscibilidade e controle social da transparência pública, torna-se imprescindível para o florescimento, na América Latina, de práticas participativas, teledemocráticas e simbólicas respaldadas em desejos intrínsecos à democracia: conhecer para cuidar e cuidar para conhecer.

## Referências

- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *S. 622 XXXIII*. 03 de abril de 2001. Disponível em: <http://catedradeluca.com.ar/wp-content/uploads/2014/12/m.-d.-a.-pgn-y-csjn.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.
- ARGENTINA. *Lei n.º 27.275, de 14 de setembro de 2016*. Derecho de Acceso a la Información Pública. Buenos Aires: Senado; Câmara de Deputados, 2016. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/265949/textact.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.
- AVRITZER, Leonardo. Em busca de um padrão de cidadania mundial. *Lua Nova*, São Paulo, n. 55-56, p. 29-55, 2002. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/a\\_pdf/avritzer\\_cidadania\\_mundial.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/a_pdf/avritzer_cidadania_mundial.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.
- BOBBIO, Norberto. *Da função à estrutura*: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BRASIL. Controladoria Geral da União. *Guia de Transparência Ativa para os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal*. 6. ed. Brasília: CGU, fev. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br/lai-para-sic/guias-e-orientacoes/gta-6a-versao-2019.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto n.º 7.724, de 16 de maio de 2012*. Regulamenta a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 5º, no inciso II do

§ 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm). Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. *Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 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 n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n.º 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Segurança 39024/SP*. Requerente: Município de São Paulo. Requeridos: Relatores dos Mandados de Segurança n. 180.176-0/7-00 e 180.589-0/3-01 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso, 08 de julho de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho117317/false>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHILE. Consejo para la Transparencia. *Decisión Amparo n.º A11-09*. Requerente: René González Romero. Requerida: Subsecretaría General de la Presidencia. Conselheiro presidente: Juan Pablo Olmedo Bustos, 04 set. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.cplt.cl/cplt/decision.php?id=CPLT000058>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHILE. *Instrução Geral n.º 10 do Conselho para a Transparência sobre o Procedimento Administrativo de Acesso à Informação, de 28 de outubro de 2011*. Santiago: Conselho para a Transparência, 2011. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1035144>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHILE. *Lei n.º 20.285, de 11 de julho de 2008*. Sobre Acceso a la Información Pública. Santiago: Congreso Nacional, 2008. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=276363>. Acesso em: 12 ago. 2020.

COHEN, Mollie; LUPU, Noam; ZECHMEISTER, Elizabeth. *The political culture of democracy in the Americas, 2016/17: a comparative study of democracy and governance*. Nashville: Latin American Public Opinion Project, 2017. Disponível em: [https://www.resdal.org/caeef-resdal/assets/mexico---comparative\\_report\\_english\\_v2\\_final\\_090117\\_w.pdf](https://www.resdal.org/caeef-resdal/assets/mexico---comparative_report_english_v2_final_090117_w.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional (Sala Plena). *Sentencia C-491/07 em Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1097 de 2006*. Requerente: Franky Urrego Ortiz. Relator: Jaime Córdoba Triviño, 27 de junho de 2007. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-491-07.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

COLÔMBIA. *Decreto n.º 103, de 20 de janeiro de 2015*. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019726>. Acesso em: 12 ago. 2020.

COLÔMBIA. *Lei 1.712, de 06 de março de 2014*. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Congreso da República, 2014. Disponível em: <http://suin.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1687091>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*. Santiago: Corporación Latinobarómetro, 2018. Disponível em: [http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME\\_2018\\_LATINOBAROMETRO.pdf](http://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional). *Recurso de Amparo n. 00136*. Recorrente: Jimenez Chinchilla Guillermo. Recorrida: Junta de Educación de la Escuela Miguel Obregon Lizano. Relator: Magistrado Ernesto Jinesta Lobo, 15 de janeiro de 2003. Disponível em: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-224837>. Acesso em: 12 ago. 2020.

COSTA RICA. *Decreto Ejecutivo nº 40200-MP-MEIC-MC, de 27 de abril de 2017*. Transparencia y Acceso a la Información Pública. São José: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.dhr.go.cr/red\\_de\\_transparencia/acerca\\_de\\_la\\_red/decreto\\_40200.pdf](http://www.dhr.go.cr/red_de_transparencia/acerca_de_la_red/decreto_40200.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

FREITAS, Jorge Lhereux de; RAVAZOLO, Rafael Fabiano; MACADAR, Marie Anne; LUCIANO, Edimara Mezzomo; MOREIRA, Cristiano Ramos. Transparência, metatransparência, governança corporativa e de TI pela ótica da teoria da ação comunicativa. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO, 38. Rio de Janeiro, 2014, RJ. *Anais... Rio de Janeiro*: ANPAD, 2014. Disponível em: [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/10044/2/Transparencia\\_Metatransparencia\\_Governanca\\_Corporativa\\_e\\_de\\_TI\\_pela\\_Otica\\_da\\_Teoria\\_da\\_Acao\\_Comunicativa.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/10044/2/Transparencia_Metatransparencia_Governanca_Corporativa_e_de_TI_pela_Otica_da_Teoria_da_Acao_Comunicativa.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

HALL, Stuart. *Identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

HOFFMAM, Fernando. Possibilidades e desafios para uma (Ciber)democracia mundial. *Prisma Jurídico*, v. 15, n. 1, p. 51-76, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93449444003.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

LANZA, Edison. *El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento*. Washington D.C.: OEA, 2015. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/acceso/Informe%20Tem%C3%A1tico%20Acceso%20a%20la%20informaci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%202014.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

LÉVY, Pierre. *Que es lo virtual?*. Barcelona: Paidós, 1999.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O resgate da democracia representativa através da democracia participativa. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 44, p. 181-216, jan./jun. 2004. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1399>. Acesso em: 12 ago. 2020.

MCLEAN, Magaly. Órganos Garantes: las Comisiones de Información Pública y otros entes gubernamentales. In: OEA. *Taller de Alto Nivel sobre Acceso Equitativo a la Información Pública*. Buenos Aires: OEA, mar. 2015. p. 97-102. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_taller\\_alto\\_nivel\\_argentina\\_2015\\_publicacion.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_taller_alto_nivel_argentina_2015_publicacion.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OEA. *Ag/Res. 2607 (XL-O/10), de 8 de junho de 2010*. Lei Modelo Interamericana sobre o Acesso à Informação Pública. Washington: Assembleia Geral, 2010. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2607-2010.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2607-2010.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

OEA. *CJI/RES.147 (LXXIII-O/08), de 07 de agosto de 2008*. Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES\\_147\\_LXXIII-O-08.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Denúncia n.º 12.108*. Julgamento do caso Claude Reyes et al. v. Chile. Relator: Sergio García Ramírez, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/aabaaf52ad8b7668bf2b28e75b0df183.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

OEA. *CP/CAJP-2841/10, de 23 de abril de 2010*. Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10_esp.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *¿Cibercidadaní@ o ciudadaní@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

RIBEIRO, Antonio Carlos. Teoria democrática entre a perspectiva elitista e a teoria crítica. *Interseções*, v. 12, n. 2, p. 408-425, dez. 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/intersecoes/article/view/4599>. Acesso em: 12 ago. 2020.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Hernán Ferney; MORA GUTIÉRREZ, Luisa Fernanda; SÁNCHEZ CAÑÓN, Elkin Albeiro. Procesos de participación política en la red: ¿hablamos hoy de una ciberdemocracia? *Revista de la Universidad de La Salle*, n. 73, p. 101-114, jan. 2017. Disponível em: <https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=2112&context=ruls>. Acesso em: 12 ago. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 3-76, maio 2003. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera\\_o\\_direito\\_ser\\_emancipatorio\\_RCCS65.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF). Acesso em: 12 ago. 2020.

SANTOS, José Luis Berlanga. *Teoría simbólica de la democracia y participación ciudadana en México*. Disponível em: [https://www.ceenl.mx/educacion/certamen\\_ensayo/tercero/Jos%C3%A9\\_Luis\\_Berlanga\\_Santos.pdf](https://www.ceenl.mx/educacion/certamen_ensayo/tercero/Jos%C3%A9_Luis_Berlanga_Santos.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

SCHMIDT, João Pedro. Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 12 ago. 2020.

SILVA, Rafael da. *Comportamento eleitoral na América Latina e no Brasil: em busca dos determinantes das abstenções, votos brancos e votos nulos*. 2016. Tese (Doutorado em Sociologia Política) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169659/342279.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 ago. 2020.

TRIBE, Laurence. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard, 1985.

UIT. *Measuring the Information Society 2017*. Genebra: UIT, 2017. v. 1. Disponível em: [https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2017/MISR2017\\_Volume1.pdf](https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2017/MISR2017_Volume1.pdf). Acesso em: 25 jul. 2020.

UIT. *Measuring the Information Society 2018*. Genebra: UIT, 2018. v. 2. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/misr2018.aspx>. Acesso em: 12 ago. 2020.

URUGUAI. *Decreto n.º 232, de 02 de agosto de 2010*. Reglamentacion de la ley sobre el derecho de acceso a la informacion publica. Disponível em: <https://www.imo.com.uy/bases/decretos/232-2010>. Acesso em: 12 ago. 2020.

URUGUAI. Juzgado Letrado de Segundo Turno de Mercedes. *Sentencia n. 48 en la Acción de Amparo lue 381-545*. Relatora: Soledad Nin Zaffaroni, 11 de setembro de 2009. Disponível em: <https://docplayer.es/33024528-Sentencia-no-48-del-juzgado-letrado-de-segundo-turno-de-mercedes-de-11-de-setiembre-de.html>. Acesso em: 12 ago. 2020.

URUGUAI. *Lei n.º 18.381, de 17 de outubro de 2008*. Montevideo: Senado e Câmara de Representantes da República Oriental do Uruguai, 2008. Disponível em: [http://archivo.presidencia.gub.uy/\\_web/leyes/2008/10/EC1028-00001.pdf](http://archivo.presidencia.gub.uy/_web/leyes/2008/10/EC1028-00001.pdf). Acesso em: 12 ago. 2020.

VITULLO, Gabriel; SCAVO, Davide. O liberalismo e a definição bobbiiana de democracia: elementos para uma análise crítica. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 13, p. 89-105, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n13/a04n13.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WARAT, Luis Alberto. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *Sequência*, Florianópolis, v. 13, n. 24, p. 36-54, jan. 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16138>. Acesso em: 12 ago. 2020.

WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jun. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>. Acesso em: 12 ago. 2020.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

WEBER, Max. *O que é a burocracia*. Brasília: CFA, 2014.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Desafios e benefícios da  
inteligência artificial para o  
direito do consumidor**

**Challenges and benefits  
of artificial intelligence for  
consumer law**

Sthéfano Bruno Santos Divino

# Desafios e benefícios da inteligência artificial para o direito do consumidor

## Challenges and benefits of artificial intelligence for consumer law

Sthéfano Bruno Santos Divino\*\*

### Resumo

O presente artigo tem como problema de pesquisa o seguinte questionamento: quais os benefícios e desafios trazidos ao Direito do Consumidor pela implementação e utilização da Inteligência Artificial (IA) nas relações negociais? Na primeira seção, apresenta-se a relação de como a IA está redefinindo a indústria de bens de consumo. Partindo-se dessa constatação, questionam-se quais são os ganhos e riscos para o consumidor na utilização da IA nesse cenário. Na segunda seção, abordam-se as possíveis influências e interferências da utilização de IA para o processo decisório do consumidor durante a aquisição de produtos ou de serviços. Por fim, na terceira seção, demonstra-se como o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em conjunto com legislações similares, pode, adequadamente, responder e solucionar os desafios trazidos pela utilização de tecnologia de IA. Conclui-se que, embora as situações fáticas não se adéquem, perfeitamente, aos normativos positivados no CDC, seu caráter principiológico é capaz de regular a utilização da IA no mercado de consumo se ampliado através de sua hermenêutica. Para subsidiar a presente argumentação, utiliza-se o método de pesquisa integrada e o método dedutivo.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Direito e tecnologia. Inteligência Artificial. Responsabilidade.

### Abstract

This article has as a research problem the following question: what are the benefits and challenges brought to Consumer Law by the implementation and use of Artificial Intelligence (AI) in business relations? The first section presents a list of how AI is redefining the consumer goods industry. Based on this observation, it is questioned what are the gains and risks for the consumer in the use of AI in this scenario. The second section is aimed at addressing the possible influences and interferences of the use of AI in the consumer's decision-making process when purchasing products or services. Finally, the third section demonstrates how the Consumer Protection and Defense Code, in conjunction with similar legislation, can adequately respond and solve the challenges brought about by the use of AI technology. It is concluded that, although the factual situations are not perfectly adapted to the norms positivized in the CDC, its principle character is able to regulate

\* Recebido em 13/04/2020  
Aprovado em 08/03/2021

\*\* Doutorando (2020 – bolsista Capes) e Mestre (2019) em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras (2017). Professor Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário de Lavras. Advogado. E-mail: sthefanoadv@hotmail.com

the use of AI in the consumer market if expanded through its hermeneutics. To support this argument, the integrated research method and the deductive method are used.

**Keywords:** Consumer's Right. Law and Technology. Artificial Intelligence. Liability.

## 1 Introdução

No cenário contemporâneo, uma temática envolve tamanho relevo e suscita dúvida jurídica acerca de sua utilização: a Inteligência Artificial<sup>1</sup> (IA). Em uma sociedade da informação<sup>2</sup>, a corrida pelo crescimento e desenvolvimento tecnológico coloca à disposição da população produtos e serviços que podem ser controlados ou adquiridos através de tecnologias. Cidades e casas inteligentes baseiam-se em comandos de voz para inserir o consumidor como protagonista de uma plateia de máquinas. Sobre esse pródigo terreno o direito se aventura.

O início da tratativa jurídica sobre o presente assunto deve se dar, em primeiro lugar, por meio de uma análise sobre os aspectos fáticos em que há maior incidência da utilização dessas ferramentas tecnológicas. Posteriormente, torna-se possível a realização de intervenções sem que haja supressões ilegítimas da esfera pública na esfera privada. Trata-se, substancialmente, de poder exercer e compatibilizar a praticidade e a facilidade da sociedade da informação para com a proteção dos vulneráveis do microsistema consumerista.

Sob esse enfoque, o presente trabalho apresenta o seguinte problema de pesquisa: quais os benefícios e desafios trazidos ao Direito do Consumidor pela implementação e utilização da Inteligência Artificial (IA) nas relações negociais?

Justifica-se a delimitação do plano de estudo na esfera consumerista por sua crescente expansão e influência da atuação dessas tecnologias para o fornecimento de produtos e de serviços nesse microsistema social e jurídico, bem como para a intrínseca situação de vulnerabilidade<sup>3</sup> desse grupo, o que direciona uma maior atenção e cuidado pela tutela jurídica.

Para a devida satisfação da problemática, o desenvolvimento argumentativo será dividido em seções. A primeira seção é responsável pela demonstração de como a Inteligência Artificial está redefinindo a indústria de bens de consumo. Objetiva-se demonstrar práticas e aspectos fáticos voltados para a difusão e circula-

<sup>1</sup> A definição do termo em análise é de difícil assentamento. Uma das primeiras expressões para delimitação foi expressa por McCarthy: “*It is the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable*”. MCCARTHY, J. *What is artificial intelligence?* Stanford University, 2007. p. 2-15.

Uma das definições mais aceitas no ramo científico – embora também criticada – é de Russell e Norvig, que definem Inteligência Artificial como “[...] as the study of agents that receive percepts from the environment and perform actions”. RUSSELL, Stuart. J.; NORVIG, Peter. *Artificial intelligence: a modern approach*. 3. ed. New Jersey: Pearson Education, 2010, p. VIII. Nota-se que ambos os conceitos apresentados reconhecem a IA como *atividade*, seja ela voltada para o uso de tarefas (McCarthy) ou para o estudo dos agentes que praticam ações ao receber informações adquiridas do ambiente em que se encontram.

<sup>2</sup> A presente terminologia é dissertada por Castells para expressar uma sociedade pós-industrial caracterizada pela utilização de tecnologias onde a matéria-prima é a informação. Essas tecnologias possuem capacidade de alta penetrabilidade na esfera social, pois as atividades humanas tendem a ser afetadas diretamente por elas. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2017. v. 1.

<sup>3</sup> Traço adstrito à condição de consumidor, a vulnerabilidade assume formas específicas para caracterizar a posição desse sujeito frente ao fornecedor de produtos ou de serviços: a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade jurídica (ou econômica), e a vulnerabilidade fática (ou monopolística). Presume-se que a ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo (técnica), a falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico (jurídica) e as situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor (fática), são capazes de caracterizar a fragilidade de uma *pessoa* frente o mercado de consumo. Dessa constatação, pretende-se demonstrar como a IA afeta, de forma contundente, o setor consumerista levando em consideração os pressupostos constitutivos do próprio CDC. Para mais em: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



ção das técnicas computacionais e como elas têm sido incrementadas na vida do consumidor. Essa não é uma tarefa fácil, já que a crescente adoção da IA na vida cotidiana alcança horizontes aquém dos olhares tradicionais. O número de produtos e serviços ofertados são incontáveis. Por essa razão, objetiva-se, especificamente, a demonstração de quais são os ganhos e riscos na utilização da IA no mercado de consumo em três setores desse microsistema: 1) Financeiro e Securitário; 2) Serviços ofertados pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC); e 3) Jurídico e legal.

Em cada análise realizada, demonstram-se quais são os benefícios para os fornecedores de produtos ou de serviços, bem como quais são os benefícios e riscos para com o consumidor e eventualmente terceiros que não estão envolvidos naquela relação contratual.

A segunda seção será destinada ao desenvolvimento crítico de um setor específico do impacto da IA na seara consumerista: os processos automatizados de tomada de decisão. Tais processos, em rápidos tracejos, são utilizados para propiciar ao fornecedor produtos correlacionados a padrões de compras e acessos preexistentes. Questiona-se se essa intervenção tecnológica é capaz de reduzir ou empoderar o poder de escolha do consumidor.

Demonstram-se quais os principais desafios e benefícios trazidos pela inteligência artificial às relações de consumo. Destacam-se, entre os possíveis benefícios atrelados ao setor financeiro e securitário, a melhoria no acesso a produtos financeiros especificamente adaptados e individualizados às necessidades do consumidor e taxas de seguro potencialmente mais baixas. Lado outro, entre os prováveis impactos negativos, estão a redução potencial da qualidade das informações fornecidas, considerando-se o critério sintético e a dificuldade semântica da compreensão de termos ambíguos pela IA tornando-se, conseqüentemente, potencialmente mais difícil de se comunicar com funcionários humanos e a responsabilidade por aconselhamento incorreto ou por pedidos errados, por risco de abuso/aconselhamento tendencioso (consultor robótico maximizando ganhos para a empresa, não para os clientes), pela assimetria crescente de informações entre consumidor e fornecedor.

No setor de Serviços de Tecnologias da Informação e Comunicação, os possíveis benefícios ao consumidor podem ser a maior precisão, agilidade, rapidez e redução de custos para a tradução automática, potencialmente substituível pela tradução humana e a facilidade e, provavelmente, maior chance de acesso ao conteúdo de qualidade e com menor risco de desinformação. Enquanto os riscos, provavelmente, se concentram no maior impacto das decisões de compra dos consumidores, e na discriminação/censura de determinados criadores de conteúdo ou tipos de conteúdo que podem fazer ou realizar, na estabilização de padrões do passado, com conseqüente reprodução de erros e abuso.

No âmbito legal e jurídico, verifica-se que os possíveis benefícios podem ser redução de custos, já que são potencialmente mais adequados (ajustados à probabilidade de sucesso), e acesso a conselhos básicos (automáticos) sem custos ou a custos significativamente menores. Enquanto isso, os riscos são, mas não se restringem, à crescente assimetria de informações entre advogados e clientes, podendo dificultar o acesso à consultoria jurídica para pessoas identificadas com uma menor probabilidade de ganho de causa, e baixa qualidade do aconselhamento jurídico fornecido por uma IA.

Por fim, o processo de tomada de decisão automatizada apresenta benefícios: tempo de espera potencialmente mais curtos, decisões potencialmente mais precisas, e decisões potencialmente mais objetivas e imparciais. Enquanto os possíveis riscos podem ser expressos em discriminação nas relações de consumo, incapacidade de questionar a decisão de sistemas automatizados e risco de decisões injustas, favorecendo, indevidamente, as necessidades da empresa.

Ao final, na terceira seção, apresentam-se soluções jurídicas adequadas por meio da interpretação hermenêutica fundamentada nos vetores principiológicos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Quando essa legislação for insuficiente em suas positivamente, utiliza-se o diálogo das fontes para atrair e utilizar normativos esparsos que possuem finalidade temática, levando em consideração aspectos éticos,

jurídicos e de responsabilidade.

Conclui-se que, apesar de as inovações não se enquadrarem, perfeitamente, à tipologia positivada na legislação consumerista, sua carga principiológica é capaz de abranger a proteção dos direitos dos sujeitos inclusos nesse microsistema jurídico. A abstenção ou a omissão de participação jurídica nesse cenário poderia causar violações à autonomia privada e aos direitos da personalidade do consumidor, principalmente à privacidade e ao exercício do direito de escolha. Em casos mais graves, discriminação e segregação. Para subsidiar a presente argumentação, utilizam-se os métodos: pesquisa integrada e o método dedutivo.

## 2 Como a IA está redefinindo a indústria de bens de consumo

A *nova infraestrutura* do mercado pode ser delimitada pela participação de conexões e integrações realizadas por diferentes sistemas informativos que a tecnologia já possibilita no cenário contemporâneo. A ótica central com a qual podem ser julgadas as intervenções no setor consumerista fica adstrita, neste trabalho, aos entes inteligentes artificialmente. Nessa condição, pretende-se identificar as inovações trazidas pelas manifestações subversivas dessas ferramentas que parecem ser imprescindíveis em relação ao inexorável crescimento do poder econômico.

Analisando esses interesses, torna-se possível verificar condutas para diminuição dos custos de gestão, governança do mercado de trabalho e fornecimento de produtos ou de serviços para o consumidor. Nesse cenário se revelam as inteligências artificiais responsáveis pelo atendimento virtual no *e-commerce*. *Chatbots*, utilizados por meio de um aplicativo de texto ou voz projetado para manter uma conversa estão se tornando comuns. Normalmente, sua utilização se dá como complemento aos atendentes humanos online contratados pelo fornecedor de produto ou de serviços. Os *Chatbots* mais familiares atualmente são para compras *online*. No entanto, os *Chatbots* também representam uma evolução da interface homem-máquina, pois podem fornecer uma pergunta e responder a interface de qualquer sistema.

As linhas de intervenção possíveis facilitam os interessados a elaboração de critérios para reforçar sua posição no mercado de consumo. Empresas como a Lowe's idealizaram e conduziram um *chatbot* de varejo para seu próximo passo lógico. O *LoweBot*<sup>4</sup>, um robô de serviço autônomo, atua como protagonista para envolver os consumidores e responder suas eventuais dúvidas em vários idiomas. O *LoweBot* também possui recursos voltados ao almoxarife, sendo capaz de ajudar a equipe a fazer essa tarefa e, conseqüentemente, liberá-los dessa atividade mecânica para mais tempo com os clientes.

Os *chatbots* com desdobramentos mais sofisticados tendem a ser chamados de *assistentes virtuais*, pois são capazes de acessar bases de conhecimento mais extensas e ser melhor que humanos em tarefas *on-line* mais complexas. Exemplos de tarefas de assistente virtual incluem atendimento a *e-mails* e telefonemas de clientes, atendimento de pedidos e gerenciamento de estoque. A empresa Mary Kay, por exemplo, fornece a seus consultores de beleza um assistente virtual denominada *myCustomers+*, que pode criar perfis ricos de seus principais clientes e alertá-los quando os estoques de uma linha de produtos estiverem baixos.<sup>5</sup>

Outro aspecto digno de atenção é a crescente difusão de técnicas voltadas ao desenvolvimento de robôs e veículos autônomos. Estima-se que esses últimos tenham um impacto generalizado na cadeia de consumo antes de sê-los inseridos propriamente ditos nas estradas, já que todos os procedimentos devem ser previamente testados para demonstrar a linha de evolução de segurança que esses produtos tendem a oferecer aos

<sup>4</sup> TAYLOR, Harriet. Lowe's introduces LoweBot, a new autonomous in-store robot. *CNBC*, 2016. Disponível em: <https://www.cnn.com/2016/08/30/lowes-introduces-lowebot-a-new-autonomous-in-store-robot.html>. Acesso em: 19 mar. 2020.

<sup>5</sup> SAMUELY, A. Mary Kay uncaps sales via beauty consultant-gearred virtual assistant app. *Retail Dive*. Disponível em: <https://www.retaildive.com/ex/mobilecommercedaily/mary-kay-uncaps-sales-via-beauty-consultant-gearred-virtual-assistant-app>. Acesso em: 19 mar. 2020.

consumidores.<sup>6</sup> Institui-se, portanto, uma relação direta entre as finalidades da ação executada pelas empresas inseridas no setor tecnológico e a relação consumerista sintetizada em uma abordagem prática e funcional destinada à segurança pessoal dos usuários.

A tecnologia se desenvolve rapidamente, suas principais barreiras constituem a legislação e as preocupações com o emprego e a segurança. Nos EUA, por exemplo, a permissão para testes mais extensos de caminhões autônomos foi aprovada, apenas, em 2017, mas deixou de incluir licenças para caminhões comerciais de grande porte. Apesar disso, a *start-up* Otto (pertencente a Uber) realizou uma entrega bem-sucedida de mais de 50.000 latas de Budweiser em uma rota de 132 milhas na Interstate 25 no Estado americano do Colorado com um caminhão autônomo, sem qualquer motorista humano no comando.<sup>7</sup>

Os benefícios da implementação dessa tecnologia de forma difusa poderiam qualificar o desenvolvimento e reconhecimento das demandas individuais no mercado de consumo, considerando-se certas limitações legislativas para com a legislação trabalhista. Enquanto no Brasil a Lei 13.103<sup>8</sup> de 2015 dispõe, em seu art. 235-C, que a jornada diária de trabalho do motorista profissional será de 8 (oito) horas, admitindo-se a sua prorrogação por até 2 (duas) horas extraordinárias ou mediante previsão em convenção ou acordo coletivo, por até 4 (quatro) horas extraordinárias, um caminhão autônomo pode dirigir quase 24 horas por dia. Isso significa que a tecnologia quase dobraria efetivamente a produção da rede de transporte do Brasil e seria capaz de cumprir, gradativamente, os prazos de entrega dos produtos e serviços adquiridos fora do estabelecimento comercial.

Além de tornar mais eficaz as operações que funcionam 24 horas por dia e 7 dias na semana (24x7), também podem reduzir acidentes e erros humanos. A capacidade de transporte e a tecnologia de detecção melhoram a capacidade a cada ano, e os custos de transação<sup>9</sup> diminuem.<sup>10</sup>

Outra demanda que se tem tornado comum, principalmente no comércio europeu e estadunidense, são os chamados *armazéns inteligentes* ou *Smart Warehouse*. Nesse ambiente é possível presenciar robôs circulando por um armazém em uma grade tridimensional, movendo e recuperando mercadorias com base em instruções das plataformas de atendimento e logística (por sua vez, alimentando a demanda em vários canais de comunicação). Para varejistas como a Ocado, esse alto nível de operação autônoma (mais de 1.000 robôs controlados em um único local) possibilita o envio de mais de 200.000 pedidos por semana para clientes do mercado *online* do Reino Unido.<sup>11</sup>

A presença de outros dois setores conexos com a inteligência artificial marcam a capacidade de difusão da tecnologia e tende a acompanhar as demandas dos consumidores. O primeiro deles é o reconhecimento visual/facial durante a aquisição de produtos ou de serviços.

Para os consumidores, existem exemplos como o *Olay Skin Advisor*<sup>12</sup>. Trata-se de uma plataforma nova projetada para ajudar as mulheres a entender melhor sua pele e encontrar os produtos mais adequados para suas necessidades pessoais de cuidados com a pele. A IA pode analisar uma *selfie* e se torna capaz de produzir conselhos personalizados para o usuário que o solicita. O *Skin Advisor* realiza algumas perguntas sobre preocupações pessoais com a pele e as preferências do produto e transmite um regime de

<sup>6</sup> IBM. *Artificial intelligence in consumer good*. Disponível em: [https://www.theconsumergoodsforum.com/wp-content/uploads/AI\\_in\\_Consumer\\_Goods\\_Whitepaper\\_CGF-and-IBM.pdf](https://www.theconsumergoodsforum.com/wp-content/uploads/AI_in_Consumer_Goods_Whitepaper_CGF-and-IBM.pdf). Acesso em: 19 mar. 2020.

<sup>7</sup> DAVIES, Alex. Uber's self-driving truck makes its first delivery: 50,000 beers. *Wired*, 2016. Disponível em: <https://www.wired.com/2016/10/ubers-self-driving-truck-makes-first-delivery-50000-beers/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

<sup>8</sup> BRASIL. *Lei n. 13.103, de 2 de março de 2015*. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13103.htm). Acesso em: 19 mar. 2020.

<sup>9</sup> “Coase used the term “transaction costs” to refer to the costs of communicating, as well as to a variety of other costs [...]”. In COOTER, R.; ULLEN, T. *Law and economics*. 6. ed. New Jersey: Pearson Education, 2016. p. 84.

<sup>10</sup> COOTER, R.; ULLEN, T. *Law and economics*. 6. ed. New Jersey: Pearson Education, 2016.

<sup>11</sup> COOTER, R.; ULLEN, T. *Law and economics*. 6. ed. New Jersey: Pearson Education, 2016.

<sup>12</sup> CHANG, Lulu. Olay shows off its Olay Skin Advisor, a deep learning beauty application. *Digital Trends*, 2017. Disponível em: <https://www.digitaltrends.com/mobile/olay-skin-advisor/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

produto exclusivo que se inspira em uma vasta base de conhecimento possibilitada pelo suporte à tecnologia.

Com o foco atual em saúde e bem-estar, o reconhecimento visual de alimentos também facilita o rastreamento da dieta para os consumidores. Por exemplo, o modelo de alimentos IBM Watson é pré-treinado com mais de 2.000 gêneros alimentícios. Empresas como a *Magic Mirror* fornecem *experiências de varejo conectadas* por uma IA nas lojas que usam reconhecimento visual para fornecer recomendações sobre roupas e maquiagem.<sup>13</sup>

No setor empresarial, a tecnologia de reconhecimento de imagens pode ser utilizada pelas empresas para verificação de eventuais usos não autorizados de suas marcas e logotipos. Quando inseridos em rede, a IA realizará uma análise comparativa entre as autorizações concedidas pela autoridade competente e àquelas que não possuem licença para serem devidamente veiculadas ou utilizadas.

Quando aplicado ao marketing, o reconhecimento visual gerenciado por IA pode identificar como as marcas estão sendo representadas nas mídias sociais através de dados estatísticos expressos em imagens e em vídeo. Isso é cada vez mais importante à medida que a manipulação midiática programática se expande. O risco de marcas serem apresentadas aos consumidores no contexto errado pode ser compensado com a IA, já que pode tornar mais eficaz o direcionamento da publicidade. Por exemplo, a *The Coca-Cola Company* usa o reconhecimento de imagens orientado por IA para melhorar a segmentação de anúncios (alega-se que isso gera uma chance quatro vezes maior de ser clicado).<sup>14</sup>

Por fim, o reconhecimento de voz se apresenta como uma tentativa de implementação de uma nova interface de fato para o mundo das marcas e das compras. Essa porta e esse ambiente no qual se opera a noção de personalidade virtual se apresentam como um passo adiante em termos de acesso para os consumidores, mas traz desafios.

Em fevereiro de 2018, a PwC coletou uma amostra representativa de 1.000 americanos entre 18 e 64 anos que têm acesso à Internet por meio de uma pesquisa *online* realizada por uma empresa de pesquisa global. Apenas 10% dos entrevistados não estavam familiarizados com produtos e dispositivos habilitados para voz. Dos 90% que foram, a maioria utilizou um assistente de voz (72%). No mesmo sentido, embora acessível em qualquer lugar, três em cada quatro consumidores (74%) estão usando seus assistentes de voz móveis em casa. A maioria dos participantes dos grupos focais foi rápida em dizer que prefere privacidade ao falar com seu assistente de voz e que usá-lo em público *parece estranho*. 18% dos entrevistados familiarizados com a tecnologia de voz nunca usaram um assistente de voz – e metade deles (9%) não tem interesse em usá-lo no futuro.<sup>15</sup>

Isso demonstra que alguns consumidores visualizam um problema de privacidade na utilização dos assistentes de voz. De fato, esse é um dos problemas que tendem a ser questionados na próxima seção. Contudo, o que chama a atenção nesse constructo é que o aspecto fático voltando para enunciação das relações de consumo está sendo transformada pela inclusão tecnológica de ferramentas que utilizam inteligência artificial.

A justificativa dos fornecedores, neste momento, seria a criação e adoção de estratégias integrativas que, ao mesmo tempo, sejam menos invasivas nas esferas privadas individuais e sejam capazes de compreender os aspectos subjetivos das demandas e dos desejos intrínsecos em cada sujeito. Esse aparente paradoxo reflete uma fase de busca de regras locais, nacionais e supranacionais, importadas ou fruto de autodisciplina (*soft law*) capazes de confortar os contraentes envolvidos nessa relação comercial consumerista.

<sup>13</sup> MAGIC MIRROR. Disponível em: <https://www.magicmirror.me/https://www.digitaltrends.com/mobile/olay-skin-advisor/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

<sup>14</sup> MARR, Bernard. The amazing ways Coca Cola uses artificial intelligence and big data to drive success. *Forbes*, 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2017/09/18/the-amazing-ways-coca-cola-uses-artificial-intelligence-ai-and-big-data-to-drive-success/#73ba33a978d2>. Acesso em: 19 mar. 2020.

<sup>15</sup> PWC. Disponível em: <https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/library/consumer-intelligence-series/voice-assistants.html>. Acesso em: 19 mar. 2020.

Da amplitude e da efetividade das garantias asseguradas pelo CDC aos vulneráveis, a possibilidade de que a sociedade da informação se desenvolva para com os entes inteligentes artificialmente é uma tarefa a ser pautada e evidenciada pelos juristas. Nesse momento, deve-se percorrer ao exame das principais atribuições que envolvem os ganhos e riscos para a utilização dessas tecnologias. Deve-se refletir, conscientemente, sobre os interesses e verificar em quais casos poderá o CDC atuar para a defesa dos direitos lesados.

## 2.1 Quais são os ganhos e riscos na utilização da IA no mercado de consumo?

Os entes inteligentes artificialmente estão em evidente transição entre a hipótese e a realidade. Pode-se compreender, a essa altura, que o desenvolvimento paralelo das leis sobre a proteção de consumo, caracterizadas pela novidade desse cenário, não é meramente casual.

