

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

VOLUME 10 • Nº 1 • MAR • 2020

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

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 10	n. 1	p. 1-374	Mar	2020
--	----------	-------	------	----------	-----	------

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

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. 10, n. 1 (mar. 2020) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

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

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

CDU 34+338.26

Sumário

O USO DE BOTS SOCIAIS COMO AMEAÇA À DEMOCRACIA	13
Mateus de Oliveira Fornasier	
1 Introdução	14
2 Bots e democracia: noções gerais	15
3 Bots e a formação do discurso político online	20
4 Questões fundamentais para a regulação do uso dos bots	22
5 Considerações finais	26
Referências	28
IN MEMORIAM: THE REPUBLICAN FORM AND THE SEPARATION-OF-POWERS AMONG THE FOUR BRANCHES OF GOVERNMENT	32
Farris Lee Francis	
1 Introduction	33
2 The powers and functions of the President	35
2.1 The unitary executive model.....	35
2.2 The scope and limits of the unitary executive model and the doctrine of separation-of-powers	36
3 Congress	38
3.1 Heightened Congressional Action: before the fact.....	39
3.2 Advice and consent.....	39
3.3 Congressional Intervention: after the fact.....	40
4 The judicial branch and its ordered role in the separation-of-powers doctrine	41
5 Conclusion	42
TODOS E CADA UM DE NÓS: O INTERESSE PÚBLICO COMO CRITÉRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO	44
Mártin Haerberlin e Flávio Comim	
1 Introdução	45
2 Da comunidade ao conceito de interesse público: pressupostos e conceitos operacionais da hipótese de trabalho	46
3 Interesse Público: duas abordagens	47
3.1 A abordagem estrita: interesse público como desenvolvimento jurídico	48
3.2 A abordagem abrangente: interesse público como desenvolvimento jurídico e humano	49
4 Interesse Público e a Importância da Noção de Comunidade para sua Definição	51
4.1 A definição do interesse público e as ações do Estado.....	51
4.2 A definição do interesse público e as ações das pessoas.....	53

5 O Interesse Público como Critério para o Desenvolvimento Humano: o desenho de uma métrica alternativa.....	54
5.1 Primeiro Nível: as ações governamentais	55
5.2 Segundo Nível: o impacto das ações governamentais	58
5.3 Terceiro Nível: o “desenvolvimento como comunidade”	61
6 Considerações finais	63
Referências	64

FACTORES DERIVADOS DE LA POBREZA MULTIDIMENSIONAL QUE AFECTAN LA USABILIDAD DEL E-GOBIERNO EN MÉXICO.....69

Oscar Yahev Carrera Mora, Luis Fernando Villafuerte e Saulo Sinforoso Martínez

1 Introducción.....	70
2 Revisión de la literatura	72
2.1 E-gobierno en México.....	72
2.2 La pobreza en México	76
2.2.1 Dimensiones de la pobreza	77
3 Metodología	78
3.1 Dimensiones e indicadores de la pobreza en México.....	78
3.2 Dimensiones de estudio del e-gobierno	79
4 Resultados.....	80
4.1 Indicadores de la Pobreza que afectan al e-gobierno	80
4.2 Causalidad de la pobreza en la usabilidad del e-gobierno.....	81
5 Conclusiones	82
Fuentes de información.....	82

¿QUÉ HA PASADO CON LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, SOLIDARIDAD Y EFICIENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA?87

David Mendieta e Carmen Elena

1 Introducción.....	87
2 Funcionamiento del Sistema General en Seguridad Social en Salud de Colombia	89
3 ¿Es el Sistema General de Seguridad Social en Salud universal en Colombia?	91
4 ¿Es el Sistema General de Seguridad Social en Salud Solidario en Colombia?	93
5 ¿Es el Sistema General de Seguridad Social en Salud eficiente en Colombia?.....	96
6 Conclusiones	99
Bibliografía	100
Normas jurídicas	102

CHANGING THE BENCH FOR A HANDSHAKE: LITIGATION, ADMINISTRATIVE RESOLUTION AND MEDIATION IN FREEDOM OF INFORMATION COMPLAINTS IN CHILE 104

Pablo Contreras

1 Introduction	105
2 Creating a new right: freedom of information as a legal right and its constitutional transformation	107
3 The Council for Transparency as a game changer	110
4 Changing courts for mediation	114
5 Conclusion	117
Bibliography	118
Acknowledgement	119

A EVOLUÇÃO IDENTITÁRIA DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO: POLIFONIA E DECISÕES EM POLÍTICAS DE TRANSPARÊNCIA E ACESSO À INFORMAÇÃO 121

Érica Bezerra Queiroz Ribeiro e Bruno Amaral Machado

1 Introdução	122
2 Diferenciação funcional, organizações e decisões	124
2.1 A diferenciação funcional da sociedade no sistema político: administração, política e público	124
2.2 Organizações: premissas decisórias e comunicações	125
3 A evolução da CGU (2001-2011): a construção da identidade como organização de controle da administração	128
4 Transparência, acesso a informações e a identidade da CGU (2011-2019)	133
5 Considerações finais	135
Referências	136

AS RAÍZES CRISTÃS DO PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE E AS CRISES MIGRATÓRIAS DO TERCEIRO MILÊNIO..... 139

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Marilene Araujo

1 Introdução	140
2 Origens cristãs da fraternidade	141
2.1 Da philía grega à fraternidade cristã.....	141
2.2 Para uma fundamentação cristã da categoria política de fraternidade	142
2.3 A fraternidade no contexto político da Revolução Francesa.....	142
2.4 O conceito de fraternidade e solidariedade: uma proposta de análise	143
3 O princípio jurídico da fraternidade e as crises migratórias do século XXI	145
3.1 Fraternidade: a família humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	145
3.2 A fraternidade no direito brasileiro	146
3.3 Fraternidade e migração no Supremo Tribunal Federal brasileiro e no Conselho Constitucional da França	147
3.4 Migrações do terceiro milênio: a Terra é a casa comum de todos e somos uma só comunidade	148

4 Considerações finais	151
Referências.....	152

JUDICIALIZAÇÃO DESCENTRALIZADA E INDIVIDUALIZADA DA POLÍTICA: MUDANÇAS NAS REGRAS DE TRAMITAÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL 32 155

Leandro Molhano Ribeiro e Mariana Novotny Muniz

1 Introdução	156
2 Judicialização de uma regra do processo decisório	159
3 Atuação do legislador como juiz constitucional.....	160
4 Antecipação estratégica	164
5 Judicialização individualizada e descentralizada da política	165
6 Interpretações vinculantes e a autoexpansão dos poderes do STF	170
7 Considerações finais	171
Referências.....	172

O PAPEL DO CNJ DIANTE DO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DO ATIVISMO DIALÓGICO..... 176

Ana Paula Kosak e Estefânia Maria de Queiroz Barboza

1 Introdução	177
2 As decisões estruturantes e o ativismo dialógico	178
3 O reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro	183
4 A atuação do CNJ voltada à melhoria do sistema carcerário	186
4.1 Os termos celebrados com o executivo antes da cautelar na ADPF 347	187
4.1.1 Termos de Compromisso.....	187
4.1.2 Termos de Cooperação.....	187
4.1.3 Acordos de Cooperação Técnica	188
4.2 Os termos celebrados com o executivo após a cautelar na ADPF 347.....	189
4.2.1 Termos de Compromisso.....	189
4.2.2 Termos de Cooperação.....	189
4.2.3 Acordos de Cooperação Técnica	189
5 O papel do CNJ na perspectiva do ativismo dialógico.....	190
6 Considerações finais	191
Referências.....	192

EFEITOS DO PROGRAMA MAIS MÉDICOS (PMM) NOS RESULTADOS DA ATENÇÃO BÁSICA À SAÚDE..... 196

Alex dos Santos Macedo e Marco Aurélio Marques Ferreira

1 Introdução	197
2 O Efeito das Políticas de Recursos Humanos Em Saúde (RHS) nos Resultados de Saúde.....	200

3 Metodologia	203
3.1 Dados e estratégia de investigação.....	203
3.2 Estratégia Empírica – Diferença em Diferença com Propensity Score Matching.....	205
4 Resultados e discussão	207
4.1 Descrição dos dados utilizados para o escore de propensão e diferença em diferença	207
4.2 Os efeitos estimados do PMM nos Indicadores de Saúde.....	209
4 Considerações finais	214
Anexo A	219
Anexo B	222
Agradecimentos	222

ORÇAMENTO PARA OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CURITIBA: PLANO E EXECUÇÃO

Karoline Strapasson Jambersi e Antonio Gonçalves de Oliveira

1 Introdução	225
2 O custo dos direitos: o financiamento dos direitos por meio do orçamento público	226
3 A previsão constitucional e infraconstitucional para as políticas para a infância e adolescência .	229
4 Aspectos legais dos fundos municipais dos direitos da criança e adolescente: análise do orçamento de Curitiba no ano de 2019	233
5 Considerações finais	239
Referências	240

A CAPACIDADE DO ESTADO FRENTE A GESTÃO DE RISCOS E DESASTRES APÓS A POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL (LEI 12.608/2012).....