Esses desdobramentos das disciplinas tendem a produzir resultados oriundos de conflitos e contradições que nem sempre são fáceis de serem resolvidos ou desfeitos. Em princípio, a tecnologia parece trazer na maioria dos casos benefícios com suas decisões automatizadas. As linhas de intervenções possíveis são construídas com base nas necessidades da própria sociedade que se afunila na tutela dos consumidores em questão. Evocam-se, dessa forma, argumentos para criticar a liberdade da instituição da IA no sistema mercadológico de consumo para detectar a presença de vários contextos nos quais existem certas contradições essenciais ou importantes que possam exercer forte pressão sobre os usuários.

Nesse quadro estratégico, alguns questionamentos serão utilizados como norte para chamar a atenção aos aspectos positivos e negativos dos entes inteligentes artificialmente. Para garantir maior compatibilidade com a prática cotidiana, três setores específicos do fornecimento de produto ou de serviços serão analisados: 1) finanças e seguros; 2) serviços ofertados pelas Tecnologias da Informação e Comunicação; 3) jurídico.<sup>16</sup>

O relevo atribuído a esse cenário será guiado por alguns exames realizados por meio de questões. A primeira delas é 1) *para quais propósitos as empresas usam a IA no setor em questão?* Isso tende a delimitar e explicar de que maneira o mercado tem utilizado a inteligência artificial nos setores acima mencionados. Sob uma perspectiva crítica e analítica que conduzirá a seguinte questão: 2) *o que as empresas ganham com isso?* Deve-se considerar o alto custo de desenvolvimento de tecnologias voltadas aos entes inteligentes artificialmente. A compreensão do motivo do uso dessas tecnologias pelas empresas conduz ao entendimento das pretensões a serem alcançadas. Os benefícios são diretos ou indiretos? Caso a imposição de certas obrigações no comércio leve a um desenvolvimento e implantação de IA mais dispendiosos ou mais difíceis, o que a economia perderá? Em resumo: para que os negócios estão otimizando? Se houvesse regulação, o que eles poderiam perder?<sup>17</sup>

A busca pelas respostas aos itens propostos anteriormente nos leva ao terceiro ponto: 3) *qual(is) é (são) os potenciais ganhos para os consumidores?* Embora o principal objetivo seja a identificação de possíveis riscos, além desses, pode haver ganhos exponenciais para o consumidor, tais como a redução de riscos nas transações realizadas. Outros fatores benéficos podem advir de preços mais baixos de bens e serviços<sup>18</sup>, maior qualidade de bens ou serviços ou custos reduzidos de pesquisa/transação (com ofertas/publicidade personalizadas; assistentes pessoais que automatizam as decisões de compra). Assim, o que os consumidores estão obtendo, direta ou indiretamente, dos negócios usando IA? O que eles poderiam perder se isso fosse limitado?<sup>19</sup>

Lado contrário, 4) *qual(is) é (são) os potenciais riscos para os consumidores?* No âmbito econômico, existem sacri-

<sup>16</sup> JABLONOWSKA, A. *et al.* *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project.* European University Institute, 2018. p. 19.

<sup>17</sup> JABLONOWSKA, A. *et al.* *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project.* European University Institute, 2018.

<sup>18</sup> Custos economizados pela rede inteligente podem se traduzir em preços mais baixos para o consumidor.

<sup>19</sup> JABLONOWSKA, A. *et al.* *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project.* European University Institute, 2018.

fícios, omissões, supressões e opressões que uma parte pode tomar como preceito para conduzir e estimular o aumento sistemático do lucro em sua atividade empresarial. Essa argumentação será secundária, já que as práticas consideradas patentemente abusivas ou ilícitas serão trabalhadas nas seções posteriores. Nesse caso, prefere-se a adoção de um posicionamento em que tanto a empresa quanto o consumidor auferem algo. Contudo, qual é o custo *pessoal* para o consumidor diante dessa ação? A resposta levará em consideração a autodeterminação, autonomia, privacidade e a discriminação. Isso deve oferecer resultados específicos dos riscos que eventualmente possam surgir quando analisados atrelados aos possíveis benefícios dos produtos e serviços ofertados no mercado de consumo. Além disso, deve-se verificar o momento em que esses riscos são produzidos. São contemporâneos ou podem ser futuros? São predominantemente individuais ou atingem setores coletivos? Em resumo: se a regulamentação dessas condutas é uma resposta a um problema concreto, qual é o problema a ser regulado?<sup>20</sup>

Por fim, deve-se verificar 5) *quais os efeitos perante terceiros?* Embora adotemos o conceito de consumidor (*stricto sensu* ou *standard*) expresso no art. 2º *caput* do CDC<sup>21</sup>, a coletividade pessoas, expressa pela identificação de terceiros na relação consumerista, equipara-se ao descrito no *caput* do normativo citado. No mesmo sentido, os consumidores *by standard* expressos no art. 17<sup>22</sup> do CDC também se enquadram na posição de terceiros que possam ser alvos de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço ou pelo vício dos mesmos. Assim, embora o foco seja a relação particular entre fornecedor-consumidor, como esse tipo de relação negocial transcende o caráter *inter partes* e adquire uma posição social e econômica de nível global, tais externalidades devem ser adotadas e demonstradas ao menos em nível aceitável. Assim, podemos sintetizar que: ao usar a IA em casos específicos, quais são os efeitos de terceiros de sua implantação em massa?<sup>23</sup>

Outras reflexões podem ser evidenciadas a depender do setor em análise. Deve-se ressaltar que esses modelos não são instrumentos de tipo restritivos para exaurir as possíveis análises da IA no campo negocial. Sua adoção se dá, nesse momento e nessa modalidade, apenas como modo objetivo de representação do reconhecimento da importância atribuído a cada um deles. Logo, reconhece-se a existência de outros conflitos, mas a verdadeira identidade ao fornecedor de serviços está, talvez, contida nas premissas abaixo.

### 2.1.1 Setor financeiro e securitário

Um dos principais setores que aderiram à mudança radical da inteligência artificial para alteração dos modos empresariais foi o setor de finanças e o setor securitário. As instituições financeiras usam inteligência artificial para reconhecimento de padrões, tanto em 1) dados referentes à segurança de seus sistemas, 2) dados sobre os mercados (para negociação algorítmica mais eficiente) e 3) dados sobre consumidores, para criação de produtos financeiros personalizados, riscos e preços individualizados. Dessa forma, sua análise torna-se necessária, já que, por exemplo, conforme relatório do Banco Central do Brasil<sup>24</sup>, em 2017 86,5% dos adultos possuem conta em alguma instituição financeira.

<sup>20</sup> JABLONOWSKA, A. *et al.* *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project.* European University Institute, 2018.

<sup>21</sup> “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.* Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>22</sup> Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.* Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>23</sup> JABLONOWSKA, A. *et al.* *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project.* European University Institute, 2018. p. 20.

<sup>24</sup> BRASIL. *Banco Central do Brasil.* Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/nor/releidfin/cap01.html>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Tabela 1 - setor financeiro e securitário<sup>25</sup>

Questionamentos	Resultados
Para quais propósitos as empresas usam a IA no setor em questão?	<p>1. Prevenção de fraudes no que diz respeito à fraude de seguros – reconhecendo padrões de uma vasta gama de fontes de dados para identificar mau comportamento;</p> <p>2. cyber-segurança<sup>26</sup>;</p> <p>3. suporte ao cliente – <i>chatbots</i><sup>27</sup> se comunicando com os consumidores; sistemas que permitem às empresas priorizar as mensagens dos clientes;</p> <p>4. assessoria financeira<sup>28</sup> personalizada e interativa – reconhecendo padrões de uma vasta gama de fontes de dados para identificar necessidades individuais e perfis de risco dos consumidores; o uso de robô-conselheiros;</p> <p>5. negociação algorítmica/negociação de alta frequência – o uso de IA para prever o melhor ambiente de negociação e o uso de algoritmos para fazer pedidos automaticamente na bolsa de valores;</p> <p>6. taxas de seguro personalizadas – avaliação do risco com base nos dados coletados.</p>
O que as empresas ganham com isso?	<p>Resultado 1 e 2 – melhoria na prevenção/segurança contra fraudes</p> <p>Resultado 3 e 4 – redução de funcionários para suporte e aconselhamento ao cliente; melhorando os tempos de resposta e priorização;</p> <p>Resultado 4 – estabelecimento de relacionamentos de longo prazo com os clientes: quanto mais tempo os clientes permanecerem na empresa, mais dados eles terão sobre eles e (potencialmente) os melhores conselhos que poderão fornecer;</p> <p>Resultado 4 e 5 – incentivando os clientes a se tornarem mais ativos no mercado financeiro (daí mais lucros), inclusive na área de negociação de ações;</p> <p>Resultado 6 – avaliação de risco aprimorada.</p>

<sup>25</sup> Elaboração do autor com base nos dados extraídos de JABLONOWSKA, A. *et al.* *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project.* European University Institute, 2018. p. 20.

<sup>26</sup> BUSINESS INSIDER INTELLIGENCE. *IBM to use AI to help banks with cybersecurity.* Disponível em: <https://www.businessinsider.com/ibm-to-use-ai-to-help-banks-with-cybersecurity-2016-12?IR=T>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>27</sup> YAO, M. *Chatbots go Cha-Ching: the looming impact of A.I. in finance.* *Forbes*, 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/mariyayao/2017/04/19/chatbots-go-cha-ching-the-impact-of-ai-in-finance/#75a7501620e3>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>28</sup> “*So what is cognitive banking? We know that machine learning and cognitive technologies will disrupt the industry but no one has explained what that looks like in reality. In essence, new patterns are identified from the vast range of data sources to find new insights for the bank. For example, IBM’s personality insights services analyses 3,500 words to identify an individual’s values and needs. This kind of insight would only be possible through many hours of interactions with a personal advisor and unlikely to uncover the spectrum that the algorithm can. What can it be used for and who’s doing it? 1) Evidence based decisions – rather than intuition led – Citibank and its Digital Money Index. 2) Create customer trust through transparency and overcome ethical barriers. 3) Creative ways of acquiring new data – ASB Bank and its “Like Loan” campaign. 4) Inspire innovation through ecosystems – e.g. “hackathons” and venture funding. 5) Create a cognitive platform?*”. FINTECHFUTURES. *The future of banking is here: cognitive banking.* 2016. Disponível em: <https://www.fintechfutures.com/2016/08/the-future-of-banking-is-here-cognitive-banking/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Questionamentos	Resultados
Qual(is) é (são) os potenciais ganhos para os consumidores?	<p>Resultado 1 e 2 – melhor proteção contra ataques fraudulentos/cibernéticos</p> <p>Resultado 3 e 4 – comunicação mais fácil e rápida com a empresa, disponível 24 horas por dia e 7 dias na semana</p> <p>Resultado 4 – melhor acesso a produtos financeiros especificamente adaptados e individualizados às necessidades de cada um;</p> <p>Resultado 4 e 5 – gerenciamento de patrimônio potencialmente mais eficaz;</p> <p>Resultado 6 – taxas de seguro potencialmente mais baixas.</p>
Qual(is) é (são) os potenciais riscos para os consumidores?	<p>Resultado 1 e 2 – a utilização de IA para evitar comportamentos ilícitos pode não ser controverso em algumas áreas (por exemplo, combater ataques cibernéticos), mas onde a avaliação é menos clara e o sistema também é auto impositivo, o devido processo legal deve ser observado;</p> <p>Resultado 3 e 4 – redução potencial da qualidade das informações fornecidas, tendo em vista o critério sintético e a dificuldade semântica da compreensão de termos ambíguos pela IA tornando-se, conseqüentemente, potencialmente mais difícil de se comunicar com funcionários humanos;</p> <p>Resultado 4 e 5 – responsabilidade por aconselhamento incorreto ou por pedidos errados, incertos, risco de abuso/aconselhamento tendencioso (consultor robótico maximizando ganhos para a empresa, não para os clientes), assimetria crescente de informações: as empresas agora podem obter melhores insights de dados do consumidor, mas os consumidores não são necessariamente capazes de avaliar a qualidade dos conselhos fornecidos a eles com base nessas novas ideias; como uma conclusão específica foi alcançada pela IA pode até ser desconhecida para a própria empresa (no estágio atual de desenvolvimento, os sistemas de IA baseados em redes neurais estão funcionando como caixas pretas);</p> <p>Resultado 6 – privacidade, taxas de seguro potencialmente mais altas (dependendo do caso, já que a coleta e tratamento de dados serão realizadas com maior frequência).</p>
Quais os efeitos perante terceiros	<p>Potenciais perdas de emprego (suporte ao cliente, consultores financeiros, analistas).</p> <p>Novas fontes de dados sobre consumidores, potencialmente disponíveis para o governo, policiais e hackers; risco potencial para a estabilidade do sistema financeiro.</p>
Outros efeitos	<p>O uso da IA para fornecer serviços personalizados, além de aconselhamento e suporte automáticos, bem como combater o mau comportamento é uma das possibilidades, por exemplo, como a IA está transformando publicidade e varejo, como pode ser usada para combater notícias falsas ou facilitar a aplicação de IP.</p>



## 2.1.2 Serviços ofertados pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC)

Os serviços operados pelas TIC consagram uma mudança radical na inclusão e difusão do universo das mercadorias. Com sua definitiva *commodification*, modifica-se a própria estrutura de mercado e de consumo para ofertas de títulos que podem ser negociados livremente, tais como serviços de *streaming* de vídeo e música. Essa base normalmente tem como matéria entes inteligentes artificialmente em sua constituição. Eles são capazes de personalizar e direcionar, de forma mais objetiva, os conjuntos de produtos ou de serviços que atendem aos padrões dos consumidores. Além disso, a IA é usada para traduções, triagem de conteúdo (para avaliar sua qualidade, conformidade com as regras de conduta da plataforma, conformidade com as regras de propriedade intelectual das leis de direitos autorais e marcas registradas), além de alimentar a comunicação via *chatbots*. Talvez esse seja o assunto de maior curiosidade jurídica no momento, considerando-se a evidente relação entre coleta e tratamento de dados. Dessa forma, apresentam-se os benefícios e desafios dos Serviços de Tecnologia da Informação e Comunicação na Tabela 2, logo abaixo assinada.

Tabela 2 - serviços de tecnologia da informação e comunicação<sup>29</sup>

Questionamentos	Resultados
Para quais propósitos as empresas usam a IA no setor em questão?	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Transformação da publicidade digital – reconhece-se padrões no nível individual e não com base em perfis segmentados; exibem-se anúncios relacionados às preferências reais do consumidor e não apenas aos produtos que ele visualizou;</li><li>2. tradução automática – em 2016, o Google decidiu realizar uma revisão de seu serviço de tradução (Google Translate) e substituir o código desenvolvido por engenheiros ao longo de uma década por uma rede neural; sistemas baseados em redes neurais podem ser potencialmente aplicados em outras áreas onde os sistemas de tradução automática existentes são usados hoje (como no caso do aplicativo Airbnb);</li><li>3. combate à <i>fake-news</i><sup>30</sup> – o uso da IA para determinar se um tópico de tendência nas mídias sociais é verdadeiro ou não simplesmente analisando e identificando o áudio e o vídeo supostamente falsos;</li><li>4. avaliação automática da qualidade do conteúdo gerado pelo usuário (por exemplo, a possibilidade de modificação livre de artigos na Wikipedia) e, possivelmente, adição de informações ausentes (por exemplo, com base nas informações disponíveis em diferentes versões de idiomas);</li><li>5. assistentes virtuais (<i>chatbots</i> baseados em texto e voz), integrados, por exemplo, a aplicativos de mensagens (como o Facebook Messenger).</li></ol>

<sup>29</sup> Elaboração do autor com base nos dados extraídos de JABLONOWSKA, A. *et al.* *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project.* European University Institute, 2018. p. 20.

BUSINESS INSIDER INTELLIGENCE. *IBM to use AI to help banks with cybersecurity.* Disponível em: <https://www.businessinsider.com/ibm-to-use-ai-to-help-banks-with-cybersecurity-2016-12?IR=T>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>30</sup> REUTERS, T. Machine learning turns “fake news” on Twitter into old news. *Reuters*, 2017. Disponível em: <https://blogs.thomsonreuters.com/answeron/machine-learning-fake-news-twitter/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Questionamentos	Resultados
O que as empresas ganham com isso?	<p>Resultado 1 – a segmentação avançada do consumidor e a personalização de anúncios podem permitir que as empresas maximizem o retorno da publicidade digital.</p> <p>Resultado 2 – ferramentas de tradução mais precisas podem ser usadas como produtos independentes (<i>Google Translate</i>) ou integradas a outros produtos (potencial de comercialização). A título de ilustração, o uso da IA pelo Google reduziu os erros de tradução em uma média de 60%<sup>31</sup>. Isso permitiu que o Google competisse efetivamente com outras empresas de TI, como a chinesa Baidu.</p> <p>Resultado 3 e 4 – melhoria da credibilidade e da qualidade do conteúdo <i>online</i>.</p> <p>Resultado 5 – atração de mais usuários e obtenção de novas informações sobre eles, que podem ser monetizados, por exemplo, via publicidade ou inovação de produto.</p>
Qual(is) é (são) os potenciais ganhos para os consumidores?	<p>Resultado 1 – visualização de conteúdo mais relevante</p> <p>Resultado 2 – maior precisão, agilidade, rapidez e redução de custos na tradução automática, potencialmente substituível pela tradução humana.</p> <p>Resultado 3 e 4 – facilidade e provavelmente maior chance de acesso ao conteúdo de qualidade e com menor risco de desinformação;</p> <p>Resultado 5 – os assistentes virtuais podem responder rapidamente a várias perguntas que os consumidores podem ter (por exemplo, qual é a maneira mais barata de transmitir um programa de TV específico), reduzindo ainda mais seus custos de pesquisa.</p>

<sup>31</sup> “Google’s online translation service, Google Translate, will soon be using a new algorithm that is entirely based on deep learning, the company announced on 27 September. The algorithm, which is also described in a paper posted to the preprint server arXiv1, is the first widely-available computer system for translating languages that relies on the increasingly popular AI technique. Compared to the firm’s existing service, the algorithm reduces errors by around 60%, Google computer scientists say.” In. CASTELVECCHI, D. Deep learning boosts Google Translate tool. *Nature*, 2016. Disponível em: <https://www.nature.com/news/deep-learning-boosts-google-translate-tool-1.20696>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Questionamentos	Resultados
Qual(is) é (são) os potenciais riscos para os consumidores?	<p>Resultado 1 – maior impacto nas decisões de compra dos consumidores (a ser tratado na próxima seção);</p> <p>Resultado 2 – tradução automática <i>remunerada</i> com dados pessoais. Se a tradução automática for mais integrada a outros produtos e praticamente indistinguível da contribuição humana, pode-se perguntar o que aconteceria se uma tradução estivesse incorreta e, com base nisso, o que aconteceria caso um consumidor tome uma decisão de compra que ele não tomaria de outra forma se o significado fosse diverso;</p> <p>Resultado 3 e 4 – a pré-verificação feita por um algoritmo pode desencorajar os consumidores a avaliar criticamente o conteúdo de notícias; além disso, os critérios usados pelos algoritmos podem levar à discriminação/censura de determinados criadores de conteúdo (por exemplo, novos colaboradores na Wikipedia) ou tipos de conteúdo (por exemplo, em tópicos politicamente controversos); os algoritmos podem estabilizar ainda mais os padrões do passado, reproduzir erros ou sofrer abuso, tudo isso levando a uma distorção do conteúdo disponível para os consumidores.</p> <p>Resultado 5 – as empresas não apenas obtêm acesso, mas também um entendimento das comunicações dos consumidores (com o <i>chatbot</i> e com outros usuários) e podem usá-las, por exemplo, para fins publicitários.</p>
Quais os efeitos perante terceiros	<p>Potenciais perdas de emprego (por exemplo, tradutores)</p> <p>Impacto na liberdade de expressão.</p> <p>Nova fonte de dados sobre os consumidores, potencialmente disponível para o governo, policiais e hackers.</p>
Outros efeitos	<p>Outra temática relacionada é o uso da IA no setor criativo, seja de propriedade industrial ou propriedade intelectual. Aqui, duas dimensões principais podem ser identificadas: IA como criadora e AI como executora. Quanto ao primeiro, observa-se que a contribuição criativa também pode potencialmente vir dos sistemas de IA e não apenas dos seres humanos. Trabalhos e invenções gerados por IA podem ser produzidos mais rapidamente, com menos esforço e em grandes quantidades. A discussão sobre a existência de direitos autorais é patente, mas assunto que transcende o corpo material do presente trabalho.<sup>32</sup></p>

### 2.1.3 Setor jurídico e legal

A adoção de Inteligência Artificial no setor jurídico é crescente e patente. No setor público, o Supremo Tribunal Federal divulgou<sup>33</sup> a adoção da IA VICTOR para agilizar o trâmite processual e garantir a execução do direito fundamental à razoável duração do processo<sup>34</sup>. No setor privado, os números de *startups*<sup>35</sup> e

<sup>32</sup> Para mais, ver em: DIVINO, S. B. S. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos de tecnologias interativas: o tratamento de dados como modelo de remuneração. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 118, p. 221-246, 2018.

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>34</sup> “Art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>35</sup> ARTIFICIAL LAWYER. *The Lex Machina story: from start-up to LexisNexis*. 2017. Disponível em: <https://www.artificiallawyer.com>.

*fintechs* jurídicas voltadas para utilização de inteligência artificial também crescem com a oferta de produtos e serviços no mercado consumerista. Ferramentas para substituição de advogados em gestão corporativa são objeto de utilização de escritórios em massa, o que pode levar aos questionamentos dos ingressantes nesse mercado sobre a possível substituição de suas funções por máquinas. Por outro lado, acredita-se que um acesso mais fácil à justiça deve ser bem-vindo, pois quantas pessoas, apesar da inflação dos profissionais do direito, ainda não podem pagar um advogado? No entanto, assim como no caso de qualquer outra automação orientada a IA, há riscos dos quais devemos estar cientes.

Tabela 3 - setor jurídico e legal<sup>36</sup>

Questionamentos	Resultados
Para quais propósitos as empresas usam a IA no setor em questão?	1. Uso por escritórios de advocacia profissionais: Sistemas como <i>Lex Machina</i> <sup>37</sup> ou <i>ROSS Intelligence</i> <sup>38</sup> já são capazes de recuperar informações relevantes de grandes conjuntos de atos jurídicos e jurisprudência e executar análises jurídicas. A implantação adicional de IA nessa área poderia possibilitar a formação de interpretações subjetivas e descobrir o que um juiz provavelmente faria no caso em questão; 2. Assessoria automatizada fornecida por <i>chatbots</i> como o <i>DoNotPay</i> <sup>39</sup>
O que as empresas ganham com isso?	Resultado 1 – reduz tempo e esforço, permite que os advogados tomem melhores decisões sobre quais casos eles desejam tomar e ajustem seus honorários de acordo;
Qual(is) é (são) os potenciais ganhos para os consumidores?	Resultado 1 – custos potencialmente mais adequados (ajustados à probabilidade de sucesso); Resultado 2 – acesso a conselhos básicos (automáticos) sem custos ou a custos significativamente mais baixos, por exemplo, uma IA de bate-papo pode apelar com êxito para multas de estacionamento.
Qual(is) é (são) os potenciais riscos para os consumidores?	Resultado 1 – a crescente assimetria de informações entre advogados e clientes, potencial abuso, pode dificultar o acesso à consultoria jurídica para pessoas identificadas com uma probabilidade bem pequena de ganho de causa; chances menores de ganhar o caso se não pudermos pagar a assistência de um escritório de advocacia orientado por IA; Resultado 2 – o aconselhamento jurídico fornecido por uma IA pode ser de baixa qualidade.

com/2017/03/21/the-lex-machina-story-from-start-up-to-lexisnexis/. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>36</sup> Elaboração do autor com base nos dados extraídos de JABLONOWSKA, A. *et al. Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project*. European University Institute, 2018. p. 20.

BUSINESS INSIDER INTELLIGENCE. *IBM to use AI to help banks with cybersecurity*. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/ibm-to-use-ai-to-help-banks-with-cybersecurity-2016-12?IR=T>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>37</sup> “*Lex Machina provides Legal Analytics to companies and law firms, enabling them to craft successful strategies, win cases, and close business. Legal Analytics combines data and software to provide the winning edge in the highly competitive business and practice of law. Our unique Lexpressions engine creates data sets never before available about judges, lawyers, parties, and the subjects of lawsuits, out of millions of pages of litigation information. With this data, for the first time, lawyers can predict the behaviors and outcomes that different legal strategies will produce*”. LEX MACHINA. Disponível em: <https://lexmachina.com/about/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>38</sup> ROSS INTELLIGENCE. Disponível em: <https://rossintelligence.com/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>39</sup> O referido aplicativo permite que os consumidores recorram de multas administrativas através de um simples formulário que pode ser preenchido no dispositivo eletrônico em que ele se encontra instalado. MANNES, J. *DoNotPay launches 1,000 new bots to help you with your legal problems*. *TechCrunch*, 2017. Disponível em: <https://techcrunch.com/2017/07/12/donotpay-launches-1000-new-bots-to-help-you-with-your-legal-problems/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

Questionamentos	Resultados
Quais os efeitos perante terceiros	Potenciais perdas de emprego (por exemplo, funcionários legais, paralegais). O risco de estabilizar os padrões existentes de argumentação jurídica e jurisprudência; Riscos ao acesso à justiça.
Outros efeitos	O impacto depende, em grande parte, da extensão da adoção da IA. Se os sistemas de IA se tornarem difundidos, os problemas de assimetria de informação entre advogados e clientes e o acesso à justiça podem se tornar um problema real. Se, por outro lado, os sistemas de IA fossem adotados apenas por certos escritórios de advocacia (mais poderosos), surgiriam outros problemas, tais como a monopolização dessa tecnologia e a impossibilidade de o consumidor arcar com as despesas da assistência desse escritório.

O corpo dessa seção demonstra parte das inúmeras possibilidades de aplicações práticas da Inteligência Artificial no mercado de consumo. Como prescrito anteriormente, não se pretende exaurir a argumentação neste momento, até que impossível diante da limitação trazida pela confecção do trabalho na modalidade artigo. A pretensão trazida é a afronta dessas incursões apresentadas e a busca por novas soluções que tendem a atingir ambas as partes na relação de consumo. Deve-se, certamente, reforçar a capacidade de resposta jurídica às questões realizadas em cada setor, para, então, conseguir concretizar e promover a tutela dos vulneráveis.

Dentre os pontos colocados em pauta, um deles se destaca em virtude da grande influência para a volitiva do consumidor quando da aquisição de produtos ou de serviços. Como deve posicionar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor se a utilização da IA durante a fase inicial da contratação pudesse influenciar de tal maneira que, eventualmente, viesse a induzir ou instigar de forma abrupta o consumidor a tomar uma decisão que inicialmente não tomaria? Assim, o foco se volta para outro desafio: os processos de tomada de decisão e a interferência da IA. De um lado, busca-se demonstrar o posicionamento do mercado que tende a empoderar ou ao menos garantir ao consumidor uma gama de escolhas que são ofertadas fundamentadas em seu comportamento em rede. De outro temos a possibilidade de imposição de um novo modelo de vigilância que tende a sancionar ou ao menos reduzir consideravelmente o poder de escolha do consumidor em virtude de padrões pré-estabelecidos pela IA. Esse diálogo será construído neste momento.

### 3 Os processos automatizados de tomada de decisão<sup>40</sup>: empoderamento do consumidor?

Diante da gama de produtos e serviços ofertados no ambiente virtual, o papel de protagonista atribuído ao consumidor parece efetivar uma posição de poder, a qual se destina ao exercício de escolhas que se referem a particulares situações de interesses capazes de estimular a autonomia privada em rede.

Com base nesse aspecto, o desenvolvimento das TIC com a utilização da IA tem como pretensão ajudar os consumidores a encontrar as opções que melhor atendem às suas necessidades naquele momento.<sup>41</sup> Para os fornecedores de produtos e de serviços, esse tipo de atividade pode ser benéfico por reduzir custos de pesquisa<sup>42</sup>, transação<sup>43</sup> e tomada de decisão pelos consumidores, os quais podem ter seu bem-estar<sup>44</sup> elevado diante da maior compatibilidade entre o que lhe é demonstrado e seus eventuais interesses.

Opera-se, dessa forma, diante da utilização radical de complexos algoritmos capazes de compreender padrões consumeristas através da coleta e tratamento de dados.<sup>45</sup> A Amazon, por exemplo, oferta a IA Alexa, que é integrada a dispositivos físicos capazes de controlar de forma inteligente mecanismos da residência do consumidor, tais como luzes, alarmes, ar-condicionado e outros dispositivos que tenham suporte para tanto. Contudo, quando o consumidor utiliza a Alexa, o software responsável pela implementação entre o mundo fático e os comandos a serem destinados e processados em hardware, coleta a informação e a envia à Amazon. Segundo a empresa, esses dados podem ser processados na nuvem para melhorar a experiência do usuário e, conseqüentemente, os produtos e serviços da empresa.<sup>46</sup> Dessa forma, caso o consumidor tenha um padrão de escolhas sobre determinado produto ou serviço, ele quase sempre será o recomendado pela IA no momento em que a pessoa vier a necessitar deles.

Esse tipo de comportamento pode reafirmar a tese obstinada de empoderamento do consumidor, mas

<sup>40</sup> “In a broad sense, automated decision-making can describe the very nature of IT-enabled algorithmic processes, which is producing outputs by means of executing a computer code (Article 29 Working Party, 2017a; Kroll et al., 2017). Admittedly, it is the fact that the underlying data collection and analysis as well as the subsequent procedural steps are performed automatically (by technological means) – and therefore more quickly and extensively than the same could ever be done by humans – that lies at the heart of the challenges investigated as part of this project. According to this understanding, algorithmic decision-making could thus refer to 1) automated data gathering and knowledge building and to 2) the performance of subsequent procedural steps – encoded in an algorithm or adjusted autonomously by artificial agents – with a view to reaching a predetermined goal. Obviously, such a perception gives rise to significant overlaps with other applications of AI in consumer markets investigated as part of this project. Once again, we would like to argue that this is not really a problem”. JABLONOWSKA, A. et al. *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business’ use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project*. European University Institute, 2018. p. 38.

<sup>41</sup> ANDRÉ, Q. et al. Consumer choice and autonomy in the age of artificial intelligence and big data. *Cust. Need. and Solut.*, v. 5, p. 28-37, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40547-017-0085-8>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>42</sup> BAKOS, J. Y. Reducing buyer search costs: implications for electronic marketplaces. *Manag. Sci.*, v. 43, n. 12, p. 1676-1692, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1287/mnsc.43.12.1676>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>43</sup> Para uma melhor revisão sobre os aspectos econômicos da coleta e tratamento de dados, que se compartilha, ver em DIVINO, S. B. S. Reflexiones escépticas, principiológicas y económicas sobre el consentimiento necesario para la recolección y tratamiento de datos. *Derecho PUCP*, v. 83, p. 179-206, 29 nov. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201902.006>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>44</sup> LEONARD, T. C.; RICHARD, H.; CASS, Thaler; SUNSTEIN, R. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness. *Const. Polit. Econ.*, v. 19, p. 356-360, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10602-008-9056-2>. Acesso em: 21 mar. 2020.

WATHIEU, L.; BRENNER, L.; CARMON, Z. et al. Consumer control and empowerment: a primer. *Marketing Letters*, v. 13, p. 297-305, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1023/A:1020311914022>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>45</sup> Tais padrões são verificáveis desde o final da década de 1980. Para mais, ver em PAYNE, J. W.; BETTMAN, J. R.; JOHNSON, E. J. Adaptive strategy selection in decision making. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, v. 14, n. 3, p. 534-552, 1988. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/0278-7393.14.3.534>. Acesso em: 21 mar. 2020.

GOODMAN, B.; FLAXMAN, S. European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. *AI Magazine*, v. 38, n. 3, p. 1-9, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>46</sup> AMAZON. *Termos de uso do dispositivo Amazon*. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=202002080>. Acesso em: 21 mar. 2020.

traz consigo um paradoxo crescente sobre as possibilidades de influência da pura lógica de mercado sobre a autonomia privada. Se se não possibilita ao consumidor a visualização de outras hipóteses e possibilidades aquém daqueles que lhe são apresentados, com base na perspectiva da autonomia privada, suas escolhas ficam prejudicadas, já que a experimentação fica condicionada a um interesse que se restringe a um microsistema. Além disso, com base na ótica ética-concorrencial, esse tipo de sugestão pode levar à indução de monopólios em determinados setores econômicos, já que a tendência de oferta de determinado produto segue conforme a quantidade aquisitiva realizada pelo mercado de consumo. Assim, um produto que eventualmente quase não tem participação no mercado tende a reduzir ainda mais frente aos que nominalmente possuem maior número de vendas.

Essa proteção do consumidor é necessária para proteger a autonomia e a dignidade das pessoas, mas também deve ser vista como um facilitador da inovação da IA no mercado interno. A IA pode capacitar, fortalecer e apoiar os consumidores se eles puderem estar no controle e fazê-la funcionar para eles, e não o contrário.<sup>47</sup> Torna-se indispensável uma estrutura jurídica analítica para estabelecer as diretrizes legais e principiológicas para regulamentação dos sistemas de IA voltados principalmente à coleta e ao tratamento de dados. Deve-se considerar que quanto maior os impactos da IA para a tomada de decisão dos consumidores, mais forte deve ser a resposta do sistema jurídico para corresponder a esse comportamento.

Tanto na União Europeia quanto no Brasil, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)<sup>48</sup> e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)<sup>49</sup> compartilham e propõem disposições para que a orientação acima expressa seja alcançada. O art. 22 do normativo europeu prescreve que o titular dos dados terá o direito de não estar sujeito a uma decisão baseada, apenas, no processamento automatizado, incluindo criação de perfil, que produza efeitos jurídicos a seu respeito ou que o afete de forma semelhante. No mesmo sentido, a legislação brasileira, em seu art. 20, positiva que o titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, *de consumo e de crédito* ou os aspectos de sua personalidade.