Larissa Maria da Silva Ferentz e Carlos Mello Garcias

1 Introdução	246
1.1 Desenvolvimento Urbano e a Gestão de Riscos e Desastres.....	246
2 Metodologia	248
3 Resultados e Discussões	248
3.1 A Integração Multissetorial da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil	248
3.2 As (In)Capacidades frente a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil	254
3.3 Avaliação da Gestão de Riscos e Desastres: Uma Necessidade Iminente.....	261
4 Considerações finais	264
Referências	265
Agradecimentos	267

REFUNCIONALIZAÇÃO DA PENA DE PRISÃO: ABORDAGEM ACERCA DA ALIENAÇÃO DO TRABALHO DESDE UMA ECONOMIA POLÍTICA DA PENA

Jackson da Silva Leal

1 Introdução	270
---------------------------	------------

2 Violência estrutural e institucional na origem do pacto da modernidade colonial	271
3 A teoria do valor como chave de leitura fundamental para a modernidade neoliberal na america latina	274
4 O Encarceramento em massa neoliberal: o negócio público-privado de extração de mais valia relativa e absoluta	277
5 Considerações finais	282
Referências.....	283
LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A DEFENSA JURIDICA DE LAS VICTIMAS EN CHILE	286
Marcela Peredo Rojas	
1 Introducción	287
2 La constitucionalización de la víctima	288
2.1 La constitucionalización de la víctima en Iberoamérica.....	288
2.2 La constitucionalización de la víctima desde el derecho internacional de los derechos humanos	290
3 La constitucionalización de la víctima en Chile desde la perspectiva del proceso penal chileno .	293
3.1 Sobre el concepto de víctima y su problemática actual.....	293
3.2 Sobre los hitos históricos de la constitucionalización del derecho a defensa jurídica de las víctimas en Chile.....	295
3.2.1 Sobre el fortalecimiento de la defensa jurídica de las víctimas en la Constitución.	295
3.2.2 Sobre el proyecto del 2008 como solución orgánica pendiente para el derecho de defensa jurídica de las víctimas: El “Fondo Nacional para la Representación de Víctimas de Delitos”	297
3.2.2.1 Fondo Nacional para la Representación de las Víctimas de Delitos	298
3.2.2.2 Secretaría Técnica del Consejo Nacional para la Representación de las Víctimas de Delitos	298
3.2.2.3 Eventuales beneficiarios del Fondo	299
3.2.2.4 Prestadores de servicios para el Fondo	299
3.2.2.5 Resoluciones y archivo del proyecto sobre el Fondo	299
4 Omisión inconstitucional legislativa sobre el mandato constitucional de defensa jurídica de las víctimas en chile	300
4.1 Sobre el mandato constitucional al legislador chileno	300
4.2 Estado de situación de la omisión legislativa inconstitucional del derecho a defensa jurídica de las víctimas: La dispersión normativa, tres instituciones un solo derecho a defensa jurídica.....	301
5 Tres propuestas de mejoras basadas en el caso español para la creación del estatuto de las víctimas en Chile.	304
5.1 Modificación del concepto de víctima	304
5.2 Derecho a defensa jurídica gratuita y universal.....	305
5.3 Ley sobre estatuto de la víctima.....	306
6 Conclusiones	308
Bibliografía citada.....	308
Agradecimientos	312

COLABORAÇÃO PREMIADA E SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: PROBLEMATIZAÇÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DE ACORDOS NA OPERAÇÃO LAVA JATO 314
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Maurício Habckost Dalla Zen

1 Considerações iniciais	315
2 A seletividade do sistema penal brasileiro	316
2.1 Controle social e seletividade do sistema penal.....	317
2.2 Exemplos que refletem a seletividade no Direito brasileiro	320
3 Problematizações acerca do uso da colaboração premiada para a operação lava jato: quebra de paradigma ou manutenção de privilégios?	322
3.1 Definição, breve histórico e os requisitos para a utilização da Colaboração Premiada no Brasil.....	322
3.2 A Orientação Conjunta nº 1/2018 e o “mito” da neutralidade do Ministério Público.....	326
3.3 O perfil dos colaboradores que firmaram acordos juntamente à Força Tarefa de Curitiba: ruptura ou continuidade seletiva?.....	328
4 Considerações finais	332
Referências	333

PODER, MASCULINIDADE E PARTICIPAÇÃO EM FACÇÕES CRIMINOSAS A PARTIR DE RELATOS ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE PELA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS338
Jailson Alves Nogueira, Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira, Lauro Gurgel de Brito e Veruska Sayonara de Góis

1 Introdução	339
2 Adolescência e vontade de poder	339
3 Masculinidade: sentimento de virilidade, força e poder	345
4 Considerações finais	350
Referências	351

MOBILIZAÇÃO JURÍDICA E O DIREITO AO ABORTO NO BRASIL: A EVOLUÇÃO ARGUMENTATIVA NAS RESPECTIVAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE355
Fabiano Hartmann Peixoto e Thales Alessandro Dias Pereira

1 Introdução	356
2 Mobilização social, direito e transformações dos sentidos da constituição	357
3 As ações de controle concentrado relacionadas ao aborto e a evolução de sua semântica constitucional	359
4 Considerações finais	367
Referências	368

NORMAS EDITORIAIS..... 371
Envio dos trabalhos:..... 373

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O uso de bots sociais como
ameaça à democracia**
The usage of social *bots* as a
threat to democracy

Mateus de Oliveira Fornasier

O uso de *bots* sociais como ameaça à democracia*

The usage of social *bots* as a threat to democracy

Mateus de Oliveira Fornasier**

Resumo

Este trabalho objetiva conhecer os bots sociais, suas relações com a democracia e características que contribuam para regulação mais condizente com a sua complexidade. Objetivos específicos: i) estabelecer uma tipologia dos bots; ii) apresentar questões específicas acerca da importância do uso dessa tecnologia para a formação da opinião pública; iii) discutir possibilidades de regulação coerentes com a complexidade tecnológica dos bots sociais. Metodologia: método de procedimento hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental. Resultados: i) os bots exigem abordagem complexa, pois constituem uma categoria múltipla, havendo bots benignos e malignos; ii) além de terem influência deletéria para constituição da opinião pública, os bots são de difícil detecção, pois se valem de avanços tecnológicos bastante significativos, principalmente porque, conforme as ferramentas de detecção de bots evoluem, também evoluem as técnicas de ocultação de tais aparatos; iii) tanto em nível racional quanto emocional, o uso de bots sociais causadores de redundância de informações podem distorcer eleições; iv) é primordial que o problema não seja abordado unicamente com base em desenvolvimento tecnológico, pois, além do descrito descompasso técnico, há a exploração, por parte de políticos mal-intencionados, de características da psiquê e da socialização humanas. Ao serem desenvolvidas estratégias políticas e jurídicas para tal problema, portanto, a transdisciplinaridade entre conhecimentos técnicos e psicossociais (principalmente) deve ser levada em consideração.

Palavras-chave: Bots. Democracia. Opinião pública. Eleições. Regulação.

Abstract

This work aims to know the technology of social bots, its relations with democracy and its characteristics that contribute to a regulation more consistent with its complexity. Specific objectives: i) to establish a typology of bots; ii) to present specific questions about the importance of using this technology for the formation of public opinion; iii) to discuss possibilities for regulation consistent with the technological complexity of social bots. Results: i) Understanding bots requires a complex approach, as they are a multiple category, with benign and harmful bots; ii) in addition to having a deleterious influence on the constitution of public opinion, bots are dif-

* Recebido em 27/01/2020

Aprovado em 14/02/2020

** Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com Pós-Doutorado em Direito e Teoria (*Law and Theory*) pela University of Westminster (Reino Unido). E-mail para contato: mateus.fornasier@unijui.edu.br

difficult to detect, as they use very significant technological challenges, mainly because, as the bot detection tools evolve, so do the techniques for hiding such apparatus; iii) both at the rational and at the emotional level the use of social bots that cause redundancy of information can distort elections; iv) it is essential that the problem should be approached not only based on technological development, because, in addition to the described technical gap, there is the exploitation, by malicious politicians, of human psyche and socialization characteristics. When political and legal strategies are developed for such a problem, therefore, the transdisciplinarity between technical and psychosocial knowledge (mainly) must be taken into account. Methodology: hypothetical-deductive procedure method, with qualitative approach and bibliographic and documentary research technique.

Keywords: Bots. Democracy. Public Opinion. Elections. Regulation.

1 Introdução

O relatório *The Global Disinformation Order*, da autoria de Samantha Bradshaw e Philip Howard,¹ ambos pesquisadores da Universidade de Oxford, de 2019, destacou as maneiras pelas quais partidos políticos e agências governamentais usaram as mídias sociais para espalhar propaganda política, poluir o ecossistema de informações digitais e suprimir a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa.

No referido estudo, sistematizaram as capacidades de tropas cibernéticas em mínima, baixa, média e alta. A título de resumo, a capacidade média de tropas cibernéticas envolve equipes que têm uma forma e estratégia consistentes, bem como funcionários de tempo integral empregados o ano todo para controlar o espaço de informações. Tais equipes, geralmente, são coordenadas com vários tipos de atores e experimentam ampla variedade de ferramentas e estratégias para manipulação de mídias sociais. Algumas realizam, inclusive, operações de influência no exterior. As equipes de capacidade média incluem: Azerbaijão, Bahrein, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Camboja, Cuba, Etiópia, Geórgia, Guatemala, Índia, Cazaquistão, Quirguistão, Malásia, Malta, México, Paquistão, Filipinas, Catar, Sri Lanka, Sudão, Tadjiquistão, Tailândia, Turquia, Ucrânia, Reino Unido e Uzbequistão.