A discussão gira em torno de um problema no interior de um grupo: os sujeitos em rede. A prescrição, em ambos os casos, é de caráter geral, não abrangendo, apenas, os consumidores. Contudo, como o foco desse trabalho são esses sujeitos, os instrumentos argumentativos serão direcionados e analisados de forma intrínseca a eles. Os consumidores pensam em si mesmos e em suas ações como exercentes e protagonistas de seu livre arbítrio e sua autonomia.<sup>50</sup> Crê-se, firmemente, que os processos que os levam a uma escolha específica em termos de deliberação e intencionalidade são originários de suas próprias ações, sejam elas motivadas e motivadas internamente. Mesmo quando as ações de outras pessoas são descritas como moti-

<sup>47</sup> BEUC. *Automated decision making and artificial intelligence: a consumer perspective*. Tech. Rep.: Bureau Europeen des Unions de Consommateurs, 2018. Disponível em: [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058\\_automated\\_decision\\_making\\_and\\_artificial\\_intelligence.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058_automated_decision_making_and_artificial_intelligence.pdf). Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>48</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*. 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>49</sup> BRASIL. *Lei. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>50</sup> The experience of conscious will is the feeling that we are doing things. This feeling occurs for many things we do, conveying to us again and again the sense that we consciously cause our actions. But the feeling may not be a true reading of what is happening in our minds, brains, and bodies as our actions are produced. The feeling of conscious will can be fooled. This happens in clinical disorders such as alien hand syndrome, dissociative identity disorder, and schizophrenic auditory hallucinations. And in people without disorders, phenomena such as hypnosis, automatic writing, Ouija board spelling, water dowsing, facilitated communication, speaking in tongues, spirit possession, and trance channeling also illustrate anomalies of will—cases when actions occur without will or will occurs without action. WEGNER, D. M. Précis of the illusion of conscious will. *Behav Brain Sci.*, v. 27 n. 5, p. 649-659, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0140525X04000159>. Disponível em: <http://www.its.caltech.edu/~squartz/wegner2.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>51</sup> ZHENG, Y.; VAN OSSELAER, S. M. J.; ALBA, J. W. Belief in free will: implications for practice and policy. *J Mark Res.*, v. 53 n. 6, p. 1050-1064, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1509/jmr.15.0452>. Acesso em: 21 mar. 2020.

vadas por circunstâncias externas, as pessoas, ainda, são motivadas a chamar para si sua intenção e responsabilidade.<sup>52</sup>

Apesar de acreditarmos estar, apenas, tratando do tema da proteção de dados, na verdade estamos ocupando do destino de nossa sociedade. Ambas legislações anteriormente citadas pretendem possibilitar aos consumidores o direito de que a tomada de decisão algorítmica seja feita de maneira justa e responsável. Por exemplo, os processos de tomada de decisão devem ser justos da perspectiva dos dados processados, dos meios utilizados no processo de decisão e da intenção do que fazer com o resultado. As legislações em curso devem, portanto, concentrarem-se no processamento de resultados com a pretensão da esquivia de injustiça, engano e manipulação decorrentes de inferências algorítmicas e métodos matemático-estatísticos.<sup>53</sup>

Segundo Bar-Gill, a Inteligência Artificial tem a capacidade de fornecer aos fornecedores de produtos e de serviços informações não apenas sobre as preferências dos consumidores, mas também sobre suas percepções errôneas (vieses cognitivos etc.). As informações assim obtidas podem ser usadas para estabelecer a disposição dos consumidores individuais de pagar e cobrar preços personalizados, a fim de maximizar os ganhos do mercado.<sup>54</sup>

Outra correlação entre processos de decisões automatizadas está atrelada ao histórico de *score* do consumidor. Citron e Pasquale demonstraram que a utilização desse tipo de sistema de pontuação automatizada pode levar a julgamentos arbitrários e discriminação de grupos historicamente subordinados e menos privilegiados. Isso implica uma extensa repercussão social em que os menos favorecidos tendem a continuar nessa mesma posição frente aos demais, já que os padrões comportamentais de consumo tendem a se manter dessa forma quando analisados por vieses algorítmicos. Assim, embora sua influência esteja crescendo, os algoritmos não podem ser verificados significativamente, entre outros por razões de opacidade.<sup>55</sup>

Nesse mesmo sentido, Schmitz investiga as implicações sociais mais amplas da pontuação do consumidor. A discussão vai além da não discriminação com base em características específicas, mas preocupa-se de maneira mais geral com o próprio uso de segmentações e pontuações preditivas pelas empresas “para avaliar o valor provável de cada consumidor para a empresa e decidir quais ofertas e soluções cada consumidor merece. na avaliação da empresa”.<sup>56</sup> O autor argumenta que essa diferenciação em preço e qualidade pode perpetuar os ciclos de pobreza e aumentar o desequilíbrio de poder entre os poderosos ricos e os pobres não empoderados.

Essa abordagem pode dar ao leitor a sensação de que o foco da tomada de decisão automatizada está se esvaindo. Contudo, deve-se fazer uma observação. Os elementos fundamentais em análise concentram-se na demonstração de que a IA, em certos aspectos, pode trazer inúmeros desafios ao consumidor, tanto durante o seu exercício de escolha para com um produto quanto em relação à influência das decisões do fornecedor de produtos ou de serviços para concessão de um determinado bem ao particular.

A constatação prática dessas condutas pode ser visualizada por meio dos sistemas de recomendação. Um mecanismo de recomendação é um recurso utilizado pelas empresas que filtra itens, prevendo como

<sup>52</sup> CLARK, C. J.; LUGURI, J. B.; DITTO P. H.; KNOBE, J.; SHARIFF, A. F.; BAUMEISTER, R. F. Free to punish: a motivated account of free will belief. *J Pers Soc Psychol*, v. 106, n. 4, p. 501-513, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/a0035880>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>53</sup> BEUC. *Automated decision making and artificial intelligence: a consumer perspective*. Tech. Rep.: Bureau Europeen des Unions de Consommateurs, 2018. Disponível em: [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058\\_automated\\_decision\\_making\\_and\\_artificial\\_intelligence.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058_automated_decision_making_and_artificial_intelligence.pdf). Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>54</sup> BAR-GILL, Oren. Algorithmic price discrimination when demand is a function of both preferences and (mis)perceptions. *University of Chicago Law Review*, v. 86, n. 2, p. 217-254, 2019. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/ucrev/vol86/iss2/12>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>55</sup> CITRON, D. K.; PASQUALE, F. A. The scored society: due process for automated predictions. *Washington Law Review*, n. 1, p. 2-27, 2014. Disponível em: [https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac\\_pubs/1431/](https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1431/). Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>56</sup> SCHMITZ, A. J. Secret consumer scores and segmentations: separating “Haves” from “Have-Nots”. *Michigan State Law Review*, p. 1411, 2014. p. 1411.



um usuário pode classificá-los. Ele resolve o problema de conectar seus usuários existentes aos itens certos em seu grande estoque de produtos ou conteúdo. O que significa que, se o fornecedor de produtos ou de serviços não possui usuários existentes e um inventário massivo, um mecanismo de recomendação não teria utilidade alguma em sua plataforma. Se o consumidor conseguir visualizar todo o inventário da sua loja de comércio eletrônico em apenas algumas páginas, não há necessidade de um sistema de recomendação para me ajudar a descobrir produtos, já que todos eles estão reunidos em um único lugar. E se o estabelecimento comercial eletrônico não tem clientes, para quem se aplica um sistema de recomendação? A Netflix e a Amazon utilizam e demonstram funcionamento desse sistema em razão da existência de milhões de títulos e produtos e uma grande base de usuários que já existe para transmitir filmes ou comprar produtos. Fornecer, ofertar e recomendar filmes e produtos ao consumidor pode aumentar seu uso e suas vendas.<sup>57</sup>

Existem dois modelos básicos utilizados para a construção de um sistema de recomendação: o método de filtragem colaborativa (*Collaborative Filtering*) e a abordagem baseada em conteúdo (*Content-based approach*). Os primeiros obtêm classificações do usuário ou outro comportamento do usuário e fazem recomendações com base no que usuários com comportamento semelhante gostaram ou compraram.<sup>58</sup> Essa abordagem tem a vantagem de não exigir uma compreensão do conteúdo em si, mas exige uma quantidade significativa de dados, idealmente milhões de pontos de dados ou mais, sobre o comportamento do usuário. Quanto mais dados, melhor. Com pouco ou nenhum dado, o fornecedor torna-se incapaz de realizar recomendações.

Colocam-se todas essas premissas entre a autonomia e o respeito recíproco. É justamente esse contexto que contém uma dupla leitura ou uma ambivalência de condutas para com o indivíduo e o mercado. A tomada de decisão automatizada pode trazer benefícios para o consumidor. Contudo, quando exercida de forma imposta, impositiva, obrigatória, pode influenciar e nos piores casos viciar a vontade do sujeito. É por esse motivo que as legislações de proteção de dados prezam pela possibilidade de não aceitação ou de não adoção desse tipo de conduta na relação contratual eletrônica. Tal preceito pode ser extraído da interpretação do art. 22 do RGPD e do art. 20 da LGPD brasileira, posteriormente trabalhados.

Dessa forma, em síntese, podemos delimitar:

Tabela 4 - tomada de decisão automatizada<sup>59</sup>

Questionamentos	Resultados
Para quais propósitos as empresas usam a IA no setor em questão?	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uso de sistemas de IA para substituição parcial dos tomadores de decisão humanos;</li> <li>2. uso de sistemas de inteligência artificial para processar uma quantidade muito maior de dados/conhecimento;</li> <li>3. Automatizar as partes <i>mecânicas</i> do processo de tomada de decisão, a fim de deixar as partes criativas para os seres humanos.</li> </ol>

<sup>57</sup> DATA COMMUNITY. *Why you should not build a recommendation engine*. Disponível em: <http://www.datacommunitydc.org/blog/2013/05/recommendation-engines-why-you-shouldnt-build-one/>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>58</sup> Essa técnica foi amplamente usada no concurso que a Netflix propôs para melhorar o seu algoritmo de recomendação. Era necessário usar o aprendizado de máquina para construir um modelo que prediz como um usuário classificaria um filme com base apenas na matriz esparsa gigante de como 480.000 usuários classificaram 18.000 filmes (100 milhões de pontos de dados no total). Para mais, em MASNICK, M. Why Netflix never implemented the algorithm that won the Netflix \$1 Million Challenge. *Techdirt*, 2012. Disponível em: <https://www.techdirt.com/articles/20120409/03412518422/why-netflix-never-implemented-algorithm-that-won-netflix-1-million-challenge.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2020.

<sup>59</sup> Fonte: Elaboração do autor com base nos dados extraídos de JABLONOWSKA, A. *et al. Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project*. European University Institute, 2018. p. 42.

Questionamentos	Resultados
O que as empresas ganham com isso?	Resultado 1 – aumento do ritmo das decisões, bem como aumento da capacidade de tomar decisões de negócios muito mais rapidamente; Resultado 2 – aprimoramento da qualidade das decisões, já que baseadas em quantidades muito maiores de dados e conhecimentos muito mais precisos; Resultado 3 – potencial aumento da objetividade das decisões, removendo influência indevida, emoções, limitações humanas etc.;
Qual(is) é (são) os potenciais ganhos para os consumidores?	Resultado 1 – tempos de espera potencialmente mais curtos; Resultado 2 – decisões potencialmente mais precisas; Resultado 3 – decisão potencialmente mais objetiva e imparcial.
Qual(is) é (são) os potenciais riscos para os consumidores?	Risco de cair em discriminação Incapacidade de questionar a decisão de sistemas automatizados. Risco de decisões injustas, favorecendo indevidamente as necessidades da empresa.
Quais os efeitos perante terceiros	Risco de aumento da exclusão de grupos sociais historicamente excluídos e discriminados.
Outros efeitos	Necessidade de reformulação conceitual dos conceitos de autonomia e de agência.

Com base na visualização dos exemplos demonstrados, verifica-se a necessidade de utilização de regras privadas e leis para manutenção e funcionamento do sistema de consumo. No próximo capítulo, trabalhar-se-á com a capacidade responsiva principiológica<sup>60</sup> do CDC para verificar sua suficiência frente a esses expressivos e complexos fenômenos<sup>61</sup> que se manifestam em escala global. Concentra-se o critério argumentativo nos aspectos negativos inicialmente verificados em cada setor para, então, oferecer uma resposta adequada compatível com a composição legal contemporânea disponível.

#### **4 Ética, responsabilidade e a resposta principiológica adequada fornecida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor e pelas legislações afins**

Até o presente momento, demonstrou-se a importância, os benefícios e desafios trazidos pela utilização da tecnologia de inteligência artificial no cenário consumerista. Exsurtem-se preocupações sobre a regulação dessas atividades para manutenção da segurança e dos direitos dos consumidores. Recomendações e diretrizes éticas com caráter de *soft law* são desenvolvidas para estabelecer parâmetros capazes de enfrentar os

<sup>60</sup> Conforme o próprio normativo e maioria doutrinária. Ver mais em: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.; MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor: comentado artigo por artigo*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

<sup>61</sup> O desenvolvimento argumentativo das esferas tecnológicas e jurídicas para com o CDC está em pleno desenvolvimento. Já existem estudos em território brasileiro propondo, por exemplo, a onerosidade do acesso às redes sociais. Ver em: DIVINO, S. B. S. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos de tecnologias interativas: o tratamento de dados como modelo de remuneração. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 118, p. 221-246, 2018.; CORDEIRO, A. G.; KONDER, C. N. Onerosidade do acesso às redes sociais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 121, p. 185-212, 2019.

possíveis problemas que a inteligência artificial possa concretizar. A *Ethics Guidelines For Trustworthy AI*,<sup>62</sup> de abril de 2019, elaborada pelo Grupo De Peritos De Alto Nível sobre Inteligência Artificial (GPAN IA), criado pela Comissão Europeia em junho de 2018, contém indicativos éticos, normativos e jurídicos não vinculantes para a adoção de programas de cumprimento empresarial quando da utilização dessas tecnologias.

O documento em análise entende como IA de confiança aquela que é fiel ao cumprimento da legislação e regulamentação aplicáveis ao caso (fidelidade); observa princípios e valores éticos(eticidade); e não causa danos não intencionais (solidez). Os assentamentos dessa disciplina se tornam mais complexos conforme os estágios de autonomia do ente inteligente artificialmente. Bostrom<sup>63</sup> pressupõe a existência de três estágios de automação de IA: 1) *Artificial Narrow Intelligence* (ANI); 2) *Artificial General Intelligence* (AGI); e 3) *Artificial Superintelligence* (ASI). A ANI refere-se à habilidade computacional para realização eficiente de tarefas singulares, tal como rastreamento de páginas ou jogar xadrez.<sup>64</sup> A AGI tenta representar o conceito *original de inteligência*, traduzindo-se em algoritmos com desempenho equivalente ou superior ao do *ser humano* e são caracterizados por uma competência deliberadamente programada em um único domínio restrito. Tais algoritmos modernos de IA tendem a se assemelhar a quase toda vida biológica.<sup>65</sup> E, por fim, a ASI se apresenta como “qualquer intelecto que exceda em muito o desempenho cognitivo dos seres humanos em, virtualmente, todos os domínios de interesse”.<sup>66</sup>

No contexto tecnológico contemporâneo, verifica-se, apenas, a existência da modalidade ANI. As diretrizes e os preceitos gerais para implementação da AGI e da ASI se desenvolvem por meio das técnicas de *Machine Learning*<sup>67</sup> (aprendizado de máquina) e *deep learning*<sup>68</sup> (aprendizado profundo). Estima-se, de maneira muito otimista, que a AGI estará disponível, apenas, em 2029 e que a ASI tornaria um evento singular em 2045.<sup>69</sup> Contudo, isso não reflete a maior parte dos cientistas, que tendem a crer que a AGI será alcançada apenas em torno de 2100, e a ASI após 30 anos de descoberta da AGI.<sup>70</sup>

A diretriz europeia pretende estabelecer caminhos no campo da IA para interpretá-la não só à luz do que *não pode ser feito*, mas também *do que deve ser feito*. O quadro de ações dos cientistas da computação se direciona para compatibilizar preceitos éticos às demandas sociais onde a IA não causará danos não intencionais. Esses princípios são expressos: I) pelo Respeito da autonomia humana; II) pela prevenção de danos; III) pela equidade; e IV) pela explicabilidade.

<sup>62</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança: Ethics guidelines for trustworthy AI*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>63</sup> BOSTROM, Nick. *Superinteligência*. Rio de Janeiro: Darkside, 2018.

<sup>64</sup> BOSTROM, Nick. *Ethical issues in advanced artificial intelligence*. Disponível em: <http://www.fhi.ox.ac.uk/wp-content/uploads/ethical-issues-in-advanced-ai.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020. “It is good at performing a single task, such as playing chess, poker or Go, making purchase suggestions, online searches, sales predictions and weather forecasts” MESKÓ, B. *et al.* Will artificial intelligence solve the human resource crisis in healthcare? *BMC Health Services Research*, v. 18, n. 545, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s12913-018-3359-4>. Acesso em: 09 abr. 2020.

<sup>65</sup> BOSTROM, Nick. The ethics of artificial intelligence. In: RAMSEY, W.; FRANKISH, K. (org.). *Draft for Cambridge handbook of artificial intelligence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Disponível em: <https://www.nickbostrom.com/ethics/artificial-intelligence.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>66</sup> BOSTROM, Nick. *Superinteligência*. Rio de Janeiro: Darkside, 2018. p. 55.

<sup>67</sup> Define-se *Machine Learning* como “the science of getting computers to learn and act like humans do, and improve their learning over time in autonomous fashion, by feeding them data and information in the form of observations and real-world interactions”. FAGGELLA, Daniel. In: EDWARDS, Martin R.; EDWARDS, Kristen. *Predictive HR analytics: mastering the HR metric*. New York: Kogan Page, 2019. p. 463. p. 463

<sup>68</sup> *Deep Learning* pode ser entendido como “an approach that involves the critical analysis of new topics and facts, linking them to already known concepts or forming new concepts, and leads to long term retention of concepts so that they can be used for problem solving in new situations. [...] The major characteristics of deep learning are: aiming for understanding, focusing on concepts, and relating new and previous knowledge”. CHANG, Daniel. *Concept-oriented deep learning*. 2018. Disponível em: <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1806/1806.01756.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>69</sup> REEDY, C. Kurzweil claims that the singularity will happen by 2045. *Futurism*. Disponível em: <https://futurism.com/kurzweil-claims-that-the-singularity-will-happen-by-2045>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>70</sup> BOSTROM, Nick. *Superinteligência*. Rio de Janeiro: Darkside, 2018. p. 50.

O Princípio da Autonomia humana tem como objetivo a manutenção da autodeterminação<sup>71</sup> plena e efetiva sobre si próprios e participação no processo democrático quando da utilização de sistemas de IA para tal finalidade. Destaca a diretriz europeia que

os sistemas de IA não devem subordinar, coagir, enganar, manipular, condicionar ou arregimentar injustificadamente os seres humanos. Em vez disso, devem ser concebidos para aumentar, complementar e capacitar as competências cognitivas, sociais e culturais dos seres humanos.<sup>72</sup>

Pelo Princípio da Prevenção de Danos, entende-se que “os sistemas de IA não devem causar danos ou agravá-los nem afetar negativamente os seres humanos de qualquer outra forma”.<sup>73</sup> Deve-se garantir *solidez* para a adoção dessas técnicas para que os resultados sejam prolíficos para todos os sujeitos envolvidos na relação em análise.

O Princípio da Equidade “implica que os profissionais no domínio da IA devem respeitar o princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins, e analisar cuidadosamente a forma de equilibrar os interesses e objetivos em causa”.<sup>74</sup> Adotam-se procedimentos que evitem enviesamentos injustos, discriminação e estigmatização contra pessoas e grupos.<sup>75</sup>

Por fim, a explicabilidade

significa que os processos têm de ser transparentes, as capacidades e a finalidade dos sistemas de IA abertamente comunicadas e as decisões — tanto quanto possível — explicáveis aos que são por elas afetados de forma direta e indireta. Sem essas informações, não é possível contestar devidamente uma decisão.<sup>76</sup>

Os normativos contemporâneos que desenvolvem a proteção de dados já têm adotado o referido princípio no corpo de seu texto legal. No RGPD ela está prescrita no art. 22<sup>77</sup>; na LGPD, sua prescrição está no art. 20<sup>78</sup>.

<sup>71</sup> In a broad sense, automated decision-making can describe the very nature of IT-enabled algorithmic processes, which is producing outputs by means of executing a computer code (Article 29 Working Party, 2017a; Kroll et al., 2017). Admittedly, it is the fact that the underlying data collection and analysis as well as the subsequent procedural steps are performed automatically (by technological means) – and therefore more quickly and extensively than the same could ever be done by humans – that lies at the heart of the challenges investigated as part of this project. According to this understanding, algorithmic decision-making could thus refer to 1) automated data gathering and knowledge building and to 2) the performance of subsequent procedural steps – encoded in an algorithm or adjusted autonomously by artificial agents – with a view to reaching a predetermined goal. Obviously, such a perception gives rise to significant overlaps with other applications of AI in consumer markets investigated as part of this project. Once again, we would like to argue that this is not really a problem. JABLONOWSKA, A. *et al.* *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business’ use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project.* European University Institute, 2018. p. 38

Sobre a interferência da IA na autodeterminação da vontade, ver mais em: CITRON, D. K.; PASQUALE, F. A. The scored society: due process for automated predictions. *Washington Law Review*, n. 1, p. 2-27, 2014. Disponível em: [https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac\\_pubs/1431/](https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1431/). Acesso em: 21 mar. 2020. e BEUC. *Automated decision making and artificial intelligence: a consumer perspective.* Tech. Rep.: Bureau European des Unions de Consommateurs, 2018. Disponível em: [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058\\_automated\\_decision\\_making\\_and\\_artificial\\_intelligence.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058_automated_decision_making_and_artificial_intelligence.pdf). Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>72</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança: Ethics guidelines for trustworthy AI.* Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>73</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança: Ethics guidelines for trustworthy AI.* Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>74</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança: Ethics guidelines for trustworthy AI.* Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>75</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança: Ethics guidelines for trustworthy AI.* Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>76</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança: Ethics guidelines for trustworthy AI.* Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 27 abr. 2020.

<sup>77</sup> Artigo 22. Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis 1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar. UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho.* 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>78</sup> Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automa-

Essas considerações evocam temas conhecidos do debate jurídico, como o da responsabilidade pela proteção do contratante mais fraco inserido nas relações de consumo. As considerações realizadas anteriormente demonstram como o mercado assume uma postura de marcante desnível de poder entre fornecedores e consumidores. Acrescentam-se, nesse caso, reflexões voltadas para a possível responsabilidade, caso haja exteriorização de condutas lesivas de direitos contidos nesse microsistema.

#### 4.1 Resposta aos potenciais riscos para os consumidores: Setor Financeiro e Securitário

Primeiramente, deve-se frisar que a IA, nesse caso, atua como *consultora* do fornecedor para concessão dos produtos e serviços. Não se detecta, a princípio, a comunicação direta e recíproca entre IA consumidor, mas IA fornecedor consumidor. A possível redução potencial da qualidade das informações fornecidas pode ser considerada um entrave ao cumprimento do direito básico à informação prescrito no art. 6, III.<sup>79</sup> Independentemente da tecnologia de inteligência artificial utilizada, ela deverá ser clara o suficiente para elucidar ao fornecedor informações necessárias para a ocorrência da contratação com o consumidor. Isso significa que a linguagem expressa pela máquina deverá ser clara o suficiente para a compreensão humana. Toda essa estrutura deverá ser comunicada pela IA por meio de uma linguagem natural e evitada de terminologias técnicas (utilizadas apenas quando indispensáveis) para que inexista dúvida ou vício de consentimento quando da assinatura do instrumento negocial. Caso o agente humano responsável pelo caso se sinta inseguro quanto às informações concedidas pelo ente inteligente artificialmente, deverá ele assumir o controle e gerir a situação conforme sua experiência, conhecimento e normativos já então existentes<sup>80</sup>.

A atualização da base de dados também deve ocorrer de forma contínua, fundamentando-se no art. 43, §1º e 3º do CDC<sup>81</sup>. Caso o fornecedor não possua as informações atualizadas sobre a situação financeira do consumidor no mercado, deverá buscar os verdadeiros ou possibilitar ao sujeito vulnerável que faça sua correção mediante apresentação. Isso, pois, evitaria a negativa da prestação de produtos ou de serviços subsidiada em falsas justificativas capazes de configurar discriminação.

Caso fique verificado aconselhamento incorreto, a realização de pedidos errados ou incertos, abuso e aconselhamento tendencioso, pode-se configurar o dever de indenizar do fornecedor de serviços. O mesmo se aplica para taxas de seguros potencialmente mais altas. Primeiramente, a função do programa de inteligência artificial é destinada a análises objetivas e estatísticas que vão desde a redução de custos ao aumento de lucros. A majoração de forma incompatível com a relação custo/gastos, ao nosso ver, leva uma consequência extrema de enriquecimento sem causa. O parâmetro objetivo para verificação dessa conduta consiste na análise de preços do mercado. Sua estipulação deve ser realizada de forma mediana e equiparada, para beneficiar ambos os contraentes: ao consumidor, a redução de custos; e ao fornecedor o incremento

---

tizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. BRASIL. *Lei. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 21 mar. 2020.

<sup>79</sup> Art. 6º, III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

<sup>80</sup> Essa abordagem é denominada *Human in Control* (HIC). Em termos singelos, o HIC coloca a IA como uma ferramenta, onde agentes humanos decidem quando e como usá-la. Segundo Muller, “precisamos de uma abordagem HIC da IA, onde as máquinas permanecem máquinas e as pessoas mantêm o controle sobre essas máquinas o tempo todo”. Em sua concepção, “agentes humanos podem e também devem ter o controle de se, quando e como a IA é usada no cotidiano, bem como quais tarefas transferimos para a IA, quão transparente é, e o respeito aos aspectos éticos”. UNIÃO EUROPEIA. *Artificial intelligence: Europe needs to take a human-in-command approach, says EESC*. Disponível em: <https://www.eesc.europa.eu/en/news-media/press-releases/artificial-intelligence-europe-needs-to-take-human-command-approach-says-eesc>. Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>81</sup> Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

do lucro. A adoção de condutas essencialmente predatórias tende a configurar prática abusiva se praticadas fora dos parâmetros do mercado. Embora inexista uma prescrição tipificando expressamente essa conduta, entende-se que o art. 39 do CDC se trata de uma norma de caráter principiológico e exemplificativo. A ferramenta jurídica capaz de conceder o consumidor o direito de reaver os valores pagos em excesso pode ser enquadrada na repetição de indébito contida no art. 42, parágrafo único<sup>82</sup>, do dispositivo em análise.

Um desafio pode ser destacado quanto à hermenêutica da terminologia *quantia indevida*. Embora se entenda que essa quantia indevida se refira a cobrança de um valor que não o inicialmente pactuado<sup>83</sup>, indevida é a quantia paga ao fornecedor que transcende em muito os custos de produção e a margem de lucro fornecida pelo mercado. Dessa forma, caso um produto ou um serviço possua um custo extremamente baixo e uma margem de lucro extremamente alta sem sua devida compatibilidade com o cenário econômico, a quantia adimplida pelo consumidor poderá ser considerada indevida, já que o mesmo serviço poderia ter sido adquirido através de outro fornecedor a um custo relativamente menor. Neste caso, a autonomia do vulnerável pode ficar prejudicada quando da utilização dos vieses algorítmicos para concessão do serviço. O que, a princípio, aparenta-se como algo para concessão de maior eficácia e garantia de adequação para o fornecimento do produto ou o serviço prestado, na verdade, atribui-se ao consumidor todo dispêndio econômico para incremento da atividade capitalista predatória.

Nesse caso, poderia o fornecedor alegar engano justificável? Entende-se que não. Independentemente da interferência humana<sup>84</sup> nos vieses algorítmicos, a adoção da IA foi faculdade atributiva para incremento da atividade do fornecedor. Os riscos advindos dessa utilização são de sua inteira responsabilidade. Se essa alegação fosse possível, quaisquer escusas baseadas em elementos externos poderiam ser utilizadas como justificativas para evitar o dever de indenizar.

Por fim, caso haja a violação à privacidade, já que a coleta e tratamento de dados serão realizadas com maior frequência, o fornecedor de serviços deverá ser responsabilizado nos termos dos arts. 42-45 da Lei Geral de Proteção de Dados. Prescreve o art. 45 da LGPD que “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”.<sup>85</sup> De um certo ponto de vista, poder-se-ia concluir que esse normativo, com base no aspecto literal, estaria excluindo a aplicação da LGPD. Contudo, uma vez ressaltado esse aspecto, é preciso verificar a relevância atribuída a um quadro de valores e princípios.

Primeiramente, entende-se que a LGPD não poderá ser aplicada em conjunto com o CDC quando as regras de responsabilidade deste último normativo forem mais vantajosas ou eficazes que a primeira. Quan-

<sup>82</sup> Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

<sup>83</sup> Posição de: MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

<sup>84</sup> Além do HIC, tem-se o *Human in the Loop* (HITL) e o *Human On the Loop* (HOTL). O agir de um ser humano quando da supervisão das práticas exercidas por um ente inteligente autônomo através da interação intermitente do operador humano com um sistema remoto e automatizado, com a finalidade de gerenciar um processo controlado ou um ambiente específico de tarefas, é denominado Human-on-the-Loop (HOTL). COMMINGS, Mary. Supervising automation: humans on the loop. *Aero-Astro Magazine Highlight*: MIT Department of Aeronautics and Astronautics. 2008. Disponível em: <http://web.mit.edu/aeroastro/news/magazine/aeroastro5/cummings.html>. Acesso em: 28 abr. 2020.

O HITL (*Human-in-the-loop*) se concentra na criação de fluxos de trabalho em que a IA aprende com o operador humano, enquanto intuitivamente torna o trabalho do ser humano mais eficiente. A máquina executa uma ação, solicita informações a um especialista humano e aprende com a resposta que recebe. Idealmente, o processo de interação não apenas torna o trabalho do especialista humano mais eficiente, mas também captura a inteligência combinada de todo especialista que interage com o sistema. Dessa forma, todo o conhecimento tácito dos especialistas humanos pode se tornar parte do mesmo sistema compartilhado. HULKKO, Ville. Most value from ai with human-in-the-loop solutions. *Silo.AI*, 2018. Disponível em: <https://silo.ai/most-value-human-in-the-loop-ai/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>85</sup> BRASIL. *Lei. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 21 mar. 2020.

do da abordagem da responsabilidade pela notificação do consumidor, por exemplo, inexistem normas expressas no CDC acerca desse fato. Não se pode enquadrá-las como responsabilidade pelo fato do produto em virtude da inexistência de acidente de consumo. Não se transcreve, da mesma forma, como vício do produto, já que inexistente impropriedade, inadequação ou diminuição do valor dos produtos colocados em circulação no mercado de consumo. Como estamos diante de uma relação de tratamento de dados em que inexistente critério de solidariedade ou subsidiariedade nas normas de consumo, mas apenas entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sob o tema, crê-se que se torna mais nítida a justiça trazida pela legislação relativa à proteção de dados ao consumidor.

Esse é o papel do diálogo das fontes, introduzir um modelo de coexistência e aplicação simultânea e coerente do Código de Proteção e Defesa do Consumidor com o Código Civil e as legislações especiais em vigência.<sup>86</sup> Instaura-se um modelo *sui generis* de conexão entre legislações para iguais e um código para diferentes, onde o consumidor pode utilizar de seus direitos e das normas deontológicas e de boa conduta para aplicar as regras estabelecidas que disciplinam a relação dessas categorias de tratamento de dados.

Dessa forma, os possíveis efeitos negativos trazidos pelo setor em análise podem ser tutelados de forma contundente pela legislação consumerista e em conexão com demais normativos quando necessários. Passa-se, neste momento, para os próximos setores, pois afins: o de serviços ofertados pelas Tecnologias da Informação e Comunicação e a Tomada de decisão automatizada.

#### **4.2 Resposta aos potenciais riscos para os consumidores: serviços ofertados pelas Tecnologias da Informação e Comunicação e a Tomada de decisão automatizada**

O primeiro risco se refere ao maior impacto nas decisões de compra dos consumidores. Aqui estamos nos referindo a processos de tomada de decisão automatizada (*automated decision making*) em que a tecnologia de inteligência pode interferir de forma substancial no viés cognitivo do consumidor a ponto de ser capaz de alterar o seu poder de escolha, direito esse consagrado no art. 6º, II,<sup>87</sup> da legislação consumerista.

A liberdade de escolha constitui elemento para o exercício da autonomia privada e do livre-arbítrio do consumidor. Dentre as opções disponíveis no mercado – a qual deverá ser duas ou mais, caso contrário o monopólio impede o exercício de escolha por existir apenas uma única opção –, atribui-se ao consumidor o livre arbítrio para optar qual sustenta e mantém compatibilidade com seus interesses naquele momento: seja para aquisições vultosas ou para manutenção da economia por meio da compra e venda de produtos de baixo custo. Esse ato de liberdade consagra um dos princípios jurídicos basilares aplicado principalmente em atos existenciais: a autonomia privada. Será a compatibilidade desses pressupostos que fornecerá ao consumidor condições de satisfação e atingimento dos seus objetivos básicos e futuro de vida.

O papel da inteligência artificial nesse caso pode causar certa interferência. As categorias interessadas podem surgir como mecanismos de sugestão arbitrários que, a partir de certo ponto, tendem a informar ao consumidor produtos e serviços baseados em experiências de aquisições prévias. Com base em certo ponto de vista, isso auxilia e facilita a manutenção de padrões já existentes. Lado outro, impede o conhecimento de outros produtos e serviços que possam atender melhor e com até um custo efetivamente mais baixo os interesses do consumidor. Se esse caminho for seguido, o que nitidamente ocorre na sociedade contemporânea por meio da veiculação de publicidade em dispositivos eletrônicos com fundamento no histórico de pesquisa e navegação do consumidor, o direito à escolha será definitivamente suprimido perante essas intrusões particulares.

<sup>86</sup> BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 130-140.

<sup>87</sup> Art. 6º, II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a *liberdade de escolha* e a igualdade nas contratações;

A resposta adequada, nesse caso, encontra seu fundamento no art. 6, II, do CDC e no direito de explicação contido no art. 20 da LGPD. Primeiramente, deve-se ressaltar que a situação que envolve tomada de decisões automatizadas não se enquadra perfeitamente na tipologia do dispositivo consumerista. A base do dispositivo consumerista atua como elemento para respeito à autonomia privada e ao livre arbítrio. O consumidor, nesse caso, poderá solicitar ao fornecedor de serviços responsáveis pela tomada de decisão automatizada explicações sobre a publicidade veiculada por afetar seus interesses, definição do seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade (principalmente a privacidade).

O direito de explicação tem como fundamento a autodeterminação informativa para evitar a subordinação, a coação, o engano, a manipulação, e o condicionamento injustificado dos seres humanos às tecnologias de inteligência artificial. O fornecedor de serviços que utiliza essa tecnologia deve, de alguma forma, possibilitar que as decisões automatizadas produzidas pela máquina possam aumentar, complementar e capacitar as competências cognitivas, sociais e culturais dos seres humanos, e não ao contrário. Se esse caminho não for seguido, corre-se o risco de que a promessa tecnológica se transforme na mais pesada das discriminações, pois impede-se que o consumidor questione a decisão desses sistemas automatizados e as decisões podem se tornar injustas ao favorecer indevidamente as empresas.

Há dificuldade secundária atribuída a esse relevo. Como a Inteligência Artificial será alimentada com uma base de banco de dados formulado em linguagem natural extraída do mundo real, é provável que ela adquira vícios e hábito costumeiramente disseminados no mercado. Por exemplo: a constituição de contrato com cláusulas abusivas que, em uma análise puramente econômica, pode se tornar viável em razão do número de contratações e o número de questionamentos solicitando a decretação da ilegalidade dessas cláusulas e, conseqüentemente, a revisão contratual. Caso existam esses vieses nas aplicações em análise, a IA também aprenderá a reproduzi-los conforme os padrões preexistentes. Em suma, a tecnologia aprende com a carga discriminatória já existente e a replica.<sup>88</sup>

A atividade jurídica nesse caso deve priorizar reflexões que voltadas para a concretização e difusão de justiça tecnológica. Pretende-se eliminar ou, ao menos, reduzir essas distorções e mal-entendidos discriminatórios inclusos na linguagem natural para que a IA atue de forma equânime e garanta a igualdade material aos consumidores. Em resposta a essa problemática situação, objetivando a satisfação dessa conduta, preocupa-se, cada vez mais, com a produção de *algoritmos justos*.<sup>89</sup> Nessa pioneira versão, expressa-se a possibilidade de abandono de um modelo de não intervenção para ações jurídicas destinadas à manutenção às necessidades de luta contra a discriminação.<sup>90</sup> E, nesse sentido, verifica-se o cumprimento do princípio básico da não discriminação prescrito no art. 6, IX<sup>91</sup>, da LGPD.

Assim, todo o processo de tomada de decisão automatizada que vier a afetar o consumidor nos termos designados, compete ao fornecedor de serviços, mediante solicitação expressa, a explicação de como e o motivo de aquilo ter sido veiculado ao consumidor. Preza-se pela transparência da demonstração das capacidades e finalidades dos sistemas de IA comunicação das decisões aos afetados de forma direta e indireta por ela. Para possibilitar a contestação de uma decisão.

Por fim, observando a utilização dos dados pessoais, é possível descobrir inúmeras funções que se manifestam concretamente na sociedade da informação. Os dados e as informações das comunicações dos

<sup>88</sup> BOLUKBASI, T.; CHANG, K. W.; ZOU, J. Y.; SALIGRAMA, V.; KALAI, A. T. Man is to computer programmer as woman is to homemaker? Debiasing word embeddings. *Advances in Neural Information Processing Systems*, v. 29, p. 4349-4357, 2016. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1607.06520.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>89</sup> FRIEDLER, S. A. *et al.* A comparative study of fairness-enhancing interventions in machine learning. *Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, jan. 2019. p. 329-338. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/3287560.3287589>. Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>90</sup> ZLIOBAITE, I. Measuring discrimination in algorithmic decision making. *Data Mining and Knowledge Discovery*, v. 31, p. 1060-1089, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10618-017-0506-1>. Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>91</sup> Art. 6º, IX – não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; LGPD.



consumidores obtidos por meio do *chatbot* e com outros usuários e sua utilização para fins publicitários requer a presença de consentimento expresso do consumidor, cuja finalidade deverá possuir propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com elas.<sup>92</sup> Sua comodificação fica condicionada à concordância do titular e, em hipóteses mais restritas, não devem abarcar dados considerados sensíveis.<sup>93</sup>

Assim, em todo o procedimento que envolve sistemas de informação e a tomada de decisão automatizada, baseada em coleta e tratamento de dados, o consumidor deve assumir o papel de protagonista para verificar quais os critérios foram utilizados para atribuição da lógica decisória no caso em análise em que ele atua como parte vulnerável. Por fim, atribui-se uma resposta adequada ao setor jurídico e legal.

#### 4.3 Resposta aos potenciais riscos para os consumidores: setor jurídico e legal

Detectam-se três vertentes relacionais cujo regramento será distinto por apresentar peculiaridades intrínsecas relativas à matéria abordada: 1) a relação IA setor jurídico (advocatório); 2) a relação setor jurídico (advogado) consumidor; e 3) a relação consumidor <-> IA do setor jurídico. Na relação 2, entende a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça<sup>94</sup> não se tratar de relação de consumo, devendo essa relação negocial ser regulada cumulativamente pelo Código Civil e pelas disposições legais e estatutárias da Ordem dos Advogados do Brasil. Já no primeiro caso, há relação de consumo quando a inteligência artificial utilizada é adquirida como produto ou serviço de um fornecedor específico. Nessa situação, a pessoa física ou a pessoa jurídica atua como consumidoras de um produto fornecido no mercado para aprimoramento de sua atividade intelectual. E, por fim, a última situação se dá quando o consumidor utiliza de produtos e serviços jurídicos que não ligados ao setor advocatório para tarefas diárias, tal como o aplicativo *DoNotPay* abordado anteriormente.

O aconselhamento jurídico fornecido por uma IA pode ser prejudicado por vários fatores, dentre eles a imprecisão de terminologias consideradas ambíguas e de ampla interpretação no campo jurídico: tal como boa-fé objetiva, função social do contrato ou da propriedade, melhor interesse do menor, e usos e costumes. Quando da aquisição de um programa inteligente para atuar no setor jurídico em que o advogado atua como consumidor desse produto ou desse serviço, pode-se verificar vulnerabilidade técnica e jurídica perante o

<sup>92</sup> Princípio da finalidade, art. 6º, I, da LGPD.

<sup>93</sup> Art. 5º, II, da LGPD – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

<sup>94</sup> RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. LEGITIMIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. RECONHECIMENTO. 1. As normas protetivas dos direitos do consumidor não se prestam a regular as relações derivadas de contrato de prestação de serviços de advocacia, regidas por legislação própria. Precedentes. 2. O contrato foi firmado por pessoa maior e capaz, estando os honorários advocatícios estabelecidos dentro de parâmetros razoáveis, tudo a indicar a validade do negócio jurídico. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 914.105/GO, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 22/09/2008). (Sem o grifo original). DIREITO CIVIL. CONTRATO DE HONORÁRIOS QUOTA LITIS. REMUNERAÇÃO AD EXITUM FIXADA EM 50% SOBRE O BENEFÍCIO ECONÔMICO. LESÃO. 1. A abertura da instância especial alegada não enseja ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, Súmulas ou dispositivos inseridos em Regimentos Internos, por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal. Assim, não se pode apreciar recurso especial fundamentado na violação do Código de Ética e Disciplina da OAB. 2. O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios. Precedentes. 3. Consubstancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte. 4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante. 5. Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato quota litis no qual fixa sua remuneração ad exitum em 50% do benefício econômico gerado pela causa. 6. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida. (REsp 1155200/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011). (Sem o grifo original).

fornecedor de serviços, já que o advogado em si pode não possuir conhecimentos prévios ou necessários à correta constituição do que fora adquirido. Nesse caso, se a utilização desse produto ou desse serviço vier a trazer, a qualquer momento, inconformidades com as diretrizes inicialmente pactuadas para confecção estatística e probabilística incompatível com a realidade jurídica, poderá o consumidor alegar vício de qualidade no produto ou no serviço adquirido.

Isso fica evidente em uma situação hipotética em que o fornecedor da IA, ao ofertar o seu produto no mercado de consumo, assume o compromisso de a taxa de sucesso ser, por exemplo, de 95%, e ela não venha a ser cumprida no decorrer do tempo. Se sua utilização em 10 casos previu uma chance estatística de ganho de 90% em todos eles, supostamente o consumidor advogado teria apenas uma perda em dez. Porém, se, no aspecto fático, essa perda seja de 40%, por exemplo, dando ganho de causa para o advogado em seis das dez ações estatisticamente analisadas, pode-se pressupor que há uma inconformidade com a qualidade do produto e do serviço adquirido e, conseqüentemente, inadequação entre o aspecto fático e a oferta veiculada. A oferta obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado, por força do art. 30, do CDC. Ainda que haja uma margem de erro de 5%, por exemplo, ela deve ser tolerada no seu aspecto mais restrito. Isso quer dizer que, se a promessa foi de 95% de eficiência, em 100 casos considerados aptos para ganho de causa, apenas cinco poderiam estar em desconforme e apresentar perda para o advogado, pois inclusas nos 5% de margem de erro. As demais disposições situações desses produtos que não se enquadram nesse cenário de risco os caracterizam como impróprios por se revelarem inadequados ao fim a que se destinam, nos termos do art. 18, §6º, III do CDC.

Abre-se, portanto, a possibilidade de sanar o vício perante o consumidor advogado que poderá solicitar, nos termos do art. 18, §1º, I-III, a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou o abatimento proporcional do preço.

Isso nos leva, diretamente, à relação setor jurídico (advogado) consumidor, pois se há perda de uma causa, possivelmente existe um sujeito lesado. A responsabilidade dos advogados pela promessa perante seu cliente em virtude dos dados fornecidos pela inteligência artificial deve ser aplicada em razão do risco da atividade da conduta adotada pelo consultor jurídico. Além de ser infração ética contrária ao preceito do art. 8º do Código de Ética e Disciplina da OAB<sup>95</sup>, veda-se sua disseminação de forma impensada e tendenciosa quando se presta “a acobertar mecanismos para mercantilização da profissão advocatícia, ou mesmo servem como veículo de facilitação à captação indevida de clientes”.<sup>96</sup> Assim, a utilização de inteligência artificial direcionada a atribuição do caráter mercantilista à advocacia ou que auxiliem e induzam à captação de clientela são consideradas perigosas e vedadas pela legislação ética, pois exsurtem um risco à segurança e à proteção jurídica conferida pelo sistema aos sujeitos que pleiteiam seu direito. Tais observações nos levam a atribuir o dever de indenizar ao setor jurídico advocatício, através modalidade subjetiva regulada pelo Código Civil nos arts. 186 a 188, pelos danos causados ao cliente. A proposta da IA, nesse caso, deve servir apenas como consulta ao advogado para que ele opte ou não pela prestação do serviço indicado. Qualquer informação passada ao cliente sobre a chance de sucesso poderá vincular o serviço prestado e, conseqüentemente, responsabilidade pelo cumprimento.

Por fim, a relação consumidor IA do setor jurídico será regida pelo CDC caso o consumidor remunere o fornecedor para utilização de um produto ou de um serviço. O aplicativo *DoNotPay* permite que os consumidores recorram de multas administrativas po meio de um simples formulário que pode ser preenchido no dispositivo eletrônico em que ele se encontra instalado. O serviço é remunerado pelo valor de U\$3 mensais e garante, por exemplo, serviços jurídicos que vão desde a resilição contratual de qualquer serviço de assina-

<sup>95</sup> Art. 8º - O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das conseqüências que poderão advir da demanda.

<sup>96</sup> Proc. E-4.880/2017, em 19.10.2017, Rel. Dr. Sérgio Kehdi Fagundes, Rev. Dr. Fábio Teixeira Ozi, Presidente Dr. Pedro Paulo Wendel Gasparini.

tura em nome do consumidor a processos de revisão de multas.<sup>97</sup>

Nessa discussão, caso o consumidor adquira o produto e ele não apresente o resultado esperado ou conforme exposto nas tratativas contratuais, aplica-se o mesmo raciocínio esboçado anteriormente na relação IA <-> setor jurídico (advocático). Deve-se evidenciar uma inconformidade entre o serviço e o produto adquirido para realizar o pleito de possíveis indenizações. Nesse caso, deve-se garantir o cumprimento da oferta inicialmente veiculada, sob pena de configurar violação contratual em seu aspecto positivo (por falta de lealdade e cooperação).

Assim, essa necessidade de conhecimento e de consulta pode ser considerada suficiente para a proteção e defesa desse microsistema vulnerável perante empresas fornecedoras de produtos e serviços que envolvem inteligência artificial.

Todas essas considerações são incursões iniciais e reflexões que pretendem demonstrar o nível de maturidade da legislação perante as inovações tecnológicas. Realizando-se um esforço hermenêutico, verifica-se a possibilidade de enquadrar grande parte das condutas nos dispositivos até então existentes. Tanto os benefícios quanto os desafios que a IA pode trazer são passíveis de soluções jurídicas capazes de colaborar com ambas as partes. Mas, deve-se destacar, as considerações até então realizadas não significam conclusões, mas uma abertura para futuras discussões.

## 5 Considerações finais

Diante de nós, sistemas de máquinas protagonizam progressivos avanços tecnológicos. A pessoa aparentemente passa a ser incrementada por entes inteligentes artificialmente em sua vida cotidiana. Tal implementação não se dá no seu sentido biológico (apenas), mas em grande parte na transformação da vida social em *network*. Pode-se considerar essa perspectiva compatível com as disposições jurídicas contemporâneas, mas deve-se visualizar de uma maneira que permita o sustento da proteção das relações de consumo e o desenvolvimento das ciências da computação.

Por meio dessa disposição, a estrutura do presente trabalho permite ao leitor identificar quais são os prováveis benefícios e desafios da IA para com o consumidor. Em relação ao primeiro setor analisado, que se refere ao aspecto financeiro e securitário, os possíveis benefícios são: 1) Melhor proteção contra ataques fraudulentos/cibernéticos; 2) Comunicação mais fácil e rápida com a empresa, disponível 24 horas por dia e 7 dias na semana; 3) melhoria no acesso a produtos financeiros especificamente adaptados e individualizados às necessidades de cada um; 4) gerenciamento de patrimônio potencialmente mais eficaz; e 5) taxas de seguro potencialmente mais baixas.

Lado outro, os prováveis impactos negativos podem ser: 1) a utilização de IA para evitar comportamentos ilícitos pode não ser controverso em algumas áreas (por exemplo, combater ataques cibernéticos), mas onde a avaliação é menos clara e o sistema também é auto impositivo, o devido processo legal deve ser observado; 2) a redução potencial da qualidade das informações fornecidas, tendo em vista o critério sintético e a dificuldade semântica da compreensão de termos ambíguos pela IA tornando-se, conseqüentemente, potencialmente mais difícil de se comunicar com funcionários humanos; 3) responsabilidade por aconselhamento incorreto ou por pedidos errados, incertos, risco de abuso/aconselhamento tendencioso (consultor robótico maximizando ganhos para a empresa, não para os clientes), assimetria crescente de informações: as empresas agora podem obter melhores insights de dados do consumidor, mas os consumidores não são necessariamente capazes de avaliar a qualidade dos conselhos fornecidos a eles com base nessas novas ideias; como uma conclusão específica foi alcançada pela IA pode até ser desconhecida para a própria empresa; e

<sup>97</sup> DONOTPAY. Disponível em: <https://donotpay.com/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

4) privacidade prejudicada e taxas de seguro potencialmente mais altas (dependendo do caso, já que a coleta e tratamento de dados serão realizadas com maior frequência).

O segundo setor, relativo aos Serviços de Tecnologias da Informação e Comunicação possui como benefícios ao consumidor: 1) a visualização de conteúdo mais relevante; 2) maior precisão, agilidade, rapidez e redução de custos na tradução automática, potencialmente substituível pela tradução humana; 3) facilidade e provavelmente maior chance de acesso ao conteúdo de qualidade e com menor risco de desinformação; e 4) os assistentes virtuais podem responder rapidamente a várias perguntas que os consumidores podem ter, reduzindo ainda mais seus custos de pesquisa. Enquanto os riscos provavelmente são: 1) maior impacto nas decisões de compra dos consumidores; 2) tradução automática remunerada com dados pessoais. Se a tradução automática for mais integrada a outros produtos e praticamente indistinguível da contribuição humana, pode-se perguntar o que aconteceria se uma tradução estivesse incorreta e, com base nisso, o que aconteceria caso um consumidor tome uma decisão de compra que ele não tomaria de outra forma se o significado fosse diverso; 3) a pré-verificação feita por um algoritmo pode desencorajar os consumidores a avaliar criticamente o conteúdo de notícias; além disso, os critérios usados pelos algoritmos podem levar à discriminação/censura de determinados criadores de conteúdo ou tipos de conteúdo; os algoritmos podem estabilizar ainda mais os padrões do passado, reproduzir erros ou sofrer abuso, tudo isso levando a uma distorção do conteúdo disponível para os consumidores; e 4) as empresas não apenas obtêm acesso, mas também um entendimento das comunicações dos consumidores (com o *chatbot* e com outros usuários) e podem usá-las, por exemplo, para fins publicitários.

O terceiro e último setor analisado tomou como foco a repercussão da IA no cenário legal e jurídico. Assim, pode-se verificar benefícios como: 1) custos potencialmente mais adequados (ajustados à probabilidade de sucesso); e 2) acesso a conselhos básicos (automáticos) sem custos ou a custos significativamente mais baixos. Enquanto isso, os riscos são, mas não se restringem a: 1) a crescente assimetria de informações entre advogados e clientes, potencial abuso, pode dificultar o acesso à consultoria jurídica para pessoas identificadas com uma probabilidade bem pequena de ganho de causa; chances menores de ganhar o caso se não pudermos pagar a assistência de um escritório de advocacia orientado por IA; e 2) baixa qualidade do aconselhamento jurídico fornecido por uma IA.

A segunda seção teve como premissa a profunda abordagem da mudança do estatuto autônomo de escolhas do consumidor frente a adoção de tecnologias de inteligência artificial. Sinteticamente, podem-se apontar benefícios, tais como: 1) tempo de espera potencialmente mais curtos; 2) decisões potencialmente mais precisas; e 3) decisão potencialmente mais objetiva e imparcial. Enquanto os possíveis riscos são: 1) discriminação nas relações de consumo; 2) incapacidade de questionar a decisão de sistemas automatizados; e 3) risco de decisões injustas, favorecendo indevidamente as necessidades da empresa.

Por fim, a terceira seção demonstrou que o sistema jurídico contemporâneo, com a atual carga legislativa, possui capacidade de abarcar e regular os aspectos negativos dos setores abordados. Deve-se exigir do jurista uma ampliação hermenêutica do vetor principiológico para que a consagração dos direitos seja realizada por meio de tutelas jurídicas adequadas e responsáveis pelos casos apresentados.

Deve-se manter um diálogo entre os critérios hermenêuticos pré-tecnológicos e sustentá-los na medida do possível. A inovação, lado outro, também deve ser reconhecida e assume relevância quando adotada na prática. Se esse caminho não for seguido, corre-se o risco de que a promessa tecnológica se torne a mais pesada das limitações dos sujeitos sociais que a utilizam. Preza, neste momento, pela abertura de discussões que tentem compatibilizar essa correlação, já que a solução ideal, talvez (e provavelmente não será), seja encontrada.

## Referências

- AMAZON. *Termos de uso do dispositivo Amazon*. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=202002080>. Acesso em: 21 mar. 2020.
- ANDRÉ, Q. *et al.* Consumer choice and autonomy in the age of artificial intelligence and big data. *Cust. Need. and Solut.*, v. 5, p. 28-37, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s40547-017-0085-8>. Acesso em: 21 mar. 2020.
- BAKOS, J. Y. Reducing buyer search costs: implications for electronic marketplaces. *Manag. Sci.*, v. 43, n. 12, p. 1676-1692, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1287/mnsc.43.12.1676>. Acesso em: 21 mar. 2020.
- BAR-GILL, Oren. Algorithmic price discrimination when demand is a function of both preferences and (mis)perceptions. *University of Chicago Law Review*, v. 86, n. 2, p. 217-254, 2019. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol86/iss2/12>. Acesso em: 21 mar. 2020.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BEUC. *Automated decision making and artificial intelligence: a consumer perspective*. Tech. Rep.: Bureau European des Unions de Consommateurs, 2018. Disponível em: [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058\\_automated\\_decision\\_making\\_and\\_artificial\\_intelligence.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058_automated_decision_making_and_artificial_intelligence.pdf). Acesso em: 21 mar. 2020.
- BMC. *Health Services Research*, v. 18, n. 545, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s12913-018-3359-4>. Acesso em: 09 abr. 2020.
- BOLUKBASI, T.; CHANG, K. W.; ZOU, J. Y.; SALIGRAMA, V.; KALAI, A. T. Man is to computer programmer as woman is to homemaker? Debiasing word embeddings. *Advances in Neural Information Processing Systems*, v. 29, p. 4349-4357, 2016. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1607.06520.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.
- BOSTROM, Nick. *Ethical issues in advanced artificial intelligence*. Disponível em: <http://www.fhi.ox.ac.uk/wp-content/uploads/ethical-issues-in-advanced-ai.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.
- BOSTROM, Nick. *Superinteligência*. Rio de Janeiro: Darkside, 2018.
- BOSTROM, Nick. The ethics of artificial intelligence. In: RAMSEY, W.; FRANKISH, K. (org.). *Draft for Cambridge handbook of artificial intelligence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Disponível em: <https://www.nickbostrom.com/ethics/artificial-intelligence.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- BRASIL. *Banco Central do Brasil*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/nor/releidfin/cap01.html>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF*. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 13.103, de 2 de março de 2015*. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13103.htm). Acesso em: 19 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 21 mar. 2020.

BUSINESS INSIDER INTELLIGENCE. *IBM to use AI to help banks with cybersecurity*. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/ibm-to-use-ai-to-help-banks-with-cybersecurity-2016-12?IR=T>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2017. v. 1.

CASTELVECCHI, D. Deep learning boosts Google Translate tool. *Nature*, 2016. Disponível em: <https://www.nature.com/news/deep-learning-boosts-google-translate-tool-1.20696>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CHANG, Daniel. *Concept-oriented deep learning*. 2018. Disponível em: <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1806/1806.01756.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CITRON, D. K.; PASQUALE, F. A. The scored society: due process for automated predictions. *Washington Law Review*, n. 1, p. 2-27, 2014. Disponível em: [https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac\\_pubs/1431/](https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1431/). Acesso em: 21 mar. 2020.

CLARK, C. J.; LUGURI, J. B.; DITTO P. H.; KNOBE, J.; SHARIFF, A. F.; BAUMEISTER, R. F. Free to punish: a motivated account of free will belief. *J Pers Soc Psychol*, v. 106, n. 4, p. 501-513, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/a0035880>. Acesso em: 21 mar. 2020.

COMMINGS, Mary. Supervising automation: humans on the loop. *Aero-Astro Magazine Highlight: MIT Department of Aeronautics and Astronautics*. 2008. Disponível em: <http://web.mit.edu/aeroastro/news/magazine/aeroastro5/cummings.html>. Acesso em: 28 abr. 2020.

CORDEIRO, A. G.; KONDER, C. N. Onerosidade do acesso às redes sociais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 121, p. 185-212, 2019.

COOTER, R.; ULLEN, T. *Law and economics*. 6. ed. New Jersey: Pearson Education, 2016.

DATA COMMUNITY. *Why you should not build a recommendation engine*. Disponível em: <http://www.datacommunitydc.org/blog/2013/05/recommendation-engines-why-you-shouldnt-build-one/>. Acesso em: 21 mar. 2020.

DAVIES, Alex. Uber's self-driving truck makes its first delivery: 50,000 beers. *Wired*, 2016. Disponível em: <https://www.wired.com/2016/10/ubers-self-driving-truck-makes-first-delivery-50000-beers/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

DIVINO, S. B. S. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos eletrônicos de tecnologias interativas: o tratamento de dados como modelo de remuneração. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 118, p. 221-246, 2018.

DIVINO, S. B. S. Reflexiones escépticas, principiológicas y económicas sobre el consentimiento necesario para la recolección y tratamiento de datos. *Derecho PUCP*, v. 83, p. 179-206, 29 nov. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201902.006>. Acesso em: 21 mar. 2020.

DIVINO, S. B. S.; MAGALHAES, R. A. Copyright of artificial intelligence autonomous production: some reflections around the concepts of mind and intelligence. *Biolan Journal: Rivista Di Biodiritto*, v. 1, p. 299-313, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.15168/2284-4503-423>.

DONOTPAY. Disponível em: <https://donotpay.com/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

FAGGELLA, Daniel. In: EDWARDS, Martin R.; EDWARDS, Kristen. *Predictive HR analytics: mastering the HR metric*. New York: Kogan Page, 2019. p. 463.

FINTECHFUTURES. *The future of banking is here: cognitive banking*. 2016. Disponível em: <https://www.fintechfutures.com/2016/08/the-future-of-banking-is-here-cognitive-banking/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

FRIEDLER, S. A. et al. A comparative study of fairness-enhancing interventions in machine learning. *Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, jan. 2019. p. 329-338. Disponível em: <https://>

doi.org/10.1145/3287560.3287589. Acesso em: 28 abr. 2020.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado artigo por artigo. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

GOODMAN, B.; FLAXMAN, S. European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. *AI Magazine*, v. 38, n. 3, p. 1-9, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1609/aimag.v38i3.2741>. Acesso em: 21 mar. 2020.

IBM. *Artificial intelligence in consumer good*. Disponível em: [https://www.theconsumergoodsforum.com/wp-content/uploads/AI\\_in\\_Consumer\\_Goods\\_Whitepaper\\_CGF-and-IBM.pdf](https://www.theconsumergoodsforum.com/wp-content/uploads/AI_in_Consumer_Goods_Whitepaper_CGF-and-IBM.pdf). Acesso em: 19 mar. 2020.

JABŁONOWSKA, A. *et al. Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business’ use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project*. European University Institute, 2018.

LEONARD, T. C.; RICHARD, H.; CASS, Thaler; SUNSTEIN, R. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness. *Const Polit Econ*, v. 19, p. 356-360, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10602-008-9056-2>. Acesso em: 21 mar. 2020.

LEX MACHINA. Disponível em: <https://lexmachina.com/about/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MANNES, J. DoNotPay launches 1,000 new bots to help you with your legal problems. *TechCrunch*, 2017. Disponível em: <https://techcrunch.com/2017/07/12/donotpay-launches-1000-new-bots-to-help-you-with-your-legal-problems/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARR, Bernard. The amazing ways Coca Cola uses artificial intelligence and big data to drive success. *Forbes*, 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2017/09/18/the-amazing-ways-coca-cola-uses-artificial-intelligence-ai-and-big-data-to-drive-success/#73ba33a978d2>. Acesso em: 19 mar. 2020.

MASNICK, M. Why Netflix never implemented the algorithm that won the Netflix \$1 Million Challenge. *Techdirt*, 2012. Disponível em: <https://www.techdirt.com/articles/20120409/03412518422/why-netflix-never-implemented-algorithm-that-won-netflix-1-million-challenge.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2020.

PAYNE, J. W.; BETTMAN, J. R.; JOHNSON, E. J. Adaptive strategy selection in decision making. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, v. 14, n. 3, p. 534-552, 1988. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/0278-7393.14.3.534>. Acesso em: 21 mar. 2020.

PWC. Disponível em: <https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/library/consumer-intelligence-series/voice-assistants.html>. Acesso em: 19 mar. 2020.

REEDY, C. Kurzweil claims that the singularity will happen by 2045. *Futurism*. Disponível em: <https://futurism.com/kurzweil-claims-that-the-singularity-will-happen-by-2045>. Acesso em: 27 abr. 2020.

REUTERS, T. Machine learning turns “fake news” on Twitter into old news. *Reuters*, 2017. Disponível em: <https://blogs.thomsonreuters.com/answeron/machine-learning-fake-news-twitter/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

ROSS INTELLIGENCE. Disponível em: <https://rossintelligence.com/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

SAMUELY, A. Mary Kay uncaps sales via beauty consultant-gearred virtual assistant app. *Retail Dive*. Disponível em: <https://www.retaildive.com/ex/mobilecommercedaily/mary-kay-uncaps-sales-via-beauty-consultant-gearred-virtual-assistant-app>. Acesso em: 19 mar. 2020.

SCHMITZ, A. J. Secret consumer scores and segmentations: separating “Haves” from “Have-Nots”. *Michigan State Law Review*, p. 1411, 2014.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

TAYLOR, Harriet. Lowe’s introduces LoweBot, a new autonomous in-store robot. *CNBC*, 2016. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2016/08/30/lowes-introduces-lowebot-a-new-autonomous-in-store-robot.html>. Acesso em: 19 mar. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Artificial intelligence*: Europe needs to take a human-in-command approach, says EESC. Disponível em: <https://www.eesc.europa.eu/en/news-media/press-releases/artificial-intelligence-europe-needs-take-human-command-approach-says-eesc>. Acesso em: 28 abr. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança*: Ethics guidelines for trustworthy AI. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 27 abr. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*. 2016. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 21 mar. 2020.

WATHIEU, L.; BRENNER, L.; CARMON, Z. *et al.* Consumer control and empowerment: a primer. *Marketing Letters*, v. 13, p. 297-305, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1023/A:1020311914022>. Acesso em: 21 mar. 2020.

WEGNER, D. M. Précis of the illusion of conscious will. *Behav Brain Sci.*, v. 27 n. 5, p. 649-659, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0140525X04000159>. Disponível em: <http://www.its.caltech.edu/~squartz/wegner2.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2020.

YAO, M. Chatbots go Cha-Ching: the looming impact of A.I. in finance. *Forbes*, 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/mariyayao/2017/04/19/chatbots-go-cha-ching-the-impact-of-ai-in-finance/#75a7501620e3>. Acesso em: 20 mar. 2020.

ZHENG, Y.; VAN OSSELAER, S. M. J.; ALBA, J. W. Belief in free will: implications for practice and policy. *J Mark Res.*, v. 53 n. 6, p. 1050-1064, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1509/jmr.15.0452>. Acesso em: 21 mar. 2020.

ZLIOBAITE, I. Measuring discrimination in algorithmic decision making. *Data Mining and Knowledge Discovery*, v. 31, p. 1060-1089, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10618-017-0506-1>. Acesso em: 28 abr. 2020.



**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Quem tem medo da  
responsabilização subjetiva?**

As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado

**Who is afraid of the subjective  
responsibility?**

Conduct and imputation theories for a constitutionalized sanctioning administrative law

Sandro Lúcio Dezan

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

# Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado\*

## Who is afraid of the subjective responsibility? Conduct and imputation theories for a constitutionalized sanctioning administrative law

\* Recebido em 11/02/2021

Aprovado em 26/03/2021

\*\* Doutor em Ciências Jurídicas Públicas, pela Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal; Doutor em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor Titular de Direito Administrativo da Graduação em Direito e do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu, Mestrado e Doutorado, do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); Investigador do Centro de Justiça e Governança (JusGov), Grupo JusCrim – Justiça Penal e Criminologia; e é Líder do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas” do PPGD do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília/DF. E-mail: sandro.dezan@gmail.com

\*\*\* Pós-doutorado pela Università del Salento, Lecce, Itália; Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, Mestre em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Titular de Direito Administrativo e Urbanístico do Programa de Mestrado/Doutorado de Direito e Políticas Públicas e do Mestrado de Arquitetura e Urbanismo do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público e Política Urbana - GPDDPU (UNICEUB). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico dos cursos de Especialização da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Urbanístico, Administrativo, Constitucional, Previdência Complementar, Ambiental, Penal e Violência Urbana. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU), do qual foi Coordenador do Centro-Oeste (mandatos 2013-2017). Foi membro do Conselho Deliberativo do Funpresp-Jud (mandatos 2012-2017). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Membro do IDASAN - Instituto de Direito Administrativo Sancionador. E-mail: paulo.carmona@ceub.edu.br

Sandro Lúcio Dezan\*\*

Paulo Afonso Cavichioli Carmona\*\*\*

### Resumo

O presente artigo busca investigar se há plausibilidade de aplicação da Teoria da Conduta, originariamente desenvolvida em sede de direito penal, ao direito administrativo sancionador. Partindo-se do método hipotético-dedutivo, notadamente com base na premissa da identidade ontológica entre o delito e a infração administrativa, conclui-se que o atual Estado Constitucional de Direitos, com centralidade dos direitos fundamentais na ordem normativa, desvela uma Teoria Geral da Conduta, para os sistemas de persecução público-sancionadores, a impor a aferição dos elementos de uma imputação subjetiva, como pressuposto da constatação de ilícito.

**Palavras-chave:** direito administrativo sancionador; ilícito administrativo e ilícito penal; imputação subjetiva, dolo e culpa; efeitos da Teoria do Delito.

### Abstract

This article seeks to investigate whether there is plausibility of applying the theory of conduct, originally developed in the context of criminal law, to the sanctioning administrative law. Starting from the hypothetical-deductive method, notably under the premise of the ontological identity between the crime and the administrative infraction, it is concluded that the current Constitutional State of Rights, with centrality of fundamental rights in the normative order, unveils a general theory of conduct, for the public-sanctioning prosecution systems, to impose the assessment of the elements of a subjective imputation, as an assumption of the finding of illicit.

**Keywords:** sanctioning administrative law; administrative offense and criminal offense; subjective imputation, deceit and guilt; effects of the crime theory.

# 1 Introdução

O que é o Direito, senão, primeiramente, um sistema social de garantias (sistema de regulações jurídicas) para o adequado convívio social.

A identidade ontológica dos ilícitos jurídicos é irrefutável, pois o Direito, também, é linguagem e a lei é, por excelência, a linguagem imediata e com pretensão de segurança do Direito. A fundamentação de decisões, a argumentação jurídica como discurso formal, é a linguagem indireta desse mesmo Direito.

A Teoria da Tipicidade e, por corolário, a Teoria da Conduta nos meandros da Teoria dos Ilícitos são decorrentes da própria noção de lei e de legalidade, veiculadoras racionais do conteúdo de qualquer proibição, prescrição, assimilando, ou apreendendo, os contornos e, assim, o conceito de proibido, de permitido, de obrigatório e de facultado ao adequado convívio social.

Assim, não se há de falar em proibições, ou em obrigações, ou em deveres, desprovidos da recepção da lei como *tópos* originário do que o Estado Social (coletivo social, sociedade) ou Estatutário (Estado como instituição prestadora de serviços públicos) entende como prescrito, definido ou convencionado como ilícito, a representar o rol de infrações as suas regras de condutas. Por essa via, o Direito, também, é linguagem, é a linguagem em forma de lei, a permitir a materialização da norma, no caso, que viabiliza a concreção da norma proibitiva.

O fenômeno prescritivo (a definição ou a convenção, por meio da lei, do que é ilícito) deve dar-se a todos os ramos do direito público punitivo: por exemplo, para o direito penal, com suas tipificações e, do mesmo modo, para o direito administrativo sancionador em suas várias vertentes, a exemplo do direito administrativo ambiental, do direito administrativo disciplinar, do direito administrativo sancionador tributário e do direito administrativo sancionador das agências reguladoras.

Não se exige a definição do que é lícito, mas somete do que é ilícito, pois, à vista do Princípio da Legalidade, ao indivíduo, é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe e isso se aplica ao direito punitivo ou sancionador geral do Estado, que seja no âmbito do direito penal, do direito administrativo sancionador, no direito sancionador ambiental, tributário, dentre outros sub-ramos punitivos do direito público, abarcando, destarte, um aspecto de uma teoria geral do que podemos denominar de *direito público sancionador*.

Em atenção ao Princípio da Legalidade, defendemos a aplicação da Teoria da Ação (ou Teoria da Conduta) do ilícito penal para os demais casos de direito público sancionador, de direito público punitivo, a exemplo do direito administrativo sancionador, como ramo do direito público, que pode resultar de seu processo a punição do agente, pessoa física ou jurídica, considerado infrator de normas público-prescritivas de condutas.

Há relação entre eficiência e sanção punitiva. Quanto ao direito administrativo sancionador, afere-se uma necessidade de tipificações taxativas, completas e fechadas, definidoras do que o Estado-administração e Estatutário entendem como proibido, obrigatório e facultativo. Isto não é, apenas, uma garantia endógena ao sistema público-estatutário ou público sancionador de caráter geral, senão, também, uma garantia exógena de continuidade do serviço público que depende, em maior ou em menor grau, dessa relação de sujeição entre particulares e Estado. A garantia exógena, na medida em que uma sanção mal aplicada, corolário de um ilícito no âmbito do sistema administrativo sancionador mal definido (firmado em conceitos vagos, indeterminados ou plurissignificativos) fere, diretamente, os destinatários dos serviços públicos do Estado.