A alta capacidade de tropas cibernéticas envolve grande número de funcionários e grandes gastos orçamentários em operações psicológicas ou guerra de informação. Pode, também, haver fundos significativos gastos em pesquisa e desenvolvimento, além de evidências de uma infinidade de técnicas sendo usadas. Essas equipes não operam, apenas, durante as eleições, mas envolvem funcionários em tempo integral dedicados a moldar o espaço de informações. Tais equipes se concentram nas operações estrangeiras e domésticas, e incluem: China, Egito, Irã, Israel, Mianmar, Rússia, Arábia Saudita, Síria, Emirados Árabes Unidos, Venezuela, Vietnã e Estados Unidos.

Tal estudo revelou, dentre outras informações, que, em relação aos 70 (setenta) países estudados (ao redor de todo o globo), 87% destes usam contas humanas e 80% usam contas de *bot*; ademais, 71% espalham propaganda pró-governo ou pró-partido, 89% usam propaganda computacional para atacar oposição política, e 34% espalham mensagens polarizadoras projetadas para impulsionar divisões na sociedade.

Estudar o tema da influência dos *bots* nas comunicações sociais é de extrema importância para a sociedade e para a manutenção dos regimes democráticos no mundo. Esse tipo de comunicação tem sido cada vez mais presente em campanhas eleitorais, marcando transformação paradigmática na comunicação social. Assim, tem grande potencial para a formação de opiniões na esfera pública. No que tange à importância

¹ BRADSHAW, Samantha; HOWARD, Philip N. The global disinformation order: 2019 global inventory of organised social media manipulation. In: WORKING PAPER, 2., 2019, Oxford. *Proceedings...*Oxford: Project on Computational Propaganda, 2019. Disponível em: <https://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/93/2019/09/CyberTroop-Report19.pdf>. Acesso em: 26 dez 2019.

jurídica do tema, trata-se de tópico fundamental para entender a liberdade de expressão e seus limites a partir de novas tecnologias. Tanto legisladores quanto juízes terão de entender não apenas sua faceta deletéria à democracia, mas também, de que formas tal tecnologia pode ser utilizada em relação aos limites que não ofendam direitos e liberdades fundamentais.

A questão fundamental que moveu a elaboração desta pesquisa pode ser assim descrita: como se caracteriza a tecnologia de uso de *bots* sociais, e de que forma essa tecnologia pode ser regulada para que seu uso não “coloque em xeque” um dos principais pilares da democracia, qual seja, a formação de opinião de modo coerente? A hipótese que se apresenta para tal problema é de que a tecnologia de *bots* sociais pode ter tanto usos benignos quanto malignos no que tange à democracia e ao respeito a direitos fundamentais. Esse entendimento é basilar para que se construa uma regulação que também corresponda a tal complexidade. Assim, a regulação do uso da tecnologia dos *bots* não deve se dar apenas com base em atividade estatal — tendo de compreender a colaboração de entes privados, os quais detêm maior conhecimento de causa acerca de tal tecnologia. Contudo, a força normativa do Estado e das constituições é elemento-chave para que tal regulação ocorra com base em moldes legítimos.

O objetivo geral deste trabalho é conhecer a tecnologia dos *bots* sociais, suas relações com a democracia e características que contribuam para uma regulação mais condizente com a sua complexidade. Para a consecução de tal objetivo, estruturou-se o texto com base em partes. Na primeira, uma tipologia acerca dos *bots* foi realizada. Já na segunda, foram apresentadas questões específicas acerca da importância do uso dessa tecnologia para a formação da opinião pública. Por fim, uma discussão acerca de possibilidades de regulação coerentes para com a complexidade tecnológica dos *bots* sociais foi traçada.

Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa apresentada neste artigo tem natureza exploratória, com método de procedimento hipotético-dedutivo, abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

2 Bots e democracia: noções gerais

Os *bots* sociais preenchem os sistemas tecnossociais, sendo, geralmente, benignos e/ou úteis, apesar de muitos serem criados para prejudicar, adulterando, manipulando e enganando os usuários de mídia social.² Eles são usados, às vezes, de maneira indevida no discurso político, para manipular o mercado de ações, roubar informações pessoais e espalhar informações erradas. A taxonomia dos diferentes sistemas de detecção de *bots* sociais propostos na literatura explica técnicas baseadas em rede, estratégias de *crowdsourcing*, aprendizado supervisionado baseado em recursos e sistemas híbridos.

Bots são, basicamente, programas de computador usados com fins de automação na internet — daí o porquê da sua denominação (abreviatura para o termo *robot*). Tratar do que são os *bots* exige uma abordagem complexa, que perpassa analisar quais são estrutura, a função e o uso do tipo de sistema automatizado de que se irá tratar.³ Conforme tais categorias, há vários tipos — normalmente denominados conforme nomenclatura técnica proveniente da Língua Inglesa —: desde o início da internet, há *bots* que realizam a tarefa de acessar, arquivar e rastrear os milhares de sites que diariamente são adicionados à rede (os chamados *web robots*, essenciais para desenvolver os motores de busca de páginas na internet); há os bots que realizam diálogos entre computador e ser humano, que operam em linguagem natural (conhecidos como *chatbots*, tais como a Siri da Apple e a Alexa, da Amazon); outros que servem para espalhar publicidade comercial e

² FERRARA, Emilio; VAROL, Onur; DAVIS, Clayton; MENCZER, Filippo, FLAMMINI, Alessandro. The rise of social bots. *Communications of the ACM*, New York, v. 59, n. 7, p. 96-104, 2016. DOI: 10.1145/2818717.

³ GORWA, Robert; GUILBEAULT, Douglas. Unpacking the social media bot: a typology to guide research and policy. *Policy and Internet*, 2018. DOI: 10.1002/poi3.184.

vírus em massa (os *spambots*); e há, por fim, contas automatizadas em redes sociais (tais como o Facebook e o Twitter), que assumem uma identidade fabricada, se infiltram em redes de usuários, produzindo conteúdo diversos e interagindo, assim, com usuários humanos (os *social bots*). Quando necessitam da intervenção humana para disseminar conteúdo, os *bots* sociais são conhecidos como *sockpuppets* (“fantoques”, numa tradução livre); e os *sockpuppets*, quando possuem motivação política e/ou intervenção governamental, são frequentemente chamados de *trolls*. Quando ocorre a combinação entre *bots* e humanos, uns prestando assistência aos outros, configuram-se os ciborgues ou contas híbridas. Essa terminologia é meramente exemplificativa, dependendo do usuário (e/ou da cultura), ocorrem variações e confusões.

Bots sociais, quando projetados para prejudicar e manipular os usuários das mídias sociais, podem ser usados para roubar informações pessoais, espalhar desinformação, manipular o mercado de ações e se infiltrar no discurso político, por exemplo.⁴ Quando se trata de uso político nocivo, podem inflar artificialmente o apoio de um candidato político durante as eleições — ou seja, representam uma ameaça concreta aos procedimentos democráticos. Durante as eleições presidenciais de 2016 nos EUA, *bots* sociais foram usados para apoiar candidatos e difamar adversários, difundindo milhões de postagens (*tweets*) na plataforma Twitter sites contendo notícias falsas. Os robôs podem dar a impressão de que uma informação é altamente importante, precisa, difundida e endossada por muitas pessoas, influenciando o comportamento dos usuários de mídia social.

Howard, Wooley e Calo⁵ consideram que, dentre os *bots* sociais, há uma categoria específica, dos “bots políticos” — categoria que se refere a contas de usuário equipadas com os recursos ou o *software* para automatizar a interação com outras contas de usuário sobre política. Suas ilustrações são focadas em *bots* políticos no Twitter, devido à política relativamente aberta dos *sites* de automação e ao grande número de *bots* que funcionam em tal plataforma, mas situações semelhantes poderiam ocorrer, hipoteticamente, em outras plataformas sociais.

Os *bots* políticos estão entre as mais recentes ferramentas de comunicação das equipes de campanhas digitais.⁶ Essa tecnologia difundida desempenha um papel cada vez mais importante para o sentimento do público, manipulação de opiniões e contenção de procedimentos legais permanentes. Particularmente em relação à democracia digital e à direção eleitoral, esses autômatos controlados por *software* são de crescente importância para os estudiosos da comunicação política, da democracia e dos processos nela contidos. Os *bots* políticos também são motivo de preocupação para os formuladores de políticas, jornalistas e interessados em um processo eleitoral justo e transparente.