Um Direito equivocado possibilita surtir efeitos danosos concreto ao que se pretende realizar por meio dele: a insegurança jurídica reflete a insegurança das realizações fáticas de interesse público. Para um sistema de direito administrativo sancionador com essa espécie de insegurança, afere-se ofensa direta ao Princípio Básico da Administração Pública, elencado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

Ao amparo desse inicial esforço de justificação, responderemos, por meio do método hipotético-dedutivo, a seguinte indagação: quais são os contornos teóricos que permitem e impõem a aplicação da Teoria da Ação ou da Conduta, originariamente desenvolvida em sede de direito penal e de seu ilícito, ao ilícito administrativo de direito administrativo sancionador e ao seu processo?

Sob esse olhar, analisaremos questões fulcrais para o desenvolvimento dessas ideias matrizes, quais sejam, (i) as teorias da conduta do ilícito administrativo, (ii) a teoria da imputação subjetiva do ilícito administrativo, (iii) noções fundamentais sobre a mera voluntariedade v.s. a imputação subjetiva, como condicionante para a responsabilização do ilícito em sede de direito administrativo sancionador, (iv) a conduta voluntária (voluntariedade) e sua insuficiência para a caracterização do elemento subjetivo do ilícito administrativo, e (v) o dolo e a culpa nos ilícitos administrativos.

## 2 A Teoria da Conduta, originárias do direito penal, aplicada ao ilícito administrativo

O presente estudo parte da premissa de que não há distinção ontológica entre os ilícitos postos pelo ordenamento jurídico, apresentando-se como categoria jurídica, consistente na conduta humana ofensora do direito positivo e, assim, passível de sanção imposta pelo mesmo ordenamento.

Com efeito, pode-se operar em diversos ramos do direito material, a exemplo do direito civil, do direito tributário, do direito previdenciário, do direito penal e, dentre outros ainda, do direito administrativo. Portanto, como afirmado, não é “*noção privativa de nenhum ramo do direito, podendo assumir várias modalidades, conforme o aspecto das ciências jurídicas que, no caso, seja abordado*”<sup>1</sup>.

No sistema de direito administrativo sancionador, noticiado o ilícito, ao Estado apresentam-se os deveres de (i) iniciar a persecução pré-processual (se for o caso) e ou processual e, sendo o caso e após o desenvolvimento do devido processo legal, (ii) aplicar a sanção correspondente, uma vez elucidada a autoria e a materialidade ilícita, imputada à pessoa física ou jurídica a ele vinculado por relação jurídica de direito material.

Não é extremo afirmar que, considerando-se essa relação desenvolvida dentro dos meandros do próprio Estado, de forma dual e parcial, no bojo da relação jurídica processual instaurada em sede administrativa, o Estado possui a única e soberana palavra sobre a imputação do ilícito, sem embargo da apreciação desse ato pelo Poder Judiciário, consoante art. 5º, XXXV, da CF/88.

Para essa imputação do ilícito e a aplicação da norma ao caso concreto, com produção do ato administrativo de julgamento da *lide*, vale-se de procedimento administrativo investigativo, geralmente uma sindicância ou uma instrução preliminar, e de procedimento administrativo em paridade de armas, processo administrativo sancionador, formando, nesse último caso, como dito, uma relação jurídica linear, dual – Administração e particular, pessoa física ou jurídica (a depender da relação de sujeição regente do caso) – em contraditório.

Não há, por isso, exercício de jurisdição, pois a Administração é parte processual e parte julgadora do processo, não perfazendo, dessarte, a necessária equidistância de interesses. O Estado-sancionador não busca realizar os escopos processuais social, político, senão, e apenas, a legalidade imposta pelo ordenamento e, com isso, ao escopo jurídico do processo, qual seja: a aplicação do direito ao caso concreto submetido por lei a exame.

Nesse ambiente – relação jurídica administrativa instalada entre as partes do processo –, tema de relevo em que ora divergem administrativistas pátrios e estrangeiros, cinge-se às teorias aplicáveis à constatação da responsabilização do particular, por ato atentatório ao regime de sujeição que acaso se encontre vinculado

<sup>1</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 23.

como o Estado. Surgem, assim, dissensão quanto ao *iter* racional a ser percorrido pelo intérprete e aplicador do direito em sede de Administração Pública para a imputação do ilícito.

Uns afirmam que o direito administrativo apresenta teoria própria de imputação do ilícito<sup>2</sup>, outros buscam posição intermediária<sup>3</sup>, transpondo, parcialmente, alguns institutos do direito penal.

Assim, a doutrina tradicional tem sustentado que a imputação administrativa é formada por três elementos, quais sejam: o *elemento físico*, o *elemento moral* e o *elemento legal*, devendo o intérprete e aplicador do direito administrativo sancionador aferir, nessa ordem, se a pessoa acusada praticou o fato (elemento físico), se tal prática foi voluntária, dispensável a análise de ocorrência de dolo ou culpa (elemento moral) e, por fim, se esse agir voluntário ofendeu a lei administrativa (elemento legal). Com a resposta afirmativa para todas essas fases do *iter*, constatar-se-á a imputação administrativa punitiva, responsabilizando-se o particular, pessoa física ou jurídica.

Essa referida doutrina – influenciada pelo caráter absoluto da sanção<sup>4</sup>, originária de Hegel e Kant – remonta, conforme escreve Francesco Carrara (ainda quando discípulo de Caetano Pierre, no início do séc. XIX, em Lucca, e posteriormente em suas aulas na cátedra de direito penal da Universidade de Pisa, onde sucedeu mediatamente Carmignani), à escola antecessora de Carmignani, a qual, ao confundir dolo com o “mero ato de consciência”, asseverava que, para a ocorrência do delito, bastava apenas, como elemento moral anímico, um mero ato de consciência.

Carrara, não obstante, prescreveu que as fases para a constatação da imputação do ilícito dividiam-se em três e não prescindiam da análise do dolo e da culpa, ponderando que “o juízo pelo qual o magistrado imputa civilmente a um cidadão uma ação de antemão declarada, pela lei politicamente imputável, é, por sua vez, a decorrência de três diferentes juízos”<sup>5</sup>: a *imputação material* (objetiva dos fatos a alguém), a *imputação moral* (subjetiva dos fatos a alguém); e a *imputação legal* (de subsunção ou de tipicidade do conceito dos fatos ao conceito legal)<sup>6</sup>.

Consoante Basileu Garcia, o modelo carrariano de imputação era baseado no livre-arbítrio do indivíduo<sup>7</sup>, responsabilizando-o quando apresentasse esse atributo permeado pelo dolo ou pela culpa, juntamente aos aspectos físicos e o legal da imputação.

Esse esquema de imputação, concebido por Carrara, serviu de amparo para, mais tarde, desenvolver-se a Teoria da Imputação de crime no sistema causal, naturalista da ação, e psicológico da culpabilidade, em que Franz Von Liszt, conciliando a escola clássica penal italiana e a escola positivista (determinista ou antropológica criminal), aprimorou as ideias ali esposadas, reagrupando seus elementos, sem, contudo, fazer relevantes mudanças na Teoria de Carrara, uma vez que a imputação física passou a ser denominada “fato típico”, a imputação legal passou a ser denominada “fato antijurídico”, e a imputação moral passou a ser denominada “culpabilidade”, obtendo-se, assim, o conceito analítico de crime, qual seja: o fato típico ilícito

<sup>2</sup> Importante conferir os estudos de Luciano de Faria Brasil. In: O direito administrativo disciplinar no âmbito do Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 53, p. 89-106, 2004.

<sup>3</sup> Cf. COSTA, José Armando da. **Incidência aparente de infração disciplinar**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

<sup>4</sup> Consoante os estudos desenvolvidos por GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, t. I, o caráter absoluto da sanção consubstanciava-se em vingança estatal, retribuindo o Estado o mal pelo mal, sem qualquer finalidade corretiva, preventiva decorrente de uma teoria unitária.

<sup>5</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002. v. I, p. 54.

<sup>6</sup> Nessa esteia, o julgador, encarregado pela imputação do ilícito, perpassa pela imputação material, moral e legal, para, à luz da conjugação delas, realizar a imputação do delito. Para Carrara, o juízo de imputação sustentava-se nas seguintes e sucessivas deduções: “o magistrado encontra naquele indivíduo a causa **material** do ato, e lhe diz: **fizeste** – imputação **física**. Acha que aquele indivíduo praticou tal ato com vontade inteligente, e lhe diz: **fizeste voluntariamente** – imputação **moral**. Verifica que aquele fato era proibido pela lei da cidade, e lhe diz: **obriste contra a lei** – imputação **legal**. É apenas em consequência dessas três proposições que o magistrado pode declarar o cidadão: Eu te imputo este fato como **delito** (*Ibidem*, p. 54).

<sup>7</sup> GARCIA, Basileu, *op. cit.*

e culpável, em que o fato típico era composto por conduta voluntária, resultado, nexos de causalidade entre a conduta e o resultado, e tipicidade e a culpabilidade, cujo pressuposto era a imputabilidade, possuía como elementos o dolo e a culpa (Teoria Complexa da Culpabilidade: elemento normativo – imputabilidade – e elementos psicológicos – dolo e culpa).

Reparemos que o que Carrara denominava de *imputação física* do ilícito passou a compor o fato típico da Teoria de Liszt, correspondendo aos seguintes elementos: conduta, resultado e nexos causal entre tal conduta e um resultado típico (elemento físico).

O *elemento legal* da doutrina de Carrara, na teoria causal da ação, passou a ser inferido (i) da análise da tipicidade, juízo de subsunção entre o conceito do fato ilícito e o conceito de ilícito descrito na lei penal e (ii) da análise da ilicitude do fato.

O *elemento moral* passou a ser a culpabilidade, com a imputabilidade do agente e seus elementos subjetivos, dolo e culpa.

Com efeito, pode-se depreender que os elementos do conceito de crime na Teoria Naturalista da Ação Tripartite, fato típico e antijurídico e culpável, abarcam por inteiro o conceito de ilícito penal apresentado por Carrara em seus três elementos: imputação física, imputação moral e imputação legal.

Assim, antes da formulação da teoria de Carrara e da Teoria Naturalista da Ação de Liszt, não se analisava o dolo como ato distinto da voluntariedade. Havia, sem dúvidas, uma responsabilidade objetiva que somente poderia ser afastada pela íntima convicção do juiz, quando da análise da *imputação moral*, de que o acusado não obrara com dolo ou culpa. Poder-se-ia reconhecer, de tal modo, que o julgador, mesmo sem esse escopo, analisava a ocorrência da imputação subjetiva de forma reflexa, dentro de uma análise da “voluntariedade”, trazendo insegurança jurídica ao sistema, ao passo que ficava a cargo de cada intérprete e aplicador da norma o referido juízo de valor.

Liszt classificou a imputação do ilícito subsidiada no mero pressuposto “voluntariedade” (mero ato de consciência), da escola antecessora de Carrara, como uma espécie de “pena primitiva”, decorrente de uma “vingança” do sancionador para como o realizador do ilícito, sem qualquer finalidade preventiva, por “*ausência de escopo*”<sup>8</sup>.

Pode-se afirmar que o grande mérito das teorias clássicas italiana e causal da ação foram justamente primar pela segurança jurídica de uma imputação pautada na responsabilidade subjetiva, trazendo, essa última, para o conceito de crime (Teoria Tricotômica) ou como pressuposto de aplicação da pena (Teoria Dicotômica), a necessidade de aferição da existência de dolo ou culpa, quando da análise da culpabilidade, para a imputação penal.

O sistema naturalista da ação e psicológico da culpabilidade de Liszt foi sucedido pelo sistema neoclássico de Reinhard Frank, que procurou solucionar as questões, até então omissas, da irresponsabilidade penal relativa ao erro de proibição e à inexigibilidade de conduta diversa do autor do fato, sendo este, o sistema neoclássico, sucedido pelo sistema finalista da ação de Hans Welzel que reagrupou os institutos componentes do conceito de crime dos sistemas anteriores.

Para o sistema finalista, os elementos do conceito de crime passaram a formar a seguinte estrutura: (i) fato típico, composto pela conduta dolosa ou culposa; resultado danoso; nexos de causalidade entre a conduta e o resultado e tipicidade; (ii) antijuridicidade ou ilicitude do fato e (iii) culpabilidade, formada pelos elementos imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude do fato. A culpabilidade foi completamente desprovida de elementos anímicos do autor, os quais migraram para o fato típico, dando finalidade à conduta até então voluntária somente, sendo denominada, a nova teoria, por isso, de finalista da ação e normativa pura da culpabilidade.

<sup>8</sup> LISZT, Franz Von. **La teoria dela scopo nel diritto penale**. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2005.

Assim, como dito, imprescindível observar que o elemento anímico subjetivo do agente, dolo e culpa, migrou da culpabilidade para a conduta, sendo esta, a conduta, um elemento do fato típico, consistente no primeiro elemento a ser analisado na aferição de ocorrência de crime, o que transformou a análise subjetiva em pré-requisito para o exegeta.

Welzel, contudo, não repeliu os estudos de Carrara sobre a imputação do fato, mas, sim, os remodelou à luz de sua teoria finalista, para dar suporte a uma imputação certa e justa, afirmando que a responsabilização do agente somente será válida se houver conduta, ação ou omissão, com finalidade ilícita, ou seja: consciência de que o agir ou não agir poderá produzir o resultado (consciência do nexo causal entre a conduta e o resultado) e, ainda, vontade de produzir tal resultado por meio da conduta. Isso se denota de seus escritos, quando mostra apego pelas noções de imputação moral e física ao asseverar que “o homem é ‘pessoa’ no duplo sentido quando é um ser que atua com finalidade, e quando é moralmente responsável por suas condutas”<sup>9</sup> e acrescenta que, “com essas duas etapas que se estruturam uma em cima da outra – a atividade finalista e a responsabilidade moral –, se cumpre a autoria pessoa humana”<sup>10</sup>.

Não obstante as teorias acima singelamente alinhavadas, que, malgrado desenvolvidas em estudos de direito penal, são aplicadas a qualquer ramo do direito que empregue conhecimentos de imputação pessoal do resultado, os estudiosos tradicionais do direito administrativo sancionador<sup>11</sup>, por mais que aceitem sem maiores problemas a identidade ontológica entre os ilícitos presentes nos diversos ramos do direito, repelem os sistemas que se afastem do modelo pré-carrariano.

No entanto, cumpre apontar que o atual Estado Democrático de Direito, instituído com base na égide da Constituição Cidadã de 1988, requer garantias não somente de direito penal, mas também, de direito sancionador geral. Assim, impõe-se interpretar as normas de direito administrativo de caráter punitivo ao amparo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Dessarte, as transposições de teorias garantistas se apresenta como elemento imprescindível de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito, para sua aplicação em categorias jurídicas que limitem direitos dos administrados, no caso os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, acusados à vista do sistema de direito administrativo sancionador.

Sob essa óptica, Romeu Felipe Bacellar Filho, ao abordar a necessidade de submissão – por óbvio como de todo o ordenamento infraconstitucional – do direito administrativo sancionador (no ato de enunciar o comando normativo) aos direitos garantistas constitucionais, ressalta que “o legislador não é livre na configuração da disciplina legal do processo administrativo. A discricionariedade permanece íntegra somente na área não coberta pela garantia constitucional”<sup>12</sup>. Por exemplo, para o caso do regime jurídico administrativo disciplinar, sub-ramo do direito administrativo sancionador, o autor sustenta que a positivação legal regulatória “além de significar forma institucional de resolução de conflitos, deve, antes de tudo, realizar os princípios constitucionais”<sup>13</sup> e, com esse escopo, “a Constituição, entretanto, não visa esgotar o tratamento do processo administrativo, e sim disciplinar condições mínimas de legalidade e de seriedade”<sup>14/15</sup>.

<sup>9</sup> WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Afonso Celso Resende. Campinas: Romana, 2003, p. 77.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>11</sup> Sem embargo do tema ora estudado, Aldo Sandulli (Sandulli, Aldo M. **Manuale di diritto amministrativo**. XV Edizione. Napoli: Jovene, 1989, v. 2, p. 1.173), ao tratar da responsabilidade civil do Estado e da responsabilidade regressiva do agente público, assevera que minoritária corrente doutrinária e jurisprudencial italiana entende aceitável somente a voluntariedade do agente a justificar uma responsabilização regressiva, dispensando-se, assim, a análise subjetiva do dolo ou da culpa em sede de responsabilidade civil, ao passo que outra corrente e jurisprudência defende a sua análise para qualquer tipo de responsabilidade civil do Estado. Afirma que “è controverso se l'elemento psichico debba concorrere ed essere specificamente accertato non soltanto per i danni prodotti mediante mere operazioni, bensì anche per quelli prodotti mediante veri e propri atti. Secondo una parte della giurisprudenza e gran parte della dottrina, essendo gli atti amministrativi, per loro natura, il frutto di comportamenti volontari, non occorrerebbe, per essi, ricercare l'elemento psichico del fatto dannoso, sussistendo essobsempre **in re ipsa**”.

<sup>12</sup> Bacellar Filho, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 63-64.

<sup>13</sup> Bacellar Filho, Romeu Felipe, *op. cit.*, p. 63-64.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 63-64.

<sup>15</sup> Escreve ainda Bacellar Filho que “concorde-se com José Alfredo de Oliveira Baracho: a conceituação constitucional de garantia deve ser examinada ao lado dos grandes princípios constitucionais do processo. A Constituição, entretanto, não visa esgotar o tratamento do processo administrativo, e

Com fundamento nos ensinamentos de Liszt – de que sanção cujo pressuposto é uma conduta pautada na voluntariedade, desprovida da análise do dolo ou da culpa é “vingança”, com “ausência de escopo” –, podemos afirmar que o direito administrativo sancionador não se coaduna com uma sanção que represente mera “vingança” do Estado-administração para com o particular acusado de ilícito.

O regime jurídico-administrativo sancionador, positivado nas diversas leis especiais de caráter regulatório, quanto à definição da conduta ilícita e à aplicação da reprimenda, possui natureza ontológica de direito penal geral, ao passo que, a exemplo do direito penal propriamente dito, visa, com a cominação e ou aplicação da sanção, inibir e ou retribuir (corrigir e educar), por meio dos efeitos pedagógicos individual e geral da sanção, determinadas condutas tidas como ofensoras do ordenamento jurídico, ante a sua nocividade à Administração Pública, ao particular administrado e, também, à finalidade pública, justificando, deveras, o desenvolvimento de teoria garantista que valorize a análise minudente da conduta do agente público, para a constatação dos fatos ilícitos objeto de imputação administrativa.

Desse modo, entendemos que o sistema proposto por Francesco Carrara, com suas fases de aferição da imputação física, moral e legal, deve ser levado a efeito de forma analítica, detalhada, importando dos estudos sistematizados de direito penal a estrutura do conceito analítico, estratificado, de ilícito, com todos os seus elementos, para, ao final, o intérprete e aplicador do direito poder atribuir à pessoa acusada a responsabilidade pela conduta faltosa contra a Administração Pública.

Com efeito, insta deferir à categoria dos ilícitos administrativos a decorrência de um fato típico, antijurídico e culpável, a exemplo do ilícito no âmbito sistêmico do direito penal, aferindo-se a conduta finalística dolosa ou culposa, dentro do fato típico, composto do resultado, do nexos causal e da tipicidade, sendo o *tipo* para o juízo de tipicidade uma descrição fática (descrição do fato prescrito) contida na lei, minuciosa e analítica (*nullum sanctio juris sine lege certa*), sem embargo das análises da antijuridicidade e da culpabilidade normativa.

A culpabilidade deve ser formada pelos seguintes elementos: imputabilidade (higidez mental e regular situação jurídica da pessoa particular à vista da relação de sujeição para com o Estado-sancionador, subordinada a um *fazer* ou um *não fazer*, ou mesmo a um *tolerar que se faça*, sob o amparo de uma relação jurídica de direito material válida), exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

Assim, há de se refutar a imputação administrativa de caráter sancionador pautada, simplesmente, na análise da imputação física, moral e legal, sistema pré-causal com análise incipiente e ao acaso dos elementos anímicos de forma implícita quando da análise da voluntariedade (Escola pré-clássica italiana), para, com fins garantistas, visar à dignidade da pessoa humana e, com efeito, a certeza e a justiça do direito, aplicando-se, destarte, a Teoria Finalista do Delito, de Welzel, ao ilícito em sede de Administração Pública como faceta do poder punitivo do Estado<sup>16</sup>.

---

*sim disciplinar condições mínimas de legalidade e de seriedade. Na medida em que o sistema constitucional é aberto, o campo de regulamentação potencial é relevante. Em outras palavras: a disciplina processual constitucional não se reduz a uma “mera institucionalizzazione formale di principi processuali preesistenti”. O processo administrativo não é apenas o que está na lei (lida conforme a Constituição) mas também o que deveria estar e não está, por força de imposição constitucional. Com efeito, o art. 5º § 2º, da Constituição Federal funciona como verdadeira cláusula de abertura porque reconhece, ao lado dos direitos fundamentais expressos, direitos implícitos que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Afinal, como acentua José Adércio Leite Sampaio, “os direitos e garantias fundamentais apresentam um conteúdo aberto à ampliação e projetado para o futuro. Não há uma tutela ou garantia numerus clausus de direitos fundamentais, porque não há numerus clausurus dos perigos” (Idem, p. 63-64).*

<sup>16</sup> Contudo, nada obsta que se aplique a *teoria funcionalista moderada* (funcionalista) de Claus Roxin, inserindo a imputação objetiva quando da análise do primeiro elemento do conceito analítico de ilícito disciplinar. Essas novas possibilidades que se apresentam com a transposição de teorias desenvolvidas por estudiosos do direito penal somente veem a ampliar, de forma harmônica, com a nossa Carta Magna, o leque de direitos e garantias fundamentais do agente acusado de prática de ilícito.



### 3 A Teoria da Imputação Subjetiva, originária do direito penal, aplicada ao ilícito administrativo

Analisemos alguns pontos afetos à Teoria da Ação no ilícito administrativo, com o fim de analisar, com maior detalhe, o elemento anímico da conduta faltosa no direito positivo.

Não há como se conceber a sanção administrativa, consequente da realização de uma conduta típica (prescrita em lei), sem se analisar o dolo e a culpa do agente público, baseada somente na *voluntariedade* do agente, com a aceitação de espécie de responsabilidade objetiva.

Nessas balizas, a imputação a alguém de infração a proibições ou deveres legais se dá à vista de uma necessária concepção da existência de uma Teoria Geral da Imputação. Não se pode imputar algo a alguém, *i.e.*, com base no argumento de infração a prescrições legais, sem que se perpassem as categorias da tipificação, da ilicitude e da culpabilidade<sup>17</sup>, permeadas pelos aspectos subjetivos da vontade do agente, nomeadamente sob o manto da realização dolosa ou culposa da ação ou da omissão que deu ensejo ao resultado infracional.

Nesse contexto de justificações, esclareceremos alguns aspectos *(i)* sobre a mera *voluntariedade n.s.* a imputação subjetiva, como condicionante para a responsabilização da falta administrativa (ilícito de direito administrativo sancionador); *e (ii)* a conduta voluntária (*voluntariedade*) e sua insuficiência para a caracterização do elemento subjetivo do ilícito administrativo; para, posteriormente, abordarmos *(iii)* o dolo e a culpa nos ilícitos administrativos ao amparo da teoria da conduta do direito penal e *(iv)* a imputação subjetiva no direito administrativo positivo, para concluirmos sobre *(v)* a identidade ontológica dos ilícitos administrativo e penal e de uma Teoria Geral da Imputação, para a justiça da persecução pública sancionadora.

#### 3.1 Noções fundamentais sobre a mera *voluntariedade v.s.* a imputação subjetiva, como condicionante para a responsabilização do ilícito administrativo

A *voluntariedade da conduta*, ou a *conduta voluntária*, na Teoria do Ilícito, compreende o agir ou o omitir-se humano consciente. Afigura-se, assim, ao fato de o indivíduo possuir o conhecimento do próprio comportamento, ativo ou omissivo, no exato momento em que se comporta de determinada maneira: o indivíduo age deve ter, no momento da conduta, a consciência que age; o indivíduo que gesticula com os braços, ou que corre ou o que aciona um dispositivo de disparo de arma de fogo deve saber, deve ter a ciência, o conhecimento, no momento de suas ocorrências, de que realiza essas condutas. Nisso, os atos reflexos, ou os decorrentes de sonambulismo, ou de convulsões não autoprovocadas ou esperadas pelo sujeito, não são abarcados pelo conceito de conduta voluntária, de *voluntariedade*.

Sob o mote desse conceito, duas fases ou etapas do elemento de ânimo da conduta (elemento subjetivo anímico do autor da conduta) podem ser aferidos: *(i)* o agir voluntário ou involuntário e, em seguida, *(ii)* o agir doloso ou culposo<sup>18</sup>, ou seja, se o indivíduo obrou com *voluntariedade* e se essa *voluntariedade* foi *dolosa* (permeada pela consciente do nexos causal entre a conduta e o resultado da conduta, e pela vontade de alcançar o resultado por meio da conduta praticada) ou *culposa* (ter o sujeito se comportado com imprudência, com imperícia ou com negligência)<sup>19</sup>.

A *Teoria Clássica* da Conduta do Direito Administrativo, importada do direito penal italiano<sup>20</sup>, amplamente

<sup>17</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 259 e ss.

<sup>18</sup> VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 43-44.

<sup>19</sup> VITTA, Heraldo Garcia, *op. cit.*, p. 43-44.

<sup>20</sup> CARRARA, Francesco, *op. cit.*

difundida no direito brasileiro<sup>21</sup> e de origem próxima do direito português<sup>22</sup>, entende (ora isolada, ora sob o aporte da necessidade de avaliação do *elemento físico*, do *elemento moral* e do *elemento legal* – *Teoria Tripartida da Conduta*) ser suficiente, apenas, a *voluntariedade* da conduta para a configuração do ilícito administrativo. Para a Teoria Tripartida da Conduta, mormente em sua completude idealizada por Francesco Carrara<sup>23</sup>, o *elemento moral* comporta uma avaliação, ao menos incipiente, acerca do dolo e da culpa do agente infrator – o que denominou o autor de *livre-arbítrio* –, ao passo que a *Teoria da Conduta Simplificada, ou à brasileira*, dispensa qualquer aferição sobre a ocorrência de dolo ou culpa para a constatação o *elemento moral da conduta*, satisfazendo-se, apenas, com a avaliação de *exigibilidade ou não de conduta diversa*: sendo exigível do agente uma conduta diversa da que deu azo ao resultado ilícito, será ele passível de responsabilização pela infração administrativa. Com efeito, essa última teoria arraiga-se nas primeiras noções de livre-arbítrio, desprovidos de qualquer perquirição, inicial que seja, sobre a existência de dolo ou de culpa a permear a conduta que deu azo ao resultado faltoso.

Por seu turno, a *Teoria Constitucionalizada da Conduta*, do direito administrativo sancionador, influenciada pela filosofia pós-positivista e pelas teorias do direito penal alemão<sup>24</sup>, italiano<sup>25</sup> e argentino<sup>26</sup> contemporâneos, e já bastante amadurecida em sua aplicação notadamente no direito sancionador e no direito administrativo sancionador do direito espanhol<sup>27/28</sup> e do direito francês<sup>29</sup>, deixa a *exigibilidade de conduta diversa* para outra etapa de sopesamento e entende necessária a aferição não somente da voluntariedade, mas, também, a perquirição sobre a ocorrência de dolo ou de culpa na conduta do agente, para a configuração do ilícito administrativo e, destarte, para a sua responsabilização<sup>30</sup>.

A conduta, descrita no verbo previsto na tipificação da infração administrativa, somente é verificada se composta pelo dolo ou pela culpa do agente. Requer, assim, a imputação sobre a condicionante da avaliação subjetiva, anímica, de ter o agente obrado com dolo ou com culpa. Esta é a definição do conceito da Teoria da Imputação Subjetiva que, todavia, compões uma teoria maior, qual seja, a Teoria do Direito Administrativo Sancionador Constitucionalizado.

Essa teoria sustenta-se nas premissas de que não há a possibilidade de juízo de reprovação de qualquer elemento moral da conduta desprovido da detida análise da imputação subjetiva, fundamentada na avaliação

<sup>21</sup> Cf. CAVALCANTE, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961; \_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo**. Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964, p. 91-117; \_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. IV; \_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo**. Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. V; MENEGALE, J. Guimarães. **O estatuto dos funcionários**. Vol. II. São Paulo: Forense, 1962, p. 518; CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil: processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 117-202; e \_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo: teoria do direito administrativo**. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 185-226.

<sup>22</sup> Cf. CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977; e \_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1998.

<sup>23</sup> CARRARA, Francesco, *op. cit.*

<sup>24</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Bosch, 1972; \_\_\_\_\_. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997; \_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; \_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega Universidade, 2004; e \_\_\_\_\_. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 23. N.º 1, jan/mar 2013, p. 07-43.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.

<sup>26</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 1998.

<sup>27</sup> Cf. LLOBREGAT, José Garberí. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. I, Barcelona: Editorial Boch, 2012; \_\_\_\_\_. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012; NIETO, Alejandro, *op. cit.*; e ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 16. ed. Madrid: Civitas, 2013; e \_\_\_\_\_. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013.

<sup>28</sup> Cf. no direito administrativo sancionador brasileiro: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; e Bacellar Filho, Romeu Felipe, *op. cit.*

<sup>29</sup> DORD, Olivier. **Droit de la fonction publique**. 2. ed. Paris: Thémis droit – Puf, 2007; CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. **Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique**. Vol 1. Paris: Dallos, 2012; \_\_\_\_\_. **Les sanctions en droit contemporain: la motivation des sanctions prononcées en justice**. Vol 2. Paris: Dallos, 2013; BENESSIANO, William. **Légalité pénale et droits fondamentaux**. Marseille: Universitaires D'aix-Marseille, 2011.

<sup>30</sup> Cf. NIETO, Alejandro, *op. cit.*, p. 339 e 341.

desses dois elementos anímicos (dolo ou culpa) da psiquê humana no cerne da conduta concebida como ilícita ou infratora – avaliação do dolo ou da culpa no agir ou no omitir-se concebido como proibição ou dever afeto ao particular administrado. Afasta-se, com isso, a possibilidade de responsabilidade objetiva no âmbito do direito sancionador e punitivo público do Estado. Acompanhamos essa última corrente.

### 3.2 A conduta voluntária (voluntariedade) e sua insuficiência para a caracterização do elemento subjetivo do ilícito administrativo

Para os agentes que atuam em funções relacionadas ao direito administrativo, especialmente os responsáveis pelo controle da disciplina interna do serviço público, a exemplo de membros de comissões de disciplina, de pareceristas que externam sua opinião sobre os trabalhos do colegiado e de autoridades encarregadas pela decisão do processo (autoridade julgadora), a constatação de uma infração administrativa, e, por consequência, a penalização da pessoa física ou jurídica, pode envolver questões técnico-jurídicas profundas, que, mal empregadas, afastam o ato administrativo punitivo do ideal de justiça que deve permear, também, os meandros da Administração.

Nessa seara, ponto relevante diz respeito à natureza da conduta do agente acusado em sede administrativa, quanto ao fato de ser necessária, apenas, a voluntariedade (conduta voluntária) ou, também, carecer ela de dolo ou da culpa, para a constatação de um dos requisitos do fato típico administrativo que dará azo à imputação e consequente responsabilização.

A doutrina clássica de direito administrativo sustenta que, para a caracterização do ilícito administrativo, basta que o agente obre, aja ou se omita, de forma a desrespeitar os ditames proibitivos legais, imbuído de voluntariedade, dispensando-se qualquer análise acerca da existência de dolo ou culpa em seu íntimo motivador<sup>31</sup>.

Outra corrente que se vem firmando no direito brasileiro sustenta que a voluntariedade somente seria aceita como condição subjetiva do ilícito administrativo para as infrações leves, ao passo que, para as infrações médias, graves e gravíssimas, as análises do dolo e da culpa seriam necessárias, para a válida imputação e responsabilização do particular<sup>32</sup>.

Nisto, uma e outra afirmam diferir, dentre outros pontos, o ilícito administrativo do ilícito penal<sup>33</sup>, uma vez que este, em seu viés de “delito”, não prescinde da análise subjetiva do dolo ou da culpa (nos tipos assim previstos), para a constatação de conduta criminosa. Em outras palavras: para a existência de crime (como primeiro elemento do fato típico, qual seja: a conduta permeada pelo elemento subjetivo), é necessário ter o sujeito ativo, autor, agido com dolo ou culpa, ao passo que, para a infração administrativa, dispensam-se, como pré-requisitos, o dolo e a culpa, e conformam-se somente com a voluntariedade do agente acusado. Busca-se, assim, aplicar as mesmas regras de subsunção pertinentes às contravenções penais, as quais têm como elemento do tipo, para a imputação subjetiva, apenas a voluntariedade (elemento moral, referido por Carrara, importante representante da Escola Clássica de Direito Penal), dispensando-se a intenção – dolo ou culpa<sup>34/35</sup>.

<sup>31</sup> Cf. CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977; e \_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998.

<sup>32</sup> Cf. COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999; \_\_\_\_\_. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. Belo Horizonte: Fórum, 2004; \_\_\_\_\_. **Direito disciplinar: temas substantivos e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; \_\_\_\_\_. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009; \_\_\_\_\_. **Processo administrativo disciplinar: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>33</sup> Nesse sentido, Themistocles Brandão Cavalcanti, em sua obra: **Tratado de Direito Administrativo**, 1964, p. 423, escreve que “as diferenças são evidentes entre a falta disciplinar e o crime, bem como entre as sanções que lhes são correspondentes, mas a verdade é que não somente o próprio direito penal segue um movimento evolutivo no sentido do direito disciplinar, procurando unificar as doutrinas sobre o direito repressivo, como também, dentro do direito penal, vão se diferenciando, isolando-se dentro de um corpo autônomo de regras jurídicas, as medidas de segurança, as medidas de polícia e as contravenções”.

<sup>34</sup> LCP: “Art. 3º. Para a contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender de um ou de outra, qualquer efeito jurídico”. (Decreto-lei 3.688/41).

<sup>35</sup> Bento de Faria, em sua obra: **Das Contravenções Penais**, p. 24, comentando o elemento subjetivo para a caracterização da

Uma outra corrente ainda, mais recente, vem-se posicionando na questão de somente a voluntariedade, isoladamente, não ser suficiente para a caracterização do ilícito administrativo, devendo o intérprete e aplicador do direito perquirir se pessoa particular, administrada, obrou ou se omitiu com dolo ou com culpa. Nesse sentido J. Guimarães Menegale já ensinava que “*nem sempre a consciência do fato induz a consciência da falta. É possível, pois, haver ou não haver dolo, e cumpre, em todos os casos, certificá-lo*”<sup>36</sup>.

Mas o que é uma conduta humana voluntária? Ou uma conduta humana movida pelo dolo ou pela culpa? A expressão “conduta humana”, conquanto “instituto ou categoria jurídica” pode ser conceituado como o agir ou o omitir-se por parte de determinado autor ou autores (casos de coautoria). Essa conduta pode ser “meramente voluntária” ou “finalisticamente direcionada”, ocasião em que é composta de elementos subjetivos específicos que a caracterizam.