Bots sociais, assim, corroboram a polarização da discussão política nas mídias sociais, alteram a percepção da influência de tal forma de comunicação, afetam a percepção humana da realidade, arruinam reputações, aumentam, artificialmente, a audiência das pessoas, com fins econômicos ou políticos.⁷ Atualmente, simulam comportamentos humanos, pesquisando materiais na internet, os quais são publicados em horários predeterminados, incluindo padrões de rotinas diárias humanas.⁸ Podem também manter conversas com as

⁴ OBERER, Birgit; ERKOLLAR, Alptekin; STEIN, Anna. Social bots: act like a human, think like a bot. In: STUMPF, Marcus (ed.). *Digitalisierung und Kommunikation: Konsequenzen der digitalen Transformation für die Wirtschaftskommunikation*. Wiesbaden: Springer, 2019. p. 311-327; p. 314-315.

⁵ HOWARD, Philip N.; WOOLEY, Samuel; CALO, Ryan. Algorithms, bots, and political communication in the US 2016 election: the challenge of automated political communication for election law and administration. *Journal of Information Technology & Politics*, Oxfordshire, v. 15, n. 2, p. 81-93, 2018. DOI: 10.1080/19331681.2018.1448735, p. 85.

⁶ HOWARD, Philip N.; WOOLEY, Samuel; CALO, Ryan. Algorithms, bots, and political communication in the US 2016 election: The challenge of automated political communication for election law and administration. *Journal of Information Technology & Politics*, Oxfordshire, v. 15, n. 2, p. 81-93, 2018. DOI: 10.1080/19331681.2018.1448735, p. 91-92.

⁷ OBERER, Birgit; ERKOLLAR, Alptekin; STEIN, Anna. Social bots: act like a human, think like a bot. In: STUMPF, Marcus (ed.). *Digitalisierung und Kommunikation: Konsequenzen der digitalen Transformation für die Wirtschaftskommunikation*. Wiesbaden: Springer, 2019, p. 311-327; p. 316.

⁸ OBERER, Birgit; ERKOLLAR, Alptekin; STEIN, Anna. Social bots: act like a human, think like a bot. In: STUMPF, Marcus (ed.). *Digitalisierung und Kommunikation: Konsequenzen der digitalen Transformation für die Wirtschaftskommunikation*. Wiesbaden:

pessoas, colocando comentários em suas postagens ou respondendo perguntas. Outros pesquisam pessoas influentes ou favoritas nas redes sociais, seguindo-as ou chamando sua atenção. Isso pode influenciar discussões, facilitar a aquisição de visibilidade e gerar conteúdo. A fim de não serem confundidos com agentes não humanos, esses *bots* podem pesquisar, nas redes sociais, informações adequadas a cada tópico de discussão e adaptar suas contribuições às conversas atuais. Os *bots* avançados podem produzir respostas automáticas por meio de algoritmos de linguagem natural, geralmente com informações apontando para recursos externos. Os *bots* podem roubar perfis, fotos e *links* de usuários reais e agir como esses humanos reais, espalhando conteúdo para tópicos predefinidos. Às vezes permitem a clonagem do comportamento de usuários humanos reais, interação com seus amigos reais e postagem de conteúdo em tempo hábil, que se ajusta ao comportamento real do usuário. Os *bots* avançados podem evitar os algoritmos padrão de detecção de *bots*: seguem uns aos outros nas redes sociais, tendo, portanto, uma proporção equilibrada de amigos e seguidores, seguindo um cronograma em suas publicações para simular pausas e períodos de sono de usuários de mídia social humana. Além disso, eles podem reutilizar mensagens já postadas, alterando, ligeiramente, as mensagens de modo aleatório, a fim de evitar a detecção como mensagens de *bot* por programas automáticos.

Como as mídias sociais tornaram-se um local de discussão e debate sobre temas controversos, oferecem uma oportunidade de influenciar a opinião pública. Essa possibilidade deu origem a um comportamento específico conhecido como *trolling*, encontrado em quase todas as discussões que incluem tópicos emocionalmente atraentes. O *troll* — usuário de comunicação mediada por computador que constrói a identidade de querer sinceramente fazer parte do grupo em questão, transmitindo intenções pseudo-sinceras, mas cuja intenção real é interromper e/ou desencadear/exacerbar conflitos — é uma ferramenta útil para qualquer organização disposta a forçar uma discussão fora dos trilhos quando não há fatos adequados para apoiar os argumentos.⁹

Comentários ofensivos e ataques pessoais podem inibir a participação de cidadãos em espaços de discussão — razão pela qual é necessária uma moderação automatizada de conteúdo, que visa superar esse problema usando classificadores de aprendizado de máquina treinados em grandes corpos de textos classificados como ofensivos. Apesar de tais sistemas serem capazes de incentivar mais debates civilizados e racionais, eles devem navegar por fronteiras normativamente contestáveis, estando sujeitos a normas idiossincráticas dos avaliadores humanos que fornecem os dados de treinamento.¹⁰ Um objetivo importante das plataformas que implementam essas medidas pode ser garantir que elas não sejam indevidamente tendenciosas em relação ou contra normas particulares de ofensa. Em outras palavras: *bots* podem ser usados para ajudar a construir ambientes mais éticos e racionais; porém, até o momento, é necessário que agentes humanos os treinem para identificar conteúdo malicioso — e tal treinamento de identificador pode ficar sujeito às tendências dos programadores. Ou seja: se programadores tiverem preconceitos (de sexo, de raça, religiosos, de posicionamento político etc.), poderão inseri-los nos *bots* programados como moderadores de conteúdo.

Os cenários em que a aplicação de *bots* sociais é comprovadamente prejudicial são significativamente centrais em relação à vida *on-line* e, portanto, significativos para a formação da opinião pública. Vários pesquisadores propõem soluções para detectar o comportamento humano dessas entidades autônomas. O trabalho de Zago et al.¹¹ identifica vários desafios do social *bots*, com o objetivo de auxiliar pesquisadores na construção de metodologias sólidas contra essa ameaça em evolução. No que tange a procedimentos

Springer, 2019. p. 311-327; p. 317.

⁹ PAAVOLA, Jarkko; HELO, Tuomo; JALONEN, Harri; SARTONEN, Miika; HUHTINEN, Aki-Mauri. Understanding the trolling phenomenon: the automated detection of bots and cyborgs in the social media. *Journal of Information Warfare*, Yorktown, v. 15, n. 4, p. 100-111, 2016. p. 100; p. 104.

¹⁰ BINNS, Reuben Binns; VEALE, Michael; VAN KLEEK, Max; SHADBOLT, Nigel Shadbolt. Like trainer, like bot? Inheritance of bias in algorithmic content moderation. In: INTERNATIONAL CONFERENCE SOCINFO, 9., 2017, Oxford. *Proceedings...* Oxford: Springer, 2017. p. 405-415. Part II. DOI: 10.1007/978-3-319-67256-4_32.

¹¹ ZAGO, Mattia; NESPOLI, Pantaleone; PAPAMARTZIVANOS, Dimitrios; PÉREZ, Manuel Gil; MÁRMOL, Félix Gómez; KAMBOURAKIS, Georgios; PÉREZ, Gregorio Martínez. Screening Out Social Bots Interference: Are There Any Silver Bullets? *IEEE Communications Magazine*, New York, v. 57, n. 8, p. 98-104, Aug. 2019. DOI: 10.1109/MCOM.2019.1800520. p. 99.

democráticos, as principais ameaças realizadas por estratégias que usam *bots* sociais maliciosos relacionam-se à manipulação da opinião pública, mediante o abuso de ferramentas de automação *online* para gerar uma grande quantidade de postagens de mídias sociais para apoiar ou atacar de maneira oposta pessoas, marcas e ideologias específicas.

O uso de *bots* sociais em tempos de eleição totalmente influenciada pela internet remete à noção de guerra neocortical, a qual molda ou controla o comportamento inimigo sem destruí-lo, até o ponto de regular a percepção, a consciência e a vontade da liderança do adversário (ou seja, o seu sistema neocortical).¹² Em outros termos, trata-se de penetrar na observação, na orientação, na decisão e na ação dos adversários, apresentando aos líderes do adversário (seu cérebro coletivo) percepções, dados sensoriais e cognitivos projetados para resultar em uma faixa ora estreita e controlada, ora grande e desorientadora (a depender das necessidades de quem a controla) de cálculos e avaliações. Essas avaliações e cálculos produzem escolhas adversas que correspondem às escolhas e resultados desejados, influenciando os líderes adversários a não lutarem, principalmente. Para Andrew Korybko,¹³ trata-se de uma estratégia não linear, possuindo elementos inerentes de caos. Ademais, em se tratando de uso programação neurolinguística direcionada ao indivíduo, uma das maneiras atuais mais eficazes de se usar estratégias de guerra neocortical é por meio da mídia social e das redes.

O grande objetivo da infiltração de inteligência nas redes de mídia social é criar uma mente de colmeia, a qual pode fazer com que seus membros invadam taticamente seu alvo de maneira aparentemente caótica, a fim de interromper seu ciclo de observação, orientação e decisão, o que leva ao colapso do adversário.¹⁴ No contexto da Guerra Híbrida, essas são as massas que se encontram nos centros de poder simbólico e administrativo das autoridades como um todo unificado (se descentralizado), a fim de levar à mudança de regime pelo domínio da multidão (ou seja, caos organizado e direcionado).

As mentes da colmeia podem ser projetadas por meio de plataformas de mídia social e princípios de guerra em rede. As técnicas de “relações públicas” são muito utilizadas no mundo virtual e físico