A *conduta humana finalisticamente direcionada*, dividida em conduta dolosa e conduta culposa, pode-se resumir no agir ou omitir-se de determinado autor, movido pela *consciência* e pela *vontade* de produzir determinado resultado. Consciência de que, com sua conduta, poderá alcançar determinado resultado, ou seja, conhecimento da relação de causa e efeito entre a conduta (comissiva ou omissiva) e o resultado, querendo esse mesmo resultado (dolo direto) ou assumindo o risco de o produzir (dolo indireto eventual). Normativamente, aceitam-se a imprudência, a imperícia e a negligência (modalidades de conduta culposa) como integrantes de uma finalidade normativa direcionada ao resultado danoso.

A *conduta humana voluntária* pode ser resumida como o “agir” ou o “omitir-se” de determinado sujeito ativo, de *forma espontânea* ou de *forma provocada*, sem, contudo, ter esse agente previsto, devido prever ou querido o resultado danoso proibido pela norma estatutária de comportamento. Com esse conceito, afere-se que o simples “comportar-se” de modo “voluntário”, ou seja, não reflexo ou não impulsionado fisicamente (coação física – *vis absoluta*) faz incidir a responsabilização, em primeira aproximação, de seu autor, acaso constatada a ausência de excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Com efeito, para essa corrente doutrinária, por mais que o agente tenha sido diligente e responsável, primando por agir dentro dos limites da lei e sob o seu amparo, porém tendo dado azo a dano ao serviço público e sendo esse dano decorrente dessa conduta (nexo causal), ficará passível de responsabilidade administrativa.

À vista do exposto, os elementos do fato típico administrativo seriam (i) a conduta (ação ou omissão) voluntária, (ii) o resultado, (iii) o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado e (iv) a previsão legal para a punição.

Há, ainda, autores nacionais e estrangeiros que dispensam qualquer modalidade de resultado material (de dano ou de perigo), contentando-se, para a aferição de um fato típico em sede administrativa, somente com (i) a conduta (ação ou omissão) voluntária e (ii) a previsão legal para a punição (resultado jurídico), assentando que, havendo em diploma normativo a previsão de punição, dispensam-se a ocorrência de resultado material e o nexo causal entre a conduta e esse resultado, sendo estes, subentendidos (ilícito de perigo abstrato) no próprio preceito sancionador ou meramente irrelevantes para o direito punitivo do Estado<sup>37</sup>.

---

contravenção penal e após fazer distinção qualitativa e quantitativa entre crimes e contravenções, afirma que “A – intenção –, direta ou indireta, exigida para a integração do delito – doloso ou culposo, não define, entretanto, o elemento **moral** ou **psicológico**, em se tratando de – contravenção. Criação política, ela se verifica tão-somente pela simples infração da lei, independentemente da – intenção criminosa. Seu – elemento moral é, portanto, expresso tão somente pela – **voluntariedade do fato** (ação ou omissão)” (FARIA, Bento de. **Das contravenções penais**. Rio de Janeiro: Récord, 1958).

<sup>36</sup> MENEGALE, J. Guimarães. **O estatuto dos funcionários**. São Paulo: Forense, 1962. v. II.

<sup>37</sup> Cf. COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999; \_\_\_\_\_. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. Belo Horizonte: Fórum, 2004; \_\_\_\_\_. **Direito disciplinar: temas substantivos e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; \_\_\_\_\_. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009; \_\_\_\_\_. **Processo administrativo disciplinar: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil: processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962; e SANDULLI, Aldo M. **Manuale di diritto amministrativo**. XV ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1989. v. 1.

Sem embargo, trata-se de nítida responsabilidade objetiva pelo simples fato de o potencial autor do ilícito gozar de uma relação especial de sujeição para com o Estado-administração, à medida que ostenta a qualidade de particular submetido à relação de sujeição para com o Estado-administração e tenha querido (voluntariedade) praticar e, de fato, tenha praticado determinado ato.

A doutrina clássica tem apresentado resistência à adoção de um posicionamento mais garantista, que tenha, como fundamento, não apenas a apuração formal da falta funcional, mas também a tutela dos direitos e garantias fundamentais da pessoa particular que se relaciona com o Estado-administração, o que seria plenamente possível com a aceitação ou transposição das teorias do delito para o campo do direito administrativo sancionador, a exemplo da aplicação da Teoria da *Conduta Humana Finalisticamente Direcionada* para a caracterização do fato que dê azo ao resultado administrativo típico.

Para essa teoria, a finalística (originária dos estudos do penalista Hans Welzel<sup>38</sup>), o fato típico administrativo, a exemplo do fato típico de direito penal, seria composto de conduta (ação ou omissão, dolosa ou culposa), resultado jurídico ou naturalístico, nexos causal entre a conduta e o resultado e tipicidade (previsão normativa e taxativa do fato e seus contornos proibitivos).

De plano, ficaria afastada a responsabilidade objetiva, em prol de uma imputação subjetiva, percussora (de forma a garantir uma acusação justa e uma responsabilização segura) da análise da culpa (imperícia, imprudência e negligência) ou da análise da consciência e da vontade (previstos o resultado e o seu nexos causal) de se obter esse resultado ou assumir o risco de o produzir (dolo).

Verificamos que essa segunda teoria é plenamente aplicável em sede de direito penal, e a primeira teoria possui amplo espaço de aplicação em direito administrativo. No entanto, ponto relevante de distinção entre os regimes jurídicos penal e administrativo, que possa justificar a utilização estanque, seccionada, de uma e outra teoria, deve ser considerado, qual seja o fato de, no direito penal, haver a previsão positivada de necessidade de análise dos elementos subjetivos (dolo e culpa), para a caracterização da conduta típica penal (art. 18, parágrafo único do CPB), ao passo que os ordenamentos jurídicos administrativos de natureza punitiva, malgrado sua não codificação, não fazem qualquer previsão, em norma específica, de tal necessidade para a caracterização do ilícito<sup>39</sup>.

Pode-se aferir que o direito penal, como modo de propiciar maior garantia ao acusado, passou a prever de forma expressa em seu sistema jurídico que, para a imputação, imprescindível se faz a prova de ter o agente obrado, ao menos, com dolo (ou culpa, se o tipo penal assim a preveja).

Com isso, poder-se-ia interpretar que, para se dispensar maior garantia ao agente acusado de prática de qualquer ilícito (penal, administrativo, tributário, civil etc.), seria necessária a previsão normativa que descrevesse os contornos e alcance desse benefício e, quando isso não ocorresse, poder-se-ia responsabilizar o agente por mera voluntariedade de sua conduta que dera azo ao resultado danoso ou ofensa à norma proibitiva.

À vista do exposto, importante anotar as seguintes indagações: (i) Na ausência de preceito legal que vincule a existência do ilícito à constatação de ter o indivíduo agido com dolo ou culpa, o ordenamento, mesmo que assim não disponha, pode ser interpretado a ponto de dispensar esses elementos subjetivos e aceitar somente a “voluntariedade” para essa constatação? (ii) Há previsão legal indireta, construtivista, de necessidade de constatação dos elementos subjetivos (dolo ou culpa), para a caracterização do ilícito administrativo?

Quanto ao primeiro questionamento, importante entendermos os contornos e alcance subjetivos de uma

<sup>38</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*

<sup>39</sup> Cf. LLOBREGAT, José Garberí. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. I, Barcelona: Editorial Boch, 2012; \_\_\_\_\_. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012; NIETO, Alejandro, *op. cit.*; e ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 16. ed. Madrid: Civitas, 2013; \_\_\_\_\_. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013; OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; e Bacellar Filho, Romeu Felipe, *op. cit.*

(a) conduta voluntária, para, posteriormente, nos determos à análise das condutas (b) dolosas e (c) culposas.

O ser humano pode se comportar de forma espontânea ou voluntária, omissiva ou comissiva, e estas, ainda, motivadas pelo dolo (consciência e vontade) ou pela negligência, imperícia ou imprudência (culpa em sentido estrito).

O dolo, como dito, é composto por dois elementos: a *consciência* do resultado e do nexa causal entre a conduta e o resultado e a *vontade* de produzir esse resultado por meio da conduta e do nexa causal. A culpa compõe-se, em linhas gerais, pela negligência, pela imprudência e pela imperícia, como formas de condutas.

Destarte, poderemos ter as seguintes variações de condutas humanas: (1) sem imputação subjetiva, sendo (1.a) conduta espontânea comissiva ou omissiva; e (1.b) conduta voluntária comissiva ou omissiva; e ainda (2) com imputação subjetiva, sendo (2.a) conduta espontânea comissiva ou omissiva e dolosa ou culposa; e (2.b) conduta voluntária comissiva ou omissiva e dolosa ou culposa.

Importante analisar os principais casos de conduta para aferir a partir de qual grau pode-se considerar o ilícito imputável subjetivamente ao agente<sup>40</sup>.

*Conduta espontânea comissiva ou omissiva.* Será espontânea a conduta quando a motivação do agir tiver partido inicialmente do íntimo do próprio agente, sem influência externa relevante e comissiva, quando essa conduta for um agir, proativo, um atuar concreto, a exemplo de o agente realizar uma tarefa ou um ato qualquer. Desse modo, pode ser resumido pelo verbo “realizar”. O aspecto omissivo da conduta espontânea contrapõe-se ao verbo realizar, pelo agente, quando este der causa a determinado resultado sem que tenha agido proativamente para esse resultado. O agente realiza o resultado, sem, contudo, realizar uma ação.

*Conduta voluntária comissiva ou omissiva.* Caracteriza-se como uma conduta que prescinde da ideia inicial de seu agente, bastando, para tal, que seja realizada por ele, mesmo que a vontade de realizar a conduta tenha sido incutida em sua mente por terceira pessoa. Nesse ponto, a conduta voluntária não precisa ser espontânea, desprovida de qualquer motivação externa direta. A conduta voluntária omissiva caracteriza-se por um não agir, levado a efeito pelo indivíduo, independentemente de esse “não fazer” ter sido ou não, fomentado por uma terceira pessoa. Nisso, importante constatar que a conduta voluntária engloba, por si só, a conduta espontânea, à medida que, em ambas, a vontade deve estar livre de coação absoluta. Logo, na conduta espontânea, o indivíduo age ou se omite sem uma inspiração externa direta, mas, sim, e, também, voluntariamente, à medida que se conduz sem a influência de *vis absoluta* (coação física). Com efeito, conduz-se voluntariamente tanto quem se porta de forma espontânea quanto quem se porta de forma voluntária propriamente dita.

Quanto às demais formas de conduta, com vistas à aferição do conceito, basta, somente, acrescentar os elementos do dolo, consciência e vontade, para as condutas dolosas, e a negligência, a imperícia ou a imprudência, para as condutas culposas<sup>41</sup>.

Um exemplo de *conduta voluntária comissiva*, que pode gerar dúvida acerca da responsabilização do autor da conduta permite ser aferido no âmbito do regime administrativo disciplinar (regime de direito administrativo sancionador *interna corporis*). Nesse regime peculiar do direito sancionador, formula-se a seguinte questão: o chefe de repartição determinou, por meio de ato administrativo formal, a dois peritos servidores públicos, a realização de exame pericial em objeto encontrado em local suspeito. No momento da realização da perícia, o objeto periciado explode e causa lesão corporal nos servidores envolvidos. Acrescente-se ao exemplo o fato hipotético de o exame pericial ser facultativo, ou seja, a sua realização não ser obrigada por lei, e o fato de autor da ordem desconhecer eventual possibilidade de resultado danoso decorrente da perícia.

Diante desse panorama hipotético, indaga-se: o chefe da repartição deveria ser responsabilizado discipli-

<sup>40</sup> Cf. SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: José Confino, 1947. t. I.

<sup>41</sup> SIQUEIRA, Galdino, *op. cit.*

narmente, por ter agido voluntariamente e, no exercício da função e em razão dela, ter dado causa à lesão corporal aos outros demais servidores?

Em primeira aproximação, verificamos que o chefe da repartição, autor da ordem que dera azo ao resultado danoso, agiu (conduta comissiva) por vontade própria, livre e desimpedida (conduta voluntária e espontânea), sem dolo ou culpa, pois sequer possuía a possibilidade ou o dever de prever qualquer resultado físico danoso decorrente da realização do exame pericial.

Se entendermos, conforme colocado, que não houve dolo ou culpa, devemos, também, inferir que o autor da ordem não possuía a vontade de provocar o resultado danoso conforme ocorreu, nem assumiu tal e, tampouco, não possuía a consciência (conhecimento) da relação causal entre sua ordem e esse resultado. Do mesmo modo, afastadas estarão a negligência, a imperícia ou a imprudência de sua ordem.

Diante dessas constatações, se concordarmos que, no exemplo acima, esse agente deve ser responsabilizado disciplinarmente por seu ato, aceitaremos, por corolário, como pré-requisito da ocorrência do ilícito disciplinar, quanto ao aspecto subjetivo anímico de sua motivação, o seguinte elemento apenas: a voluntariedade da conduta (a suficiência de uma conduta voluntária). Seria irrelevante, para o direito administrativo disciplinar, o fato de a conduta ser (i) comissiva ou omissiva ou mesmo espontânea (e nesse ponto concordamos) e (ii) ter o agente obrado com dolo ou culpa e, inevitavelmente, aceitaríamos uma forma de responsabilidade objetiva, como suficiente para a imputação e sanção disciplinar.

Quanto à segunda indagação, inicialmente formulada, acerca da existência ou não, de previsão legal indireta que imponha a análise do dolo e da culpa, para a imputação pessoal do ilícito, importante destacar que no atual modelo de Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais devem ser elásticos para abarcar não somente as relações jurídicas formadas entre o Estado e o indivíduo<sup>42</sup>, assim considerados os residentes ou domiciliados no Brasil ou em trânsito no território nacional, mas, sim, para englobar as relações privadas, onde o Estado não se faz presente de forma direta (eficácia horizontal do direito privado), e as relações que envolvem o Estado internamente, em suas relações institucionais, a exemplo das relações especiais de sujeições entre Estado e servidor público<sup>43</sup>.

Com efeito, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, art. 1º, III, da CF/88, motiva a interpretação construtiva, evolutiva, da cláusula do devido processo legal, em seu aspecto substantivo, art. 5º, LVI, da CF/88, para fazer transpor as teorias garantistas do direito penal, especialmente as teorias do delito, a exemplo da necessidade de imputação subjetiva (dolo e culpa), como requisito lógico e obrigatório do ilícito disciplinar e de todo e qualquer ilícito de direito administrativo sancionador, para que o resultado do apuratório esteja em harmonia com os ditames da justiça do direito e da certeza do direito, valores suprapositivos que se fazem presentes em todas as sociedades, como orientadores da positividade jurídica e de sua interpretação e aplicação.

## 4 O dolo e a culpa nos ilícitos administrativos ao amparo da Teoria da Conduta Originária do Direito Penal

O tema ora apresentado, longe de ser pacífico em nossos tribunais e doutrina – em que pese também pouco enfrentado –, consiste na divergência quanto à necessidade de se analisarem os elementos subjetivos do ilícito – dolo e culpa –, para se aferir a responsabilidade do particular submetido à relação jurídica de direito administrativo sancionador.

<sup>42</sup> Bacellar Filho, Romeu Felipe, *op. cit.*

<sup>43</sup> VALENTINI, di Federico. Il rapporto tra diritto penale e diritto amministrativo in punto di sanzioni. “Ne bis in idem” ed “equo processo” alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo. **Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo**. L’Aquila:Università degli studi di Aquila, n. 12, 2015, p. 02-36.

A conclusão pela imputação ilícita é pressuposto da aplicação da sanção, e esta constitui o ato pelo qual a autoridade julgadora, valendo-se do teor do procedimento, sujeita o particular ao experimento de situação desfavorável descrita no ordenamento jurídico como consequente de uma descrição fática, decorrente do reconhecimento da realização de conduta prescrita como ilícita (conceito formal) e ofensora a bens e princípios relevantes para a Administração Pública e a seus fins (conceito material)<sup>44</sup>.

A imputação pode, assim, ser entendida como uma *síntese* dentro de um silogismo lógico-jurídico, onde a notícia do ilícito (e a portaria exordial) é a *tese*, e a instrução procedimental, a *antítese*.

Nessa realidade afeta ao reconhecimento da conduta faltosa, a doutrina<sup>45</sup> e jurisprudência tradicionais têm-se inclinado pela desnecessidade de inferência acerca do elemento subjetivo, alegando a não vinculação dos institutos jurídicos sancionadores do serviço público às teorias de direito penal<sup>46/47</sup>.

Com efeito, o resultado obtido por meio de procedimento administrativo em contraditório (sindicância punitiva ou processo administrativo, vigas materiais do devido processo legal em sede de Administração Pública) pauta-se por uma série de teorias oriundas do sistema jurídico-administrativo, possuidor de regras, postulados aplicativos e princípios específicos<sup>48</sup>.

Assim, autorizada doutrina, com fundamento nos ditames de que o direito administrativo apresenta regulação especial e, com efeito, regime jurídico próprio, tem sustentado de longa data a distinção entre o *iter* intelectual a ser percorrido para se chegar às imputações penal e administrativa. Defende-se, com essa argumentação, que a imputação administrativa prescindiria da análise da imputação subjetiva, conformando-se tão somente com a análise da voluntariedade da conduta do agente acusado em sede administrativa sancionadora.

Em que pese a farta aplicabilidade em todos os níveis de serviço público, tal entendimento é fruto de uma interpretação equivocada da *doutrina clássica penal* difundida por Francesco Carrara<sup>49</sup>. Esse autor assina-

<sup>44</sup> Sobre os contornos dos bens jurídicos de relevo para o direito penal, cf. ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 23. N.º 1, jan/mar 2013, p. 07-43.

<sup>45</sup> CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977; e \_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1998.

<sup>46</sup> Em decisão conservadora, clássica o Tribunal do Paraná posicionou-se no sentido da prescindibilidade de análise do dolo ou da culpa na conduta do agente público, para a imputação do ato disciplinar: MS 396.471-6. Rel. Des. Clayton Camargo, unân., j. em 18.05.2007, DJ 01.06.2007) “Mandado de segurança. Acórdão 072-DACM que manteve decisão do conselho da magistratura de demissão da serventuária. Alegada nulidade da portaria inaugural. Inexistência. Portaria inaugural que descreve os fatos pormenorizadamente indicando os dispositivos legais objeto da infração. Desnecessidade de indicar o elemento subjetivo relativo ao dolo ou à culpa quando da prática da conduta funcional. Nulidade de ausência de constituição de comissão processante. Desnecessidade. Serventuários da justiça que são regulados pelo código de organização e divisão judiciárias do Estado e Acórdão 7556, do conselho da magistratura. Ordem denegada”. (MS 370.495-6 – Relª. Desª Regina Afonso Portes – unân., j. em 05.02.2007 – DJ 16.02.2007).

<sup>47</sup> Todavia, paulatinamente e de forma tímida, em alguns casos de forma reflexa, os tribunais pátrios vêm mudando o posicionamento, para dar relevância à tipicidade e aos elementos subjetivos do ilícito disciplinar, conforme se infere dos julgados do E. Superior Tribunal de Justiça, abaixo copilados. *In verbis*: **Processo Civil**. Administrativo. Mandado de segurança. Servidora pública federal. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Desídia. Via mandamental escurreita. Decadência afastada. Violação à ampla defesa e ao contraditório não caracterizados. Julgamento de acordo com a prova dos autos. Segurança denegada. “(...) 3 – A via do mandado de segurança não se presta à análise das provas, que somente é possível na via ordinária, onde poderão ser produzidas provas periciais e testemunhais. O presente remédio constitucional é impróprio para tal verificação. Sendo assim, não compete a este Colegiado a valoração das faltas imputadas à impetrante, se insignificantes, se agiu com dolo ou culpa, se foi correta a interpretação na análise das aposentadorias rurais, se submetida à sobrecarga de trabalho, se insuficiente a quantidade de servidores, enfim, se a mesma se comportou de forma desidiosa, sendo, tal exame, de competência exclusiva da Comissão Processante que conduziu o Processo Administrativo. Precedentes (MS 9.116/DF e 7.413/DF). 4 – Conforme entendimento desta Corte, o controle jurisdicional dos feitos administrativos restringe-se à regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem examinar o mérito do ato administrativo (cf. MS 6.861/DF, 6.911/DF, 7.074/DF entre outros). (...) – Segurança concedida”.

<sup>48</sup> Nesse sentido (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25) “Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. Somente se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo”.

<sup>49</sup> CARRARA, Francesco, *op. cit.*



lava que o Estado devia-se valer, para a imputação do resultado e no que se referisse ao aspecto psicológico, da análise da voluntariedade como força moral do delito, que, essencialmente, era permeado pelo dolo ou pela culpa, gerando o que chamou de “livre-arbítrio”.

No entanto, os administrativistas<sup>50</sup> parecem se conformar, somente, com a constatação da voluntariedade, dispensando o dolo ou a culpa, aplicando, de fato, os ensinamentos da escola italiana antecessora, a Escola de Carmignani<sup>51</sup>.

Francesco Carrara, ao publicar seu *Programa do Curso de Direito Criminal*, em meados do séc. XIX, inovou o sistema acusatório, trazendo à análise, como pressuposto da responsabilidade penal, os elementos físico, moral (e dentro desse elemento, declinava a necessidade de análise do dolo e da culpa) e legal da conduta, em completa oposição aos sistemas inquisitoriais vigorantes na Idade Média e defendendo, para os ilícitos penais, a necessidade de análise da vontade dolosa ou culposa.

Constituiu-se num método trifásico de análise da imputação do delito, em que o julgador aferia a ocorrência do fato relacionada a um indivíduo, pessoa física ou jurídica, que agiu voluntariamente, ofendendo a uma lei do Estado (adotou, portanto, o conceito formal de ilícito). Para Carrara, a imputação delituosa somente poderia ser deferida se o juiz concluísse que o acusado (i) agiu (de modo comissivo ou de modo omissivo) e, com esse agir, deu azo ao resultado (elemento físico), (ii) de forma voluntária, com livre-arbítrio (elemento moral), (iii) ofendendo a uma lei que proibisse a conduta (elemento normativo). Fala-se em *imputação física*, em *imputação moral* e em *imputação legal*.

A análise do elemento moral, para a imputação moral, por Carrara, dava-se, como visto, com a inferência do dolo e da culpa, sendo estes os componentes da voluntariedade, decorrente do que classificou de “livre-arbítrio”. No entanto, o equívoco da *doutrina tradicional de direito administrativo sancionador* consiste, exatamente, no fato de se utilizar a Teoria de Carrara e, com efeito, aferir a imputação física, a imputação moral e a imputação legal, sem, contudo, deferir ao elemento moral da imputação a composição por elementos anímicos a par da mera voluntariedade. Destarte, excluem-se do elemento moral o dolo e a culpa, deferindo imputação ao agente com a constatação da mera voluntariedade, distorcendo, arbitrariamente, a garantia de uma responsabilização certa e justa, em prol de uma responsabilidade objetiva.

O próprio conceito formal de delito formulado por Carrara sugere a necessidade de segurança desde o início da imputação, com a vinculação a um tipo legal e, daí, seus efeitos jurídicos corolários.

“O delito civil se define como infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”<sup>52</sup>.

Surge dessa formulação, como dito, a noção de legalidade, apontando a necessidade de segurança jurídica pautada em uma lei promulgada pelo Estado.

Consoante Basileu Garcia<sup>53</sup>, Carrara demonstra a necessidade de imputação pautada em uma lei escrita, Princípio da Legalidade, em que se pode inferir a existência dos demais enunciados corolários desse princípio, quais sejam: *nulla sanctio iuris sine lege praevia*, *nulla sanctio iuris sine lege stricta*, *nulla sanctio iuris sine lege scripta*, *nulla sanctio iuris sine lege certa* e *nulla sanctio iuris sine lege necessariae*, declinando, destarte, que a conclusão sobre a existência do ilícito deve ser feita com base no amparo de uma (i) lei prévia à ocorrência do fato; (ii) que essa lei prévia seja escrita, obstando o uso dos costumes para a tipificação do ilícito; (iii) que essa lei prévia e escrita seja estrita, obstando o uso da analogia para a definição do ilícito, (iv) que essa lei prévia, escrita e estrita seja também taxativa, delimitando de forma pormenorizada, analítica, o que o Estado entende como

<sup>50</sup> Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

<sup>51</sup> CARMIGNANI, Giovanni. **Elementos de derecho criminal**. Madrid: Tecnos, 1979, p. 43-46.

<sup>52</sup> GARCIA, Basileu, *op. cit.*, p. 59.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

ilícito e (*v*) que essa lei prévia, escrita, estrita e certa tipifique, somente, as condutas nocivas ao convívio social, não inibida por outros ramos do direito<sup>54</sup>.

Entre o modelo de Carrara e os novos modelos de conceituação de ilícito da escola alemã, não obstante o reconhecimento de aportes decorrentes do Princípio da Legalidade trazidos por aquela, insta asseverar que o brilhante modelo carrariano, útil no estágio social inicial do Estado Moderno na gênese das dimensões de direitos fundamentais<sup>55</sup>, hoje não abarca todo o plexo de direitos e garantias fundamentais, fruto de um evoluir social iniciado e possibilitado pela mesma fonte constitucional, com o surgimento de valores outros<sup>56</sup>, paulatinamente incorporados aos *codices* humanistas que sucederam a sua época<sup>57</sup>, ao passo que não somente deve o operador do direito aferir se estão presentes as imputações objetiva, subjetiva e pessoal, mas também, *se a conduta ilícita foi inspirada nos elementos subjetivos dolo ou culpa e por eles é composta*, para, somente então, analisar a ilicitude e a culpabilidade do agente, teoria finalista de Welzel, e, com efeito, concluir pela imputação administrativa de ilícito.

A análise do dolo e da culpa deve estar presente quando da análise da própria conduta. Assim, não há de se falar em imputação sem os móveis (consciência, vontade, negligência, imprudência ou imperícia) que levaram o agente a praticar a ação ou omissão.

## 5 Considerações finais

Em linhas finais, conclui-se existir uma intrínseca relação entre punição administrativa do particular, pessoa física ou jurídica, e a eficiência da Administração Pública: sanções administrativas corretamente aplicadas tornam o serviço público mais eficiente (pois corrigem erros de condutas que, de fato, afiguravam-se nocivos à prestação do serviço público e do interesse público, além de cumprir a sua real função educativa), ao passo que sanções públicas mal aplicadas, *e.g.*, decorrentes de má fé ou de erro da autoridade administrativa, mormente no caso de suspender atividades comerciais ou de interesse pessoal de particulares ou obstar ou encerrar atividades privadas, não corrigem erros de condutas, mas, sim, constituem-se no próprio erro de conduta, conquanto obstem contribuir para uma disfunção da engrenagem social.

A decisão equivocada no cerne do direito administrativo sancionador é uma face, o erra no julgar administrativo, perfaz uma atividade dificultadora – mais um óbice, não mais – da prestação de serviços públicos, ofendendo o princípio da continuidade do serviço público.

Os tipos vagos, aberto, indeterminados, plurissignificativos, são uma porta de entrada ao julgamento administrativo equivocado, ao julgamento administrativo ilegal.

Ainda importa anotar que a legalidade da tipificação de qualquer ilícito (a condição de ser ou não legal tipificação da infração administrativa), por apresentar uma *descrição de conduta* imposta ou proibida, implica a necessidade de aferição dessa conduta subsumida à tipificação, o que infere a incontornável aplicação da Teoria da Ação ou da conduta humana não somente obrada com *voluntariedade*, mas, ainda, obrada com dolo

<sup>54</sup> GARCIA, Basileu, *op. cit.*

<sup>55</sup> VASAK, Karel. **The international dimensions of human rights**. Connecticut: Greenwood Press, 1982.

<sup>56</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. **Revista Brasileira de direito Público (RBDP)**, Belo horizonte, Ano 4, n. 14, p. 9-53, jul/set 2006; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 1, 2016, p. 168-191; FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Ano 51, Número 203, jul./set. 2014, p. 143-164; e BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e da Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, Vol. 4, N. 1, p. 207-225, jan/abr. 2017.

<sup>57</sup> Cf. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005; e \_\_\_\_\_. **Direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

ou culpa – elementos subjetivos da conduta, retratados na descrição típico-legal. Disso ainda se infere a plena aplicabilidade do conceito analítico estratificado, bipartido ou tripartido, de ilícito, já desenvolvido no âmbito das teorias do ilícito penal, ao ilícito administrativo.

Com efeito, em um Estado Constitucional de Direito, há de se aceitar, com base na constatação de identidade ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, um núcleo teórico sobre a imputação da conduta infratora como pressuposto da responsabilização do autor do ilícito, que, necessariamente, perpassa pela aferição de teor ou não o agente atuado com dolo ou culpa. Esta aferição do elemento anímico do agente infrator compreende a base da responsabilização subjetiva, caracterizada como pressuposto e elemento central da aplicação de sanções pelo Estado.

## Referências

- ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 23.
- Bacellar Filho, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240: 1-42, Abr./Jun. 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BENESSIANO, William. **Légalité pénale et droits fondamentaux**. Marseille: Universitaires D'aix-Marseille, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. **Revista Brasileira de direito Público (RBDP)**, Belo horizonte, Ano 4, n. 14, p. 9-53, jul/set 2006.
- BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e da Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, Vol. 4. N. 1, p. 207-225, jan/abr. 2017.
- BRASIL, Luciano de Faria. O direito administrativo disciplinar no âmbito do Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 53, p. 89-106, 2004.
- CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1977.
- \_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do direito administrativo e a sindicabilidade do ato discricionário. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, 1, 2016, p. 168-191.
- CARMIGNANI, Giovanni. **Elementos de derecho criminal**. Madrid: Tecnos, 1979.
- CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CAVALCANTE, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas

- Bastos, 1961.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo**. Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v. IV.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo**. Suplemento. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1964. v.
- COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Incidência aparente de infrações disciplinares**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direito disciplinar: temas substantivos e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Processo administrativo disciplinar: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo do Brasil: processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DORD, Olivier. **Droit de la fonction publique**. 2. ed. Paris: Thémis droit – Puf, 2007; CHAINAIS, Cécile; FENOUILLET, Dominique; GUERLIN, Gaëtan. **Les sanctions en droit contemporain: la sanction, entre technique et politique**. Vol 1. Paris: Dallos, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Les sanctions en droit contemporain: la motivation des sanctions prononcées en justice**. Vol 2. Paris: Dallos, 2013.
- ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 16. ed. Madrid: Civitas, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013.
- FARIA, Bento de. **Das contravenções penais**. Rio de Janeiro: Record, 1958.
- FERNANDES, André Dias. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Ano 51, Número 203, jul./set. 2014, p. 143-164.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: RT, 2002.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. I, t. I.
- LISZT, Franz Von. **La teoria dela scopo nel diritto penale**. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2005.
- LLOBREGAT, José Garberí. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. I, Barcelona: Editorial Boch, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Derecho administrativo sancionador práctico**. Vol. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENEGALE, J. Guimarães. **O estatuto dos funcionários**. Vol. II. São Paulo: Forense, 1962.
- NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natsche-

radetz. Lisboa: Bosch, 1972.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal:** parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Tradução e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal.** Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega Universidade, 2004.

\_\_\_\_\_. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** Ano 23. N.º 1, jan/mar 2013.

\_\_\_\_\_. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal.** Ano 23. N.º 1, jan/mar 2013, p. 07-43.

Sandulli, Aldo M. **Manuale di diritto amministrativo.** XV Edizione. Napoli: Jovene, 1989. v. 1.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: José Confino, 1947. t. I.

VALENTINI, di Federico. Il rapporto tra diritto penale e diritto amministrativo in punto di sanzioni. “Ne bis in idem” ed “*équo processo*” alla luce delle pronuncie della Corte europea dei diritti dell’uomo. **Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo.** L’Aquila:Università degli studi di Aquila, n. 12, 2015, p. 02-36.

VASAK. Karel. **The international dimensions of human rights.** Connecticut: Greenwood Press, 1982.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo:** teoria do direito administrativo. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1966.

WELZEL, Hans. **Direito penal.** Tradução de Afonso Celso Resende. Campinas: Romana, 2003.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** São Paulo: RT, 1998.

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**A insuficiência de tributação  
como fundamento para o  
afastamento da reserva do  
possível na garantia do mínimo  
existencial e da dignidade  
humana**

The insufficiency of taxation to  
remove the clause of possible  
reserve related to existential  
minimum and the human  
dignity

Dione J. Wasilewski

Emerson Gabardo

# A insuficiência de tributação como fundamento para o afastamento da reserva do possível na garantia do mínimo existencial e da dignidade humana

## The insufficiency of taxation to remove the clause of possible reserve related to existential minimum and the human dignity

Dione J. Wasilewski\*\*

Emerson Gabardo\*\*\*

### Resumo

O artigo objetiva discutir a invocação da reserva do possível para o Estado se eximir de obrigações relativas ao mínimo existencial e à dignidade humana em situações em que não exerce todo o poder tributário. Adota o método teórico-descritivo, com abordagem dedutiva das proposições, análise de doutrina e tratativa suplementar com dados concretos selecionados. Afirma que o Princípio da Solidariedade Social impõe o equilíbrio entre o dever de prestar e o direito de cobrar como um condicionante para a legitimidade da atuação estatal. Descreve o mínimo existencial e a dignidade humana e defende que suas prestações constituem direitos que integram as expectativas legítimas dos cidadãos em face do Estado. Adota como hipótese que a “cláusula da reserva do possível”, ou mesmo o “déficit orçamentário”, não pode ser utilizada indiscriminadamente pelo Estado como argumento para o Poder Público se escusar de implementar obrigações inerentes a direitos fundamentais. Ademais, propõe que a insuficiência da tributação, definida como o não exercício do poder tributário em sua máxima extensão, é uma das causas do déficit orçamentário. Conclui ser inconstitucional a negativa de prestações referentes ao mínimo existencial ou que integram a dignidade humana, desde que constatada a insuficiência da tributação. Por consequência, ocorrendo essa situação, torna-se desautorizada a invocação da cláusula da reserva do possível. Apresenta abordagem original ao vincular a reserva do possível ao binômio prestação mínima/tributação máxima, ampliando o debate pela inclusão de ponderações quanto a renúncias tributárias ilegítimas frente às demandas que deixam de ser atendidas pelo Estado.

**Palavras-chave:** Tributação. Mínimo existencial. Dignidade humana. Reserva do possível. Solidariedade.

### Abstract

The article aims to discuss the possibility of the State invoking the clause of the possible reserve to exempt itself from obligations related to the existen-

\* Recebido em 25/04/2020  
Aprovado em 23/11/2020

\*\* Mestranda em Direito na Universidade Federal do Paraná. Auditora-Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil.  
E-mail: dionewasilewski@yahoo.com.br

\*\*\* Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law (EUA/2012-2013). Professor Visitante Sênior na Universidade da Califórnia – UCI (EUA/2020)  
E-mail: emerson.gabardo.br@gmail.com

tial minimum and human dignity in situations in which it does not exercise all its tax power. It adopts the theoretical-descriptive method, with a deductive approach to propositions, analysis of doctrine and concrete data. First, it states that the principle of social solidarity imposes the balance between the duty to provide/ the right to collect as a constraint for the legitimacy of state action. It then describes the content of the existential minimum and human dignity and argues that its benefits constitute rights that integrate the legitimate expectations of citizens in the face of the State. It presents, then, the clause of the possible reserve as a reason for the state shady in implementing these benefits and the insufficiency of taxation, the non-exercise by the State of the tax power to its maximum extent, as one of the causes of budget deficit. It concludes that the negative of benefits that integrate the existential minimum and human dignity when the insufficiency of taxation is unconstitutional, which disallows the invocation of the clause of the possible reserve. The text presents an original approach by linking the possible reserve clause to the binomial minimum provision/ maximum taxation, expanding the debate for the inclusion of arguments regarding illegitimate tax waivers in the face of demands that are no longer met by the State.

**Keywords:** Fiscal Law. Existential minimum. Human dignity. Possible reserve. Solidarity.

## 1 Introdução<sup>1</sup>

As ideias que compõem o sistema jurídico são comunicadas pela linguagem e, como tal, seu conhecimento pressupõe o domínio do significado e do alcance das expressões. Com base nesse enfoque, não há diferença entre o discurso jurídico e o discurso literário, razão pela qual as dificuldades características da interpretação em geral (ambiguidades, obscuridades) são, também, problemáticas para a interpretação jurídica.<sup>2</sup> A produção literária pode ser analisada com base em diversos aspectos. Às vezes, constrói narrativas ou expressa ideias que provocam diferentes emoções em seu leitor. Em outras ocasiões, surpreende o espírito, apenas, pela forma como as palavras são empregadas, pois, para os amantes da linguagem, frases artisticamente construídas são tão capazes de comover quanto as histórias que elas contam. Ao ser vertido em linguagem, o Direito pode, da mesma forma, se revelar em construções que impressionam por sua estética ou pelo seu significado. Certamente, a Constituição da República de 1988 contém essas duas qualidades: tanto está recheada de palavras sonoramente agradáveis e de textos esteticamente irretocáveis, como também se vale dos recursos da linguagem para transmitir ideias que contam uma história de amor, dignidade, desenvolvimento, igualdade e felicidade.

A despeito das semelhanças apontadas, o discurso jurídico distancia-se do discurso literário pela sua função social específica. Embora desejável que seja vertido em linguagem que, a par de ser clara e concisa, revele o domínio do vernáculo, seu objetivo é regular condutas, condicionando o agir de seus destinatários. Nasce de uma contingência, consistente na necessária regulação dos espaços de convivência da comunidade, razão pela qual os recursos linguísticos empregados não buscam, apenas, a adesão do espírito, mas também a disposição para a ação.<sup>3</sup> O discurso jurídico organiza e viabiliza a convivência expondo consensos que passam a ter força prescritiva. A democracia, modelo adotado pela modernidade como critério para sua identificação,<sup>4</sup> estabelece uma relação recíproca entre a sociedade (criador) e o Direito (criatura), que reflete os pactos fun-

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 (Programa CAPES/PRINT).

<sup>2</sup> AARNIO, A. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 4, p. 109-117, 1987. Disponível em: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10903/1/Doxa4\\_07.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10903/1/Doxa4_07.pdf) Acesso em: 19 set. 2019.

<sup>3</sup> Parafraseando Perelman quando busca distinguir o ato de persuadir do ato de convencer. Segundo ele “para quem se preocupa com o resultado, persuadir é mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação”. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTA-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 30.

<sup>4</sup> PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 334-349, 2019.



dantes e a fonte de legitimação dos poderes públicos, que “vem de baixo, e não do alto, do poder político”.<sup>5</sup> Logo, a sociedade que se organiza como unidade política (nação) precede o Estado e a ordem jurídica, estes inaugurados pelo estatuto político (Constituição).

Nesse sentido, a Constituição promulgada em 1988 contém os compromissos que foram firmados pela nação brasileira ao criar o Estado e é também a fonte de legitimidade de sua atuação.<sup>6</sup> Analisando seu texto, o primeiro aspecto a ser destacado é a substituição de um modelo rígido, direcionado à organização dos aparatos do Estado (Constituição de 1967), por um humanizado, que transfere o foco do exercício do poder para a viabilização de uma existência digna aos indivíduos.<sup>7</sup> A despeito de estar centrado na pessoa, e não no poder, estabeleceu um complexo sistema de direitos e deveres entre Estado-cidadão, o que torna evidente o forte papel interventor atribuído ao ente estatal a partir de um modelo social de Estado.<sup>8</sup>

O texto constitucional foi pródigo no emprego de palavras e expressões que comovem pela sua estética e pelo seu significado ao, por exemplo, firmar o compromisso de construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que tem por valores supremos assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Entretanto, a normatividade que caracteriza o discurso jurídico exige que essas expressões promovam alterações efetivas no mundo dos fatos. Para tanto, em contrapartida às responsabilidades atribuídas de forma primária ao Estado, os membros do corpo social também registraram nesse texto as renúncias que estão dispostos a suportar para financiar as ações necessárias a realizá-las.<sup>9</sup> Pode-se dizer, assim, que a Constituição define fins a serem atingidos pelo Estado e meios de que pode dispor para cumprir esse mister, cabendo a ele a tarefa de promover um perfeito equilíbrio entre direitos e obrigações.<sup>10</sup>

A partir desse contexto, emprega-se o método teórico-descritivo para problematizar a possibilidade de o Estado invocar a cláusula da reserva do possível para se eximir de obrigações prestacionais relativas ao mínimo existencial e à dignidade humana. Esses dois critérios foram escolhidos em face da premência de seu atendimento e da necessária universalidade de suas prestações. A cláusula da reserva do possível, por outro lado, recebe destaque em vista da generalidade de sua aplicação e da inadequação do seu conteúdo para muitas delas. Estabelecidos esses parâmetros, por meio de uma abordagem dedutiva das proposições, é realizada análise da doutrina e dos dados que evidenciam a pertinência dos argumentos esposados. O conteúdo do mínimo existencial e das prestações inerentes à dignidade humana são descritos e afirmados como prioritários na atuação estatal. É, então, estudada a cláusula da reserva do possível como argumento para a escusa estatal em deixar de realizar prestações sociais, bem como a insuficiência da tributação como uma das causas de déficit orçamentário que justifica seu emprego. A tributação insuficiente é conceituada como o não exercício pelo Estado do poder tributário em sua máxima extensão, situação cujos critérios de aferição são demonstrados de forma conceitual e exemplificativa em face do sistema tributário nacional. A hipótese que se propõe discutir é: as prestações inseridas nos conceitos de mínimo existencial e dignidade humana constituem direitos não ponderáveis, em face dos quais é inconstitucional a invocação da cláusula da reserva do possível por parte do Estado como justificativa para sua abstenção em garanti-los, no caso em que este não explora todo o poder tributário que lhe foi atribuído pela Constituição.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>6</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 24-32.

<sup>7</sup> GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 170. Ver ainda: GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica do desenvolvimento nacional à luz do estado democrático de direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 118, p. 321-364, jan./jun. 2019. p. 324.

<sup>8</sup> GABARDO, Emerson. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. Belo Horizonte, v. 11, n. 3, p. 283-299, 2019.

<sup>9</sup> COELHO, André Felipe Canuto; BORBA, Bruna Estima. Esperando por uma tributação ideal: o imperativo categórico da capacidade contributiva. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 55-96, jul./dez. 2018.

<sup>10</sup> FARO, Julio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 250-269, 2013.

## 2 A solidariedade como valor essencial do Estado Social e Democrático de Direito

Espera-se que os consensos da comunidade reflitam o que há de melhor na natureza humana,<sup>11</sup> e essa expectativa foi atendida pelo texto constitucional quando incluiu a solidariedade como valor a orientar as decisões do Estado. De fato, (i) ela foi expressamente incluída nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I), (ii) é decorrência lógica do princípio de redução das desigualdades sociais e regionais aplicável à ordem econômica (art. 17º, VII), (iii) bem como pode ser identificada na formatação do sistema tributário nacional, modelo sustentado, majoritariamente, pela imposição de tributos não vinculados a uma atividade estatal (impostos), ou seja, que não representam remuneração por uma prestação realizada diretamente em benefício daqueles que pagam, mas sim a contribuição destes para o financiamento do conjunto das atividades estatais que favorecem a todos.<sup>12</sup>

A solidariedade estabelecida no texto constitucional é fundamento para o exercício dos poderes estatais e elemento de coesão e racionalidade do sistema de direitos e deveres que este texto contém.<sup>13</sup> Serve, portanto, como critério a ser observado em relação à forma como meios (recursos) e fins (prestações) devem ser equacionados. Por conseguinte, qualquer análise quanto à amplitude dos direitos e garantias abrigados pelo texto constitucional deve ser precedida pela definição do alcance e conteúdo desse princípio.

Solidariedade não deve ser confundida com caridade. Caridade é fruto da piedade e, como tal, é um sentimento direcionado àqueles cujo sofrimento promove a compaixão. A piedade implica uma relação de sujeição. A solidariedade, de forma contrária, é uma expressão da razão. Faz com que as pessoas se reconheçam como iguais (por isso não envolve, apenas, uma relação entre fortes e fracos, ricos e pobres), bem como que sejam capazes de identificar o bem que é comum a todos, dispondo-se à ação para a sua realização.<sup>14</sup> Solidariedade também não se confunde com fraternidade. Esta, assim como a caridade, tem origem na doutrina cristã, que adota o termo para designar o laço entre irmãos e irmãs. A fraternidade está além da solidariedade. Esta é o vínculo de uma comunidade, aquela de toda a humanidade.<sup>15</sup>

A solidariedade contém, em si, duas ideias complementares: a primeira, de pertencimento, o sentimento de que não se está só, o sujeito reconhece a si mesmo pela identificação do grupo a que pertence (o trabalhador, o católico, o brasileiro); a segunda diz respeito à compreensão individual dessa condição e de como isso afeta seu modo de viver. É o reconhecimento de que se compartilha da mesma sorte e que se responde, conjuntamente, pelas demandas que foram assumidas como coletivas e transformadas em interesse público pelo sistema jurídico positivo,<sup>16</sup> porque público é o interesse capaz de promover o desenvolvimento do indivíduo que vive comunitariamente.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> ARENDT, Hanna. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. p. 227.

<sup>12</sup> NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 127-132. COELHO, André Felipe Canuto; BORBA, Bruna Estima. Esperando por uma tributação ideal: o imperativo categórico da capacidade contributiva. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 55-96, jul./dez. 2018.

<sup>13</sup> SACHETO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 14-16.

<sup>14</sup> ARENDT, Hanna. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. p. 128.

<sup>15</sup> BORGETTO, Michel. *La notion de fraternité en droit public français: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 3-22. ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 100-101. Sobre a distinção entre solidariedade e fraternidade, ver: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. As raízes cristãs do princípio jurídico da fraternidade e as crises migratórias do terceiro milênio. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 139-153, 2020.

<sup>16</sup> GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

<sup>17</sup> HAEBERLIN, Martín; COMIM, Flávio. Todos e cada um de nós: o interesse público como critério de desenvolvimento humano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 44-67, 2020.

A Constituição da República fez uma clara opção pelo modelo do Estado Social Democrático de Direito ao prever, de forma pródiga, os propósitos que a coletividade deve buscar de forma solidária.<sup>18</sup> Estão contemplados nela todo o rol dos direitos e garantias acumulados nas gerações de direito que se seguiram à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, instrumento que marcou a centralidade do indivíduo na construção da sociedade política.<sup>19</sup> Essa concepção se adéqua ao terceiro critério axiológico indicado por Luigi Ferrajoli como apto a identificar os direitos fundamentais, que consiste no “papel de tais direitos como *lei dos mais fracos*”.<sup>20</sup> Ou seja, a Constituição de 1988 é um documento que centra seu modelo político-econômico na correção de distorções da sociedade civil e do mercado, reduzindo desigualdades e protegendo os grupos vulneráveis — em forte contradição com o sistema jurídico e as práticas políticas do regime autoritário que lhe antecedeu.<sup>21</sup>

O grupo central desses direitos integra o que se convencionou chamar de direitos fundamentais, que têm por “fatos geradores” as necessidades que buscam satisfazer, seja pela imposição de um não fazer ao Estado, seja pela exigência de prestações efetivas por parte deste.<sup>22</sup> Sua incorporação ao texto constitucional consiste em meio de proteção contra duas modalidades de risco: os riscos de flexibilização do *rule of law* típico da democracia liberal e os riscos de deturpação do modelo interventor típico do *Welfare State*. O primeiro grupo é historicamente ameaçado por perspectivas autoritárias e riscos oferecidos por consensos de ocasião,<sup>23</sup> em que a opinião pública prevalece onde deveria prevalecer o espírito público.<sup>24</sup> O segundo grupo é historicamente ameaçado por correntes neoliberais que se pautam no egoísmo como meio de progresso social, bem como análises consequencialistas que desconsideram questões de princípio.

### 3 Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana

A Constituição da República expressa a adesão dos indivíduos a um projeto político coletivo que representa a concepção do mundo adotada pelo corpo social. Essa concepção identifica as finalidades que devem ser atingidas pelo Estado, atribuindo significado ao que se entende por bem comum.<sup>25</sup> O texto normativo é, assim, o instrumento pelo qual a comunidade identifica as necessidades que devem ser obrigatoriamente atendidas pelo Estado mediante a atuação de todos os seus poderes.<sup>26</sup> Nesse sentido, a cláusula do Estado Social e Democrático de Direito aponta como bem comum o conjunto de direitos que resultam da conjugação dos interesses daquela parcela da sociedade que vê no Estado um aparato de segurança a proteger a propriedade privada e o exercício da liberdade individual (Estado de Direito), com a expectativa dos que esperam dele intervenções que provoquem mudanças sociais (Social e Democrático), especialmente pela

<sup>18</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>19</sup> COSTA, Pietro. *Soberania, representação e democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 239-242.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>21</sup> BREPOHL, Marion; GONÇALVES, Marcos; GABARDO, Emerson. As violências do estado de exceção e a defesa da memória contra a invisibilidade dos grupos vulneráveis. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 117, pp. 321-361, jul./dez. 2018.

<sup>22</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105.

<sup>23</sup> Essa necessidade é expressa de forma pontual pela frase que é atribuída a Cromwell por Carl Schmitt: “*There must be a lasting, inviolable rule against the shifting majority decisions of parliament; in every government must reside something fundamental, something like a great charter, which is constant and unchanging*.” SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. United States: Duke University Press, 2008. p. 92.

<sup>24</sup> ARENDT, Hanna. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. p. 286.

<sup>25</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018. p.175. HAEBERLIN, Mártin; CO-MIM, Flávio. Todos e cada um de nós: o interesse público como critério de desenvolvimento humano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 44-67, 2020.

<sup>26</sup> ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015.

promoção de condições para uma existência que contenha o necessário para o pleno desenvolvimento da personalidade.<sup>27</sup>

Do ponto de vista material, os direitos sociais contemplados na Constituição podem ser vistos como formas de defesa dos indivíduos contra riscos inerentes aos mecanismos de mercado,<sup>28</sup> ou, em uma abordagem mais apropriada, como formas de distribuir na sociedade contingências relativas à origem do indivíduo (familiar ou de classe), à ausência de dotes naturais ou à sorte no decorrer da vida.<sup>29</sup> As vantagens juridicamente estabelecidas, sejam naturais, sociais ou herdadas, bem como o mérito, são elementos inafastáveis da vida comum, mas não podem se tornar elementos tirânicos.<sup>30</sup> Ademais, não existe avaliação meritocrática justa em uma sociedade fortemente desigual e que promove a perpetuação geométrica da desigualdade, ao invés de combatê-la. Não é de hoje que se descobriu o quanto é importante a intervenção positiva (estatal e não-estatal) para a correção de desigualdades estruturais que não podem ser relegadas aos ventos da liberdade formal.

A farta incorporação dos direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro foi medida suficiente para institucionalizar formalmente o dever de satisfação das necessidades relacionadas a essas contingências, alçando os indivíduos afetados por elas à condição de titulares de direitos exigíveis em face do Estado Social.<sup>31</sup> Quando confrontado com as condições socioeconômicas do Brasil, o conjunto de prestações compreendidas nesses direitos se mostra bastante ambicioso.<sup>32</sup> Por essa razão, impõe-se o estabelecimento de prioridades em seu atendimento, tomando como ponto de partida aquilo que é essencial: o atendimento das necessidades mais prementes da comunidade, cuja perenidade é capaz de comprometer a estrutura social e a estabilidade política. Essas prioridades podem ser identificadas por meio de dois institutos, amiúde tratados pela doutrina e fonte de numerosos litígios no contencioso: a dignidade humana e o mínimo existencial.

O mínimo existencial está diretamente ligado à melhoria das condições de vida que caracterizam um indivíduo como pobre.<sup>33</sup> Pobreza, afirma Hannah Arendt, é mais que mera privação, consiste em um nível de miséria que desumaniza os homens, convertendo-os de senhores do próprio corpo a escravos de suas necessidades.<sup>34</sup> Embora possa ser considerado, *prima facie*, um conceito vago, seu conteúdo ganha densidade quando confrontado com as carências experimentadas pelos socialmente mais vulneráveis,<sup>35</sup> o que significa dizer que, se é de difícil conceituação no plano das ideias, é de fácil identificação na realidade.

Atualmente, é cediço o elo que existe entre a realização dos direitos sociais e a promoção dos direitos de liberdade. Essa relação se dá em uma codependência facilmente evidenciada quando se trata da satisfação das necessidades compreendidas na ideia de mínimo existencial. É provável que a mais poética análise sobre a relação entre a liberdade e a pobreza tenha sido realizada por Arendt em suas reflexões sobre a Revolução

<sup>27</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 519-532.

<sup>28</sup> STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos Constitucionais da Seguridade Social no Brasil: uma abordagem orientada pelos direitos humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 185-215, jan./mar. 2017. p. 190.

<sup>29</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 116.

<sup>30</sup> SANDEL, Michael J. *A tirania do mérito*: o que aconteceu com o bem comum? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

<sup>31</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. Santa Fé, v. 1, n. 1, p. 93-138, jan./jun. 2014. p. 95-96. POSSAS, Thiago Lemos. Para uma crítica do constitucionalismo social: fragmentos weimarianos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 118, p. 511-571, jan./jun. 2019. p. 566-567.

<sup>32</sup> SAFE COELHO, Diva; PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; DINIZ, Ricardo Martins Spindola. Direitos Fundamentais, dignidade humana e jurisdição constitucional entre laudatórias e inefetividades: paradoxos da experiência constitucional e sua auto-descrição crítica no Brasil. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 59, p. 59-87, abr. 2020. p. 62-69.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 117.

<sup>34</sup> ARENDT, Hanna. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. p. 93.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 122.

Francesa. Segundo ela, o legado conceitual desse movimento de ruptura está diretamente relacionado com o fato de ter incluído, na esfera pública, aqueles que jamais a haviam habitado justamente por não serem livres. Nesse contexto, livres seriam, apenas, aqueles que não carregariam consigo as “preocupações ligadas às necessidades vitais, à sobrevivência física”, conceito que se opõe ao da maioria “movida pelas necessidades diárias”.<sup>36</sup>

Tratando da face oposta dessa realidade social, José Casalta Nabais estabelece uma outra concepção de liberdade. Para ele, o homem solidário, desenhado nos textos constitucionais, tem sua ordem de liberdade limitada pela responsabilidade que pesa sobre ele.<sup>37</sup> Assim, se a liberdade de uns está condicionada à satisfação de suas necessidades básicas, a de outros encontra limites em sua responsabilidade perante o corpo social, de forma que a liberdade de uns se relaciona diretamente à conquista da liberdade de outros. Essa ideia ganha especial significado na atualidade, em que a subjugação da natureza e o desenvolvimento da indústria venceram a escassez de recursos,<sup>38</sup> contexto em que a pobreza deixa de ser um imperativo da vida, para se tornar uma opção política.<sup>39</sup> Ocorre, porém, que a Constituição de 1988 rejeitou essa opção, ao fazer do atraso e da pobreza problemas a serem superados coletivamente.<sup>40</sup>

Dado seu conteúdo, resta claro que a satisfação das necessidades que integram o mínimo existencial é condição para que se classifique qualquer existência como digna. A dignidade é, com efeito, um conceito mais amplo, que supera a salvaguarda “da mera sobrevivência física”, para exigir que sejam proporcionadas alternativas ao indivíduo que estejam além da mera existência.<sup>41</sup> Não fosse assim, nada haveria para distinguir o ser humano de outros seres, tornando despicenda sua adjetivação como humana.<sup>42</sup> Desse modo, estão relacionadas à dignidade humana prestações relativas à igualdade, saúde, segurança, educação, cultura e quaisquer outras necessárias a que o indivíduo possa participar das decisões na vida política, como ser livre e apto a decidir por si mesmo. Ou seja, aquelas que lhe possibilitem compreender e refletir sobre a realidade em que vive e as ações que julga prioritárias na sociedade.<sup>43</sup>

A experiência histórica evidencia que o atendimento desses direitos é tão relevante para a pacificação social e a estabilidade das relações quanto os aparatos de Estado destinados à garantia da liberdade e à propriedade privada. Não é por outro motivo que passaram a merecer proteção constitucional, em dispositivos

<sup>36</sup> ARENDT, Hanna. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. p. 79-86.

<sup>37</sup> NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 31.

<sup>38</sup> Considerando apenas dados nacionais, relatório apresentado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil demonstra que, no período de janeiro a dezembro de 2018, a arrecadação de tributos por ela administrados atingiu o montante de R\$ 1.398.900.000.000,00. BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Análise das arrecadações da Receita Federal: dezembro 2018*. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2018/dezembro2018/analise-mensal-dez-2018.pdf> Acesso em: 26 jun. 2019. Já o IBGE aponta que o Produto Interno Bruto - PIB desse mesmo período foi de R\$ 6.800.000.000.000,00, o que representa um PIB per capita de R\$ 30.548,40. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Produto Interno Bruto – PIB*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php> Acesso em: 26 jun. 2019.

<sup>39</sup> ARENDT, Hanna. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. p. 96. Em 1755, Rousseau já reconhecia essa distinção ao afirmar “Concebo na espécie humana dois tipos de desigualdade: uma que chamo natural ou física, porque é estabelecida pela natureza e consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; a outra que podemos chamar desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e é estabelecida, ou pelos menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios que alguns usufruem em detrimento dos outros, como o de serem mais ricos, mais honrados, mais poderosos que eles, ou mesmo o de se fazerem obedecer por eles”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Porto Alegre: L&PM, 2017. p. 43.

<sup>40</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 121.

<sup>42</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62.

<sup>43</sup> Nesse sentido: “Sobre dois pilares fundamentais repousa a dignidade da pessoa humana: na razão e na liberdade. [...] No ato livre, o sujeito manifesta, no mais alto grau, a sua existência e a possibilidade de sua realização mais plena. Nas decisões concretas, torna-se autor de sua sorte”. ULLMANN, Reinhold Aloysis. *O solidarismo*. São Leopoldo: UNISINOS, 1993. p. 21-22.

a que deve ser atribuída eficácia imediata. Isso significa a necessidade de sua aplicação de plano pelos poderes públicos, refletindo no mundo do “ser” aquilo que está contido no “dever-ser”.<sup>44</sup>

## 4 Uma interpretação constitucional da cláusula da reserva do possível

Especialmente quando se trata de ações com mais evidente caráter prestacional existe o risco de que o Estado busque se furtar ao dever de implementação. E entre as estratégias para legitimar esta omissão, ganha destaque a invocação da cláusula da reserva do possível,<sup>45</sup> termo que abriga uma construção teórica que condiciona a efetividade dos direitos sociais com potencialidade de afetar as finanças públicas à observância da capacidade financeira do Estado. Para Ingo Sarlet e Carolina Zockun, essa cláusula contém uma dimensão tríplice: a disponibilidade fática dos recursos necessários à implementação do direito; a configuração da disponibilidade jurídica dos recursos, que estaria relacionada à observância das regras relativas à tributação e orçamento; e a análise da proporcionalidade e da razoabilidade da prestação.<sup>46</sup> Implica, assim, limites de ordem fática (escassez orçamentária) e jurídica (incidência tributária, proporcionalidade e razoabilidade) como entraves ao reconhecimento dos direitos de prestação pleiteados em sede judicial.<sup>47</sup>

Quando a leitura de um conceito se dá tendo como referência estudos realizados em face de outros ordenamentos jurídicos, há o risco de que o intérprete trabalhe sobre um ordenamento idealizado, distante daquele que é a base de seus interesses.<sup>48</sup> A aplicação da cláusula da reserva do possível como limite de eficácia das normas constitucionais no Brasil é um exemplo dessa espécie de impropriedade. Trata-se de uma construção teórica e jurisprudencial alemã, em um determinado contexto histórico, que foi, posteriormente, “transplantada” para o Brasil.<sup>49</sup> Ocorre, entretanto, que essa importação se realizou de modo distorcido, gerando efeitos que não correspondem ao significado que lhe é atribuído na Alemanha, onde a cláusula foi utilizada, pela primeira vez em 1972, em decisão do Tribunal Constitucional Federal proferida em processo no qual dois estudantes pleiteavam o direito subjetivo de acesso ao curso superior de medicina. Nesse momento, o país vivia as dificuldades resultantes da segunda grande guerra e experimentava uma grande demanda por vagas em determinados cursos superiores. De forma a garantir a manutenção da qualidade dos cursos oferecidos, foi criada a regra *numerus clausus* limitando esse acesso. Nesse contexto, o tribunal decidiu

<sup>44</sup> AGUIAR, Julio Cesar; HABER, Melina Tostes. Controle jurídico das políticas públicas: uma análise a partir dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 70, p. 257-280, out./dez. 2017. p. 266.

<sup>45</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. v. 1. p. 122. Sobre a origem da cláusula da reserva do possível e sua relação com a teoria dos custos dos direitos, ver: BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 213-244, jan./mar. 2014. Também em: SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018. Agregando a essa temática a discussão sobre a natureza dessa cláusula como de regra ou princípio: CASTRO, Matheus Felipe de; ZUCCHI, Renan. “Reserva do possível” como argumento de limitação do Estado de bem-estar social? a Constituição de 1988 e o seu projeto de efetivação dos direitos fundamentais. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 57, p. 84-103, jan. 2019.

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 29-30.

<sup>47</sup> AGUIAR, Julio Cesar; HABER, Melina Tostes. Controle jurídico das políticas públicas: uma análise a partir dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 70, p. 257-280, out./dez. 2017. p. 272-273.

<sup>48</sup> ÁVILA, Humberto. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 81.

<sup>49</sup> Esse termo deve-se, aparentemente, a Alan Watson que, em 1974, publicou a obra *Legal transplants: an approach to comparative law*. CAIRNS, John W. Watson, Walton and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013.

pela inexistência do direito subjetivo a uma vaga, afirmando que os direitos sociais passíveis de serem exigidos do Estado teriam por limite aquilo que seria razoável se exigir da sociedade.<sup>50</sup> Implicaria, portanto, um ajuste das expectativas individuais em relação ao Estado como agente prestacional, reduzindo-as àquilo que seria razoável exigir deste último.<sup>51</sup>

Considerando-se esses termos e o quadro normativo que se extrai do texto constitucional, é de meridiana clareza a impertinência da invocação dessa cláusula para afastar a responsabilidade estatal quanto a prestações que integram o mínimo existencial e a dignidade humana. Por certo, não é possível, em face da literalidade da Constituição e da ética social que ela incorpora, a afirmação de que prestações desta estatura deveriam, ou mesmo poderiam, estar fora do âmbito de expectativas legítimas dos indivíduos em relação aos poderes públicos.

Assim, adere-se à tese defendida por Daniel Wunder Hachem, que reconhece às normas relativas ao mínimo existencial e à dignidade humana a estrutura de regras, contemplando direitos definitivos, não passíveis de ponderação. Esses direitos não são teto máximo, mas um piso mínimo das prestações estatais, que não podem ser sacrificados pela insuficiência de recursos gerada pelo equívoco das decisões relativas à aplicação dos recursos de que dispõe o Estado. Estão, por isso, imunes às restrições decorrentes da cláusula da reserva do possível.<sup>52</sup> Interpretação diversa é inconstitucional – pela afronta ao modelo protetivo de direitos fundamentais claramente estabelecido pela Constituição.

Apesar de se reconhecer a procedência dessa conclusão, ela não esgota as possibilidades de análise do problema, já que não contempla reflexões acerca das causas de restrição do orçamento sob o ponto de vista da origem dos recursos (arrecadação). É fato que essa limitação pode ser decorrência de elementos externos ao Estado, sobre os quais seu poder de controle é bastante limitado. Contudo, existem circunstâncias que estão compreendidas em sua esfera de poder, submetidas à sua vontade, e que, por isso, tornariam ilegítimas alegações de restrições financeiras como justificativa para a negativa de prestações tidas por jusfundamentais.<sup>53</sup> Uma dessas circunstâncias é a tributação insuficiente.

Conforme foi afirmado alhures, o consenso expresso no texto constitucional tem por função promover a pacificação social, viabilizando a coexistência de sujeitos que, pelas contingências da vida, possuem interesses conflitantes. Estabelecido como árbitro entre as possibilidades de uns e as carências de outros, o Estado recebe poderes (de extrair de uns) e deveres (para atender a outros) que, em última análise, constituem o instrumental para a opção ética de redução da distância entre eles.<sup>54</sup> Raciocínio este, aliás, que vale

<sup>50</sup> PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre o constitucionalismo e democracia*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 6-7.

<sup>51</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Ithala, 2016. p. 124.

<sup>52</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 225-226. Também sobre a inadequação das decisões relativas aos gastos públicos e a reserva do possível: NASCIMENTO, Assis José Couto do. O estado da luxúria: a parábola do BMW e a real dimensão do debate sobre a reserva do possível: escassez de recursos ou ordenação de prioridades? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 483-500, 2019. Ampliando a discussão pela inclusão da vedação ao retrocesso: DOTTA, Alexandre Godoy; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Programas sociais, a exclusão social e a vedação ao retrocesso: direitos sociais no Brasil em crise. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 2-22, dez. 2017.

<sup>53</sup> Embora estabelecendo prioridades diferentes das sustentadas neste artigo, uma análise a respeito das medidas de que dispõe o Estado para aumentar sua disponibilidade financeira pode ser vista em: MARINO, Leonardo Romero. Moldando a “reserva do possível” no tempo: a sustentabilidade fiscal como direito difuso fundamental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 170-193, 2015. A respeito dos efeitos da crise econômica sobre a implementação dos direitos fundamentais: CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Os direitos fundamentais em tempos de crise econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 175-198, abr./jun. 2019. DOTTA, Alexandre Godoy; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Programas sociais, a exclusão social e a vedação ao retrocesso: direitos sociais no Brasil em crise. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 2-22, dez. 2017.

<sup>54</sup> KÖCHE, Rafael; BUFFON, Marciano. Economia, ética e tributação: dos fundamentos da desigualdade. *Revista Brasileira de*

não somente para questões econômicas, mas também para questões morais – como no caso das políticas de discriminação positiva em favor de grupos vulneráveis. De todo modo, no tocante ao planejamento financeiro, a Constituição estipula onde os recursos devem ser necessariamente aplicados (gastos obrigatórios) e até onde podem ser extraídos (limites de tributação).

A ponderação entre os interesses de pessoas que se encontram nos polos opostos do binômio prestação/tributação implica, necessariamente, um movimento de transferência de recursos que têm, por efeito imediato, a satisfação de necessidades e, mediato, a redução das desigualdades. Nesses termos, resta evidenciada a necessidade de realizar um ajuste entre o volume de recursos obtidos pela tributação e a quantidade necessária para a satisfação do mínimo existencial e das prestações relativas à dignidade humana. Como consequência, em relação à margem de manobra autorizada pela Constituição, o nível de tributação somente poderia ficar aquém do seu limite quando os recursos obtidos se mostrassem suficientes para fornecer essas prestações consideradas essenciais, pois, quando estas não são fornecidas, a redução daquela (tributação) deixa de ser um direito para ser um mero interesse.<sup>55</sup>

## 5 O sistema tributário nacional como fonte de recursos

Geraldo Ataliba afirma que o conteúdo essencial das normas tributárias é a ordem para que os indivíduos entreguem ao Estado determinada soma em dinheiro, razão pela qual tributar é a ação de realizar essa tarefa. Assim compreendido, tributo é o instrumento jurídico destinado a abastecer os cofres públicos pela apropriação de parcela da riqueza individual,<sup>56</sup> segundo critérios de manifestação de capacidade contributiva que o texto constitucional identifica.<sup>57</sup>

Ocorre, porém, que há uma incompatibilidade no modo como o Direito tributário é abordado pelos operadores do Direito ou pelos órgãos decisórios e a evolução da experiência constitucional. Com efeito, a atribuição de significado às normas que regulamentam o sistema tributário nacional é usualmente pautada pela concepção de que a relação tributária é uma violência que o Estado está legitimado a realizar contra determinados indivíduos.<sup>58</sup> Nesse caso, se ignora uma faceta relevante de que a propriedade privada, a despeito das vantagens que proporciona à sociedade, seja em relação aos benefícios trazidos para os pobres, seja no fortalecimento da democracia, não é um elemento da natureza, mas uma criação do Direito, que nasce com ele e se caracteriza por um conjunto de relações moldadas de acordo com a organização política da sociedade.<sup>59</sup> Como todo direito, deve se adaptar às contingências da realidade experimentada, reflexo das mudanças sofridas pela sociedade, seja no plano dos fatos, seja no plano das ideias.

Nesse contexto, a incorporação dos direitos sociais, ao lado dos direitos de liberdade, exige que a relação tributária seja repensada, adotando uma abordagem pelo qual o poder de tributar não seja reduzido à bilateralidade contribuinte/Estado. O tributo é o instrumento por excelência para realização da solidariedade, o que torna necessário rever o papel dos deveres do indivíduo frente à comunidade, superando a leitura viciada pela qual os interesses de quem pode contribuir sobrepondo-se às necessidades dos que devem receber.

---

*Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 76-92, 2015.

<sup>55</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 79-90.

<sup>56</sup> ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 21-23, 29.

<sup>57</sup> A respeito da capacidade contributiva e da ofensa ao princípio da isonomia em virtude de isenções que a desrespeitam, ver: PAIVA, Paulo Alves da Silva; LIMA, Alexandre Augusto Batista de. A isonomia tributária como limite à tributação e à concessão de isenções fiscais, e a inefetividade do controle jurisdicional dessas isenções. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 449-471, 2019.

<sup>58</sup> KÖCHE, Rafael; BUFFON, Marciano. Economia, ética e tributação: dos fundamentos da desigualdade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 76-92, 2015.

<sup>59</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 45-47.



O dever de contribuir para o financiamento do Estado encerra um compromisso moral dentro do estatuto constitucional do indivíduo,<sup>60</sup> o que não implica qualquer postura altruísta por parte dele, mas a mera observância de sua responsabilidade social.

É interessante registrar que, embora seja recorrente a resistência à tributação com base na necessidade de proteção do cidadão contra os excessos do Estado, não são as pessoas que revelam capacidade contributiva as que efetivamente têm sua liberdade ameaçada por ele. Por outro lado, a liberdade desses indivíduos acaba sendo efetivamente cerceada por um ambiente de instabilidade social, já que a inobservância de direitos constitui solo fértil para a revolta e violência, ainda que estas não sejam a manifestação consciente de uma postura política, mas sim o resultado da falta de expectativas.<sup>61</sup> Não seria razoável sustentar o desrespeito aos limites constitucionais ao poder de tributar e nem parece necessário seguir neste caminho. É preciso ser iniciada uma melhor abordagem legislativa e administrativa a respeito do volume da tributação, a fim de que sejam incorporados interesses sociais mais amplos que os do contribuinte. Todos os brasileiros são sujeitos da ordem constitucional e é o ótimo equilíbrio entre os seus interesses que deve determinar as decisões a serem tomadas pelo Estado.<sup>62</sup>

Julio Cesar Aguiar e Melina Haber postulam a aplicação da teoria analítico-comportamental ao Direito, o que implicaria a adoção de uma “nova dimensão da relação entre direito e fatos, com ênfase nas consequências sociais provocadas pelo direito”.<sup>63</sup> Essa abordagem evidencia que a compreensão das normas jurídicas não pode ser desconectada dos efeitos que elas provocam na vida social. Assim, em que pese o reconhecimento de que a instituição de determinados deveres para os indivíduos, entre os quais se inclui o de pagar tributo, encontra-se inserida no rol de poderes do Estado, essa prerrogativa não se estende ao ponto de permitir que sua inação conduza à frustração das garantias individuais, em especial daquelas relacionadas ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana.<sup>64</sup> A abordagem é aparentemente consequencialista, mas parte de uma questão de princípio passível de ser tratada pela mais tradicional hermenêutica jurídica.

Todavia, nem todos concordam com esta abordagem. Ao analisar o mínimo existencial, Felipe Fonte aponta que, assim como os demais direitos fundamentais, o conceito está inserido no campo que se designa contramajoritário. Tendo essa ideia como premissa, propõe a adoção de dois parâmetros para a delimitação daquilo que estaria inserido na noção: a possibilidade de universalização do direito e a limitação em função do grau de tributação.<sup>65</sup> Não é possível, entretanto, concordar com a essa tese, que se equivoca sob ambos os aspectos apontados; até porque, de fato, eles acabam se reduzindo ao segundo, já que a possibilidade de universalização teria sempre como parâmetro o grau de tributação.

O grau de tributação pode, como confirmado pela experiência prática, estar afetado por grupos que apresentam uma capacidade desproporcional de interferência nas decisões políticas. Esse fenômeno resulta do que Ana Alterio aponta como um dos dilemas da democracia representativa, em que o acesso desigual aos poderes políticos provoca uma verdadeira tirania de determinados grupos de influência. Ademais, resta ameaçada a própria democracia material, ao serem criadas oportunidades para que discursos populistas

<sup>60</sup> NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 37. MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The myth of ownership*. New York: Oxford University, 2002.

<sup>61</sup> Para Rousseau, “seria difícil mostrar a validade de um contrato que obrigasse apenas uma das partes, no que se pusesse tudo de um lado e nada do outro, e que só resultasse em prejuízo para quem se compromete”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Porto Alegre: L&PM, 2017. p. 101.

<sup>62</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Porto Alegre: L&PM, 2017. p. 41.

<sup>63</sup> AGUIAR, Julio Cesar; HABER, Melina Tostes. Controle jurídico das políticas públicas: uma análise a partir dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 70, p. 257-280, out./dez. 2017. p. 263.

<sup>64</sup> AGUIAR, Julio Cesar; HABER, Melina Tostes. Controle jurídico das políticas públicas: uma análise a partir dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 70, p. 257-280, out./dez. 2017. p. 60.

<sup>65</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205-215.

manipulem a parcela da população que vê desatendidos seus interesses e necessidades.<sup>66</sup> No mesmo sentido, Francis Fukuyama afirma que a ação coletiva humana depende de que as instituições criem regras claras e estáveis que sejam, ao mesmo tempo, capazes de se adaptar a mudanças no ambiente. A partir desse pressuposto, aponta dois fatores como responsáveis pela decadência política: de um lado, a incapacidade dos mecanismos democráticos de resistir ao processo de repatrimonialização das instituições pelas elites; de outro, a incapacidade dessas mesmas instituições de responder às demandas decorrentes da ascensão de novos grupos sociais.<sup>67</sup>

Nesse contexto, os órgãos de decisão e os demais operadores do Direito têm a responsabilidade social de rejeitar a delimitação do conteúdo do mínimo existencial ao grau de tributação adotado, quando esta se encontra aquém do limite constitucionalmente autorizado. Pelo contrário, é o nível de tributação que deve ser ajustado para conferir a todos os indivíduos uma existência digna segundo padrões e conquistas da vida moderna. Sendo o Estado o responsável pelo equilíbrio necessário entre o dever de fornecer prestações relativas aos direitos fundamentais e o poder de impor deveres dessa mesma natureza (fundamentais), este último se converte em dever de fazê-lo.

Humberto Ávila advoga que o sistema tributário não pode ser compreendido pela análise meramente linguística ou estrutural das normas jurídico-tributárias. Esse instrumento seria insuficiente para o seu conhecimento, em especial no plano da sua eficácia e da análise dos objetivos pretendidos, pois tanto a tributação quanto as imunidades tributárias poderiam trazer diferentes efeitos colaterais, seja de ordem econômica, seja de restrição de liberdades individuais ou coletivas.<sup>68</sup>

Não há dúvida quanto à necessidade de ampliação dos métodos de análise das normas de Direito tributário. Mas tal hermenêutica deve sempre ser realizada tendo por prioridade a aptidão desse sistema de fornecer os recursos necessários à realização dos direitos fundamentais. É nesse sentido o ponto de vista chamado de constitucionalismo exigente por Maria Saffon e Maurício García-Villegas, que postula a impossibilidade de supressão dos direitos sociais por considerações de ordem política ou econômica, já que seria dever dessa realidade (política ou econômica) se adaptar ao texto constitucional e não o contrário.<sup>69</sup>

As questões de ordem econômica devem ser secundadas pelo exame do impacto redistributivo da tributação, de forma que a distância entre o limite que é imposto pela capacidade contributiva de quem realiza o fato gerador tributário e aquilo que é efetivamente exigido pelo Estado deve ser ditado pelas demandas relativas aos deveres das prestações consideradas essenciais no âmbito do Estado Social de Direito. Deve ser considerado, ainda, que essas medidas de redistribuição acabam por ampliar a base tributária ao tornar os beneficiários mais aptos a produzir riqueza. Isso significa que haverá uma ampliação do conjunto de contribuintes hoje com a conseqüente redução do ônus tributário individual futuro. Afirma-se, assim, a inconstitucionalidade do Estado de invocar a cláusula de reserva do possível para se abster de realizar as prestações que integram o conceito de mínimo existencial ou dignidade humana, quando sua capacidade tributária não está sendo exercida na sua eficiente (ótima) extensão.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> ALTERIO, Ana Micaela. Reactive vs structural approach: A public law response to populism. *Global Constitutionalism*, v. 8, n. 2, p. 270-296, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S2045381719000029> Acesso em: 05 out. 2019.

<sup>67</sup> FUKUYAMA, Francis. *Ordem e decadência política: da revolução industrial à globalização da democracia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2018. p. 456-466.

<sup>68</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138-140.

<sup>69</sup> SAFFON, Maria Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 13, n. 1, p. 75-107, maio 2011.

<sup>70</sup> Sobre o significado de ato ótimo, ver: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, jul./dez., 2018.

## 6 Formas de caracterização da tributação insuficiente

Tendo por pressuposto a afirmação de que o Estado não pode invocar a cláusula da reserva do possível diante do insuficiente exercício das competências tributárias, resta verificar os mecanismos aptos a evidenciar essa situação. Na prática, contudo, não há maiores dificuldades uma vez que a tributação é exaustivamente regulada pela Constituição, permitindo uma primeira aproximação com os limites materiais que foram estabelecidos para ela. Em um segundo plano, essa análise pode ser feita considerando-se a incidência ou não da tributação (isenções), ou o grau em que ela se dá, sobre diferentes manifestações de riqueza (espécies), que estão compreendidas no mesmo conceito de fato gerador (como gênero).

Iniciando-se a análise pela União Federal e tendo como referência o primeiro parâmetro mencionado, é possível, desde logo, afirmar que a tributação se encontra em patamar inferior ao que foi permitido pela Constituição. Essa afirmação decorre do fato de que o rol de competências tributárias não foi explorado em sua plenitude, em omissão que beneficia justamente os sujeitos que exprimem uma maior capacidade contributiva. Refere-se aqui ao imposto sobre grandes fortunas, identificado no art. 153, VII, da Constituição da República, como manifestação de riqueza apta a gerar pretensões tributárias por parte de União.

O potencial arrecadatório desse tributo fica bastante evidenciado ao se considerar que, entre 1926 e 2013, o 1% mais rico do Brasil se apropriou de um percentual que varia de 20% a 31% da renda nacional. No mesmo período, a participação do 0,1% mais rico se manteve próxima a 10%. Considerando-se uma fatia maior da população, no período de 1970 a 2013, a parcela que coube aos 10% mais ricos variou de algo em torno de 49% a aproximadamente 69% da renda nacional. Adicionalmente, mesmo considerando-se apenas esse grupo seletivo, é possível identificar uma grande heterogeneidade entre as faixas de rendimento. Em 2013, ano em que a renda média da população foi de R\$ 26 mil anuais, a renda média anual dos 10% mais ricos girou em torno de R\$ 140 mil, dos 5% R\$ 230 mil, dos 1% R\$ 636 mil e dos 0,1% R\$ 2,8 milhões.<sup>71</sup> A disparidade na distribuição de recursos é fenômeno que, segundo Thomas Piketty, tende a se aprofundar, uma vez que a taxa de rendimento do capital é superior à taxa de crescimento dos países.<sup>72</sup> Ou seja, as pessoas que detêm recursos suficientes para aplicá-los estão, contínua e sistematicamente, se apropriando de uma parcela maior da riqueza gerada o que favorece o surgimento de grandes fortunas em contraponto às condições indignas em que vive parcela expressiva da população. É o aprofundamento desse tipo de disparidade que tributos como o de grandes fortunas são vocacionados a corrigir, em que pese ele seja costumeiramente menosprezado ou até ridicularizado por parcela dos políticos e pelos grandes meios de comunicação.

Além da omissão quanto ao exercício formal das competências tributárias, a insuficiência da atuação estatal quanto à tributação pode ser identificada pelas situações em que, a despeito de haver regra de incidência tributária, foi estabelecida isenção fiscal ou as alíquotas são fixadas em percentual inferior ao que seria adequado à realização da justiça fiscal. Nesse sentido, o imposto sobre a renda é, sem dúvida, um dos mais eficientes instrumentos para implementação da solidariedade social, uma vez que seus critérios permitem a realização do princípio da capacidade contributiva pela apuração da base de cálculo e da progressividade na fixação das alíquotas.<sup>73</sup> A despeito disso, considerando-se dados do ano de 2015, em comparação aos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o Brasil ficou em último lugar no índice relativo à carga tributária sobre a renda, lucro e ganho de capital. Curiosamente, os primeiros colocados, como países que mais tributam essas manifestações de riqueza, são democracias fortes como Dinamarca, Nova Zelândia, Islândia, Bélgica, Finlândia, Suécia e Canadá. Estados reconhecidos não só pelo seu

<sup>71</sup> SOUZA, Pedro H. G. Ferreira da. *Uma história de desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013*. São Paulo: Hucitec/Anpocs, 2018. p. 222-243.

<sup>72</sup> PIKETTY, Thomas. *O capital no séc. XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 328-367.

<sup>73</sup> COELHO, André Felipe Canuto; OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de. How to fight tax evasion: real progressivity. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 118, p. 13-51, jan./jun. 2019.

consolidado sistema capitalista, mas fundamentalmente pelos altos índices de desenvolvimento humano.<sup>74</sup> É um equívoco grosseiro, portanto, imaginar que a tributação de grandes fortunas possui qualquer relação com modelos econômicos autoritários ou anticapitalistas.

No contexto brasileiro, a título exemplificativo, pode-se citar a isenção de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza sobre a distribuição de dividendos (benefício introduzido no ordenamento jurídico pelo art. 10 da Lei n.º 9.249, de 1995), em clara violação ao Princípio da Capacidade Contributiva. Embora a Constituição da República determine, expressamente, em seu art. 165, § 6º, a obrigação do Poder executivo de apresentar demonstrativo do efeito, sobre receitas e despesas públicas, de isenções tributárias, os reflexos desse benefício não constam dos relatórios de gastos tributários que são anualmente preparados para subsidiar a lei orçamentária.

Analisando-se o último relatório (2019), vê-se que a omissão na prestação dessa informação foi fundada na afirmação de que, a despeito de gerar críticas sobre a justiça fiscal e a equidade no sistema, essa isenção é parte da estrutura geral do imposto de renda.<sup>75</sup> Essa explicação é bastante curiosa se for considerado que, entre os países que integram a OCDE, apenas Brasil e Estônia não tributam dividendos.<sup>76</sup> Embora não sejam fornecidas informações acerca do efeito sobre as receitas públicas da renúncia relativa ao imposto sobre a renda incidente sobre distribuição de lucros e dividendos, o relatório apresentado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil para subsidiar o projeto de Lei Orçamentária Anual de 2019 revela que os gastos tributários considerados nesse cálculo tiveram uma evolução de 15,35% da receita em 2006 para 21,36% em 2019.<sup>77</sup> Isso significa um aumento de 39% nas renúncias fiscais no período.<sup>78</sup> Isso ocorre em um momento de crise financeira do Estado em que o discurso de redução de gastos e o arrocho fiscal só se intensificam – um contrassenso que infelizmente não é levado em consideração na discussão das reformas constitucionais em andamento. Com razão Cynara Monteiro Mariano, ao chamar este sistema de um “capitalismo do desastre” que pende a um estado de exceção econômica.<sup>79</sup>

É necessário lembrar que, embora o imposto sobre a renda seja tributo de competência da União, o resultado da sua arrecadação é distribuído aos demais entes federativos, integrando, por isso, suas receitas orçamentárias. Com efeito, o art. 159, I, “a” e “b”, inserido na seção relativa à distribuição da receita tributária, determina que 22,5% do produto da arrecadação do imposto sobre a renda seja destinado ao Fundo

<sup>74</sup> MOREIRA, Eduardo. *Desigualdade e caminhos para uma sociedade mais justa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 79.

<sup>75</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo de Gastos*: PLOA 2019. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-ploa-2019.pdf> Acesso em: 19 jul. 2019.

<sup>76</sup> CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. *Estudo sobre a não tributação de lucros e dividendos no Brasil*. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Estudo%20sobre%20a%20nao%20tributacao.pdf> Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>77</sup> De acordo com a Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, gastos tributários são gastos indiretos do governo realizados por intermédio do sistema tributário. Eles funcionam como exceção ao Sistema Tributário de Referência (estrutura composta pelo conjunto de regras necessárias para determinar a obrigação tributária e que é adotada como parâmetro para os desvios), pois reduzem a arrecadação potencial e aumentam, consequentemente, a disponibilidade econômica do contribuinte. Tais gastos tributários têm finalidades diferentes da mera arrecadação, assumindo um caráter compensatório, quando pretendem substituir serviços públicos que não são prestados de forma satisfatória, ou de incentivo, quando há a intenção de desenvolver determinado setor ou região. Em qualquer um desses casos, as desonerações constituem alternativas às ações políticas de Governo, já que não realizadas no orçamento, mas, sim, por intermédio do sistema tributário. BRASIL. Ministério da Economia. Receita Federal do Brasil. *Conceito de Gasto Tributário*. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/demonstrativos-dos-gastos-tributarios/conceito-de-gasto-tributario> Acesso em: 06 fev. 2020. BRASIL. Ministério da Economia. Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo dos gastos governamentais indiretos de natureza tributária bases efetivas – ano calendário 2014 - Série 2012 a 2017*. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/demonstrativos-dos-gastos-tributarios/arquivos-e-imagens/DGTEfetivo2014FINAL.pdf> Acesso em: 16 fev. 2020.

<sup>78</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo de Gastos tributários: bases efetivas 2016 – série 2014 a 2019*. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/demonstrativos-dos-gastos-tributarios/arquivos-e-imagens/dgt-bases-efetivas-2016-serie-2014-a-2019-base-conceitual-e-gerencial.pdf> Acesso em: 19 jul. 2019.

<sup>79</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

de Participação dos Estados e do Distrito Federal, mesmo percentual que deve ser destinado ao Fundo de Participação dos Municípios. Assim, quando a União abre mão de parcela desse tributo, a renúncia a essa receita também afeta a capacidade financeira de Estados e Municípios. O prejuízo causado a estes entes justificou a publicação do “Estudo sobre a não tributação de lucros e dividendos no Brasil”, pela Confederação Nacional dos Municípios, em que é possível verificar que, em 2013, os dividendos distribuídos foram de R\$ 287 bilhões, o que implica uma receita tributária potencial de R\$ 43 bilhões, valor correspondente a 0,84% do PIB.<sup>80</sup>

Em relação aos tributos de competência estadual, a insuficiência da tributação é facilmente demonstrada quando considerada a realidade da incidência do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e de Doação, de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD, cuja previsão constitucional está no art. 155, I. Essa competência tributária tem sido utilizada de forma inexplicavelmente tímida, e a correção dessa assertiva pode ser facilmente demonstrada. No Brasil, as alíquotas incidentes sobre herança e doação variam de 1% a 8%, percentuais compreendidos no limite estabelecido pela Resolução n.º 9, de 1992, do Senado Federal, que é de 8%. Nos Estados Unidos e na Inglaterra a alíquota máxima para ambos os fatos geradores (herança e doação) é de 40%; na Alemanha, Japão e Suíça, 50%; na França, de 60% sobre herança e 45% sobre doação.<sup>81</sup>

Essa comparação ilustra a afirmação de que os Estados no Brasil estão longe de tributar adequadamente a transmissão de bens a título gratuito, contudo, ela não é indispensável para esse fim. Com efeito, a irracionalidade do sistema fica patente quanto se verifica que uma renda mensal superior a R\$ 2.826,66 já constitui patamar suficiente para que seja submetida a uma alíquota de Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas de 15% (o que por si só já é um absurdo), imposto que não incide sobre as doações recebidas de pessoas físicas. Ou seja, o rendimento do trabalho que tem, por princípio, natureza alimentar, pode chegar a se submeter a uma alíquota de 27,5%, enquanto bens e direitos recebidos a título gratuito estão sendo tributados a alíquotas de 1% a 8%. Não é demais lembrar que o comparativo é realizado tendo como parâmetro as alíquotas de um tributo, cuja alíquota média está entre as mais baixas do mundo. Trata-se, evidentemente, de um sistema ineficiente ao não tributar quem deve e injusto ao tributar quem não deve.

Ainda em relação do ITCMD, convém registrar que a Constituição estabeleceu no art. 155, § 1º, III, “a” e “b”, a necessidade de que lei complementar regule a incidência desse tributo sobre operações realizadas no exterior. Até o momento, essa lei não foi editada e essas operações têm ocorrido infensas à incidência do tributo estadual. Assim, também em relação à competência estadual, é possível afirmar que as suas possibilidades não foram exploradas de forma exaustiva.

Isso significa que a desigualdade gerada pela disparidade na distribuição da riqueza nacional gerada, ausência de tributação sobre grandes fortunas e baixa tributação sobre a renda, é incrementada pela ausência de tributação adequada na transmissão dos bens a título gratuito. Segundo Piketty, esse acúmulo de capital faz com que o patrimônio construído no passado se sobreponha à poupança presente, ou seja, o “passado tende a devorar o presente” sem que seja necessário trabalhar.<sup>82</sup> Neste ambiente, o conceito libertário de mérito não faz qualquer sentido ao ser confrontado pela realidade fática da história.

Por fim, não se pode deixar de mencionar o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, tributo com acentuado potencial para realizar a solidariedade social,<sup>83</sup> que decorre de sua natureza extrafiscal, uma vez que suas alíquotas devem ser fixadas de forma a “desestimular a manutenção de propriedades improdutivas” (art. 153, § 4º da Constituição). A Lei n.º 9.393, de 1996, estabelece alíquotas para imóveis com área

<sup>80</sup> CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. *Estudo sobre a não tributação de lucros e dividendos no Brasil*. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Estudo%20sobre%20a%20n%20tributação.pdf> Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>81</sup> CHAIB, Flávio. *Estudo comparado do regime jurídico da tributação do imposto sobre a herança e doações – ITCMD brasileiro com a prática de outros países*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016.

<sup>82</sup> PIKETTY, Thomas. *O capital no séc. XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 368-369.

<sup>83</sup> GODOI, Marciano Seabra de. Tributação e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 163.

superior a 500 hectares que podem variar de 0,03% a 20%, a depender da área e do grau de utilização. Ocorre que a aferição desse grau se dá, em regra, por informações prestadas pelo próprio contribuinte (autodeclaração) e que são pouco fiscalizadas. Essa circunstância é reconhecida pela mensagem que acompanha o Projeto de Emenda Constitucional n.º 41, de 2003, que atesta a dificuldade da União em controlar o imposto.<sup>84</sup> A título ilustrativo, dados da Receita Federal do Brasil revelam que, no ano de elaboração desse projeto (2003), a receita arrecadada com o ITR foi de R\$ 296 milhões, frente a uma arrecadação total da União de R\$ 262.819 milhões, o que equivale a uma participação de 0,11%.<sup>85</sup> Considerando-se que os seus objetivos extrafiscais não vêm sendo atingidos, como se verá adiante, esta participação está bastante aquém de suas possibilidades.

O ITR é um tributo de competência da União, de cuja arrecadação os Municípios têm participação de 50% (art. 158, II). Entretanto, a Emenda Constitucional n.º 42, de 2003, autorizou a majoração desse percentual para 100% caso o Município faça a opção por fiscalizar e arrecadar o tributo. A realização dessa opção, como se vê, implicaria um aumento de 100% na arrecadação municipal com o ITR. Apesar de haver essa possibilidade desde 2003, a Secretaria da Receita Federal do Brasil registra que apenas 1852<sup>86</sup> dos 5561 municípios brasileiros optaram por assumir a competência.<sup>87</sup> A razão lógica para a inclusão dessa possibilidade na Constituição é a ineficiência na arrecadação desse tributo pela União Federal, cujo órgão fiscalizador não tem capilaridade suficiente para chegar aos locais distantes das suas sedes. Ou seja, os municípios reclamam da União, mas também não conseguem fazer sua lição de casa.

Os dados relativos à estrutura fundiária do Brasil em 2019 mostram que 424 imóveis correspondem a uma área total de 141.810.726,68 ha, enquanto 5.579.646 imóveis com área inferior a 100 ha totalizam 120.157.856 ha.<sup>88</sup> Por outro lado, estima-se que, em 2010, terras improdutivas representavam 40% das grandes propriedades no Brasil.<sup>89</sup> Portanto, existe um potencial de tributação que não está sendo explorado pelos Municípios, já que a arrecadação derivada deste produto, como se viu, é ínfima. Sob outro aspecto, a ineficiência dessa fiscalização provoca o desperdício de uma grande área com potencial para gerar riqueza e incrementar a atividade econômica dos municípios em que essas propriedades improdutivas estão localizadas.

Além dos elementos aqui trazidos para discussão, é importante mencionar a possibilidade de caracterização de tributação insuficiente não apenas em decorrência de opções legislativas dos entes estatais, mas também em virtude da ausência de efetividade das regras de incidência existentes resultante da incapacidade do Estado de compreender as causas da evasão fiscal e, combatendo-as, estimular o cumprimento voluntário das obrigações tributárias.<sup>90</sup> Esse fato pode ser comprovado pelos dados dos diversos programas de recuperação fiscal, por meio dos quais são instituídos generosos descontos aos contribuintes inadimplentes, evidenciando não somente sua incompetência em fiscalizar e arrecadar os tributos que lhe cabem, mas também uma forte complacência com as elites devedoras.

<sup>84</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda a Constituição*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=129816&filename=PEC+41/2003](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=129816&filename=PEC+41/2003) Acesso em: 18 nov. 2019.

<sup>85</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Federal. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2003/analise-mensal-dezembro-2003/view> Acesso em: 18 nov. 2019.

<sup>86</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Federal do Brasil. <http://www.receita.fazenda.gov.br/Aplicacoes/ATSDR/TermoITR/controlador/controlConsulta.asp> Acesso em: 04 jul. 2019.

<sup>87</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Indicadores Sociais Municipais*. Disponível em: [https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores\\_sociais\\_municipais/tabela1a.shtm](https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm) Acesso em: 04 jul. 2019.

<sup>88</sup> INSTITUTO NACIONAL E COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. *Estrutura fundiária*. Disponível em: [http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/regularizacao-fundiaria/estatisticas-cadastrais/estrutura\\_fundiaria\\_-\\_brasil-07-2018.pdf](http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/regularizacao-fundiaria/estatisticas-cadastrais/estrutura_fundiaria_-_brasil-07-2018.pdf) Acesso em: 18 nov. 2019.

<sup>89</sup> BRASIL tem 40% de grandes propriedades rurais improdutivas. *Compre Rural*, Campo Grande, jun. 2016. Disponível em: <https://www.comprerural.com/brasil-tem-40-de-grandes-propriedades-rurais-improdutivas-228-milhoes-de-hectares-abandonados/> Acesso em: 19 nov. 2019.

<sup>90</sup> COELHO, André Felipe Canuto; OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de. How to fight tax evasion: real progressivity. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 118, p. 13-51, jan./jun. 2019.

## 7 Considerações finais

A despeito de a dignidade humana ser um princípio largamente empregado na dogmática constitucional, demandando, por isso, valiosos esforços dos operadores do Direito, integra aquele rol de conceitos que são mais sentidos que explicados. Por essa razão, a sensibilidade deve acompanhar a razão quando se trata de identificar e dar efetividade aos direitos que a realizam, assim como avaliar suas consequências no plano real.

Conforme restou evidenciado, os compromissos firmados na Constituição atribuem ao Estado o papel central na exigência do cumprimento de deveres fundamentais por alguns, assim como deve se submeter às demandas de outros pela implementação de direitos. O ponto de equilíbrio entre essas relações, em especial no que diz respeito aos instrumentos de financiamento da atividade estatal, é ditado pelo princípio da solidariedade social, em face do qual a coletividade assume a responsabilidade por suportar os riscos identificados como de interesse comum. Dado o caráter ambicioso das promessas realizadas pelo texto constitucional, torna-se necessário estabelecer prioridades no atendimento das expectativas geradas. Nesse sentido, merecem precedência os direitos relativos às prestações que integram o mínimo existencial e aquelas inerentes à dignidade humana.

Por essa razão, a cláusula da reserva do possível se mostra de todo incompatível com o texto constitucional quando as restrições orçamentárias que justificam sua invocação não são ditadas por contingências externas ao Estado, mas decorrem diretamente de opções políticas ou administrativas que impliquem renúncia aos mecanismos de financiamento estatal, em especial quando se deixa de explorar as possibilidades de tributação autorizadas pela Constituição. Essa circunstância pode ser constatada pela não instituição de tributos inseridos no rol de competências tributárias, pela concessão de isenções fiscais ou implementação de alíquotas de valor ínfimo frente à capacidade financeira expressa pelos fatos geradores, assim como quando restar evidenciada a ineficiência do ente estatal em combater a evasão fiscal. Esta conjuntura tende a favorecer elites progressivamente acumuladoras de capital, ao mesmo tempo em que acaba por justificar a restrição de direitos justamente dos grupos socialmente vulneráveis. Trata-se, por certo, de um contrassenso ético e juridicamente injustificável – ao menos considerando-se o atual modelo constitucional, que consagra um Estado Social de Direito. Não é sem razão que muitas reformas constitucionais gestadas no núcleo do *establishment* econômico sempre focam nas despesas do Estado e não em suas receitas. Trata-se de uma tentativa de legitimação formal do *status quo* – um processo inverso à necessária e difícil efetivação material dos pressupostos formais da atual Constituição.

Sob o ponto de vista dos direitos fundamentais sociais, é necessário, portanto, resistência e esclarecimento. Ou seja, deve-se insistir na adoção de políticas públicas que primeiro levem em consideração as fontes de receita do Estado, para depois ser analisada a adequada alocação de recursos no orçamento. A tributação é um antecedente necessário a ser considerado para a eficiência alocativa das despesas públicas, notadamente quando levados em consideração excludentes jurídicos tais como a reserva do possível — cuja pretensão de impactação no mínimo existencial e em situações que afetam a dignidade humana é inconstitucional.

## Referências

AARNIO, A. Sobre la ambigüedad semántica em la interpretación jurídica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 4, p. 109-117, 1987. Disponível em: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10903/1/Doxa4\\_07.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10903/1/Doxa4_07.pdf) Acesso em: 19 set. 2019.

AGUIAR, Julio Cesar; HABER, Melina Tostes. Controle jurídico das políticas públicas: uma análise a partir dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 17, n. 70, p. 257-280, out./dez. 2017.

- ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010.
- ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015.
- ARENDT, Hanna. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- ÁVILA, Humberto. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 213-244, jan./mar. 2014.
- BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.
- BORGETTO, Michel. *La notion de fraternité en droit public français: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda a Constituição*. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=129816&filename=PEC+41/2003](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=129816&filename=PEC+41/2003) Acesso em: 18 nov. 2019.
- BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo de Gastos tributários: bases efetivas 2016 – série 2014 a 2019*. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/demonstrativos-dos-gastos-tributarios/arquivos-e-imagens/dgt-bases-efetivas-2016-serie-2014-a-2019-base-conceitual-e-gerencial.pdf> Acesso em: 19 jul. 2019.
- BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria da Receita Federal do Brasil. *Demonstrativo de Gastos: PLOA 2019*. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/renuncia-fiscal/previsoes-ploa/arquivos-e-imagens/dgt-ploa-2019.pdf> Acesso em: 19 jul. 2019.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAIRNS, John W. Watson, Walton and the history of legal transplants. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Athens, v. 41, p. 637-696, 2013.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Os direitos fundamentais em tempos de crise econômica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 175-198, abr./jun. 2019.
- CASTRO, Matheus Felipe de; ZUCCHI, Renan. “Reserva do possível” como argumento de limitação do Estado de bem-estar social? a Constituição de 1988 e o seu projeto de efetivação dos direitos fundamentais. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 57, p. 84-103, jan. 2019.



CHAIB, Flávio. *Estudo comparado do regime jurídico da tributação do imposto sobre a herança e doações – ITCMD brasileiro com a prática de outros países*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016.

COELHO, André Felipe Canuto; BORBA, Bruna Estima. Esperando por uma tributação ideal: o imperativo categórico da capacidade contributiva. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 55-96, jul./dez. 2018.

COELHO, André Felipe Canuto; OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de. How to fight tax evasion: real progressivity. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 118, p. 13-51, jan./jun. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. *Estudo sobre a não tributação de lucros e dividendos no Brasil*. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Estudo%20sobre%20a%20não%20tributação.pdf> Acesso em: 20 nov. 2019.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação e democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

DOTTA, Alexandre Godoy; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Programas sociais, a exclusão social e a vedação ao retrocesso: direitos sociais no Brasil em crise. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 2-22, dez. 2017.

FARO, Julio Pinheiro. Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 250-269, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FUKUYAMA, Francis. *Ordem e decadência política: da revolução industrial à globalização da democracia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

GABARDO, Emerson. Estado social e estado subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, Belo Horizonte, v. 11, n. 3, p. 283-299, out./dez. 2019.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

GODOI, Marciano Seabra de. Tributação e solidariedade social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica do desenvolvimento nacional à luz do estado democrático de direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 118, p. 321-364, jan./jun. 2019.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade social e tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. Santa Fé, v. 1, n. 1, p. 93-138, jan./jun. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, jul./dez., 2018.

HAEBERLIN, Martín; COMIM, Flávio. Todos e cada um de nós: o interesse público como critério de desenvolvimento humano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 44-67, 2020.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: porque a liberdade depende dos impostos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Indicadores Sociais Municipais*. Disponível em: [https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores\\_sociais\\_municipais/tabela1a.shtm](https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm) Acesso em: 04 jul. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. *Estrutura fundiária*. Disponível em: [http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/regularizacao-fundiaria/estatisticas-cadastrais/estrutura\\_fundiaria\\_-\\_brasil-07-2018.pdf](http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/estrutura-fundiaria/regularizacao-fundiaria/estatisticas-cadastrais/estrutura_fundiaria_-_brasil-07-2018.pdf) Acesso em: 18 nov. 2019.

KÖCHE, Rafael; BUFFON, Marciano. Economia, ética e tributação: dos fundamentos da desigualdade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 76-92, 2015.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MARINO, Leonardo Romero. Moldando a “reserva do possível” no tempo: a sustentabilidade fiscal como direito difuso fundamental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 170-193, 2015.

MOREIRA, Eduardo. *Desigualdade e caminhos para uma sociedade mais justa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The myth of ownership*. New York: Oxford University, 2002.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal. Coimbra: Almedina, 2015.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

NASCIMENTO, Assis José Couto do. O estado da luxúria: a parábola do BMW e a real dimensão do debate sobre a reserva do possível: escassez de recursos ou ordenação de prioridades? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 483-500, 2019.

PAIVA, Paulo Alves da Silva; LIMA, Alexandre Augusto Batista de. A isonomia tributária como limite à tributação e à concessão de isenções fiscais, e a inefetividade do controle jurisdicional dessas isenções. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 449-471, 2019.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 334-349, 2019.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira*: entre o constitucionalismo e democracia. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTA-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

- PIKETTY, Thomas. *O capital no séc. XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PIVETTA, Saulo Lindorfer. Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (coord.). *Direito administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Ithala, 2016.
- POSSAS, Thiago Lemos. Para uma crítica do constitucionalismo social: fragmentos weimarianos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 118, p. 511-571, jan./jun. 2019.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- SACHETO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário: o ordenamento italiano. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- SAFE COELHO, Diva; PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; DINIZ, Ricardo Martins Spindola. Direitos Fundamentais, dignidade humana e jurisdição constitucional entre laudatórias e inefetividades: paradoxos da experiência constitucional e sua autodescrição crítica no Brasil. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 59, p. 59-87, abr. 2020.
- SAFFON, Maria Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, v. 13, n. 1, p. 75-107, maio 2011.
- SANDEL, Michael J. *A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAUJO, Marilene. As raízes cristãs do princípio jurídico da fraternidade e as crises migratórias do terceiro milênio. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 139-153, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.
- SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 67-96, out./dez. 2018.
- SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. United States: Duke University Press, 2008.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos: Reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. v. 1.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.
- SOUZA, Pedro H. G. Ferreira da. *Uma história de desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013*. São Paulo: Hucitec/Anpocs, 2018.
- STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos Constitucionais da Seguridade Social no Brasil: uma abordagem orientada pelos direitos humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 185-215, jan./mar. 2017.
- ULLMANN, Reinhold Aloysio. *O solidarismo*. São Leopoldo: UNISINOS, 1993.

## 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](http://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](http://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.

# REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

V. 11, nº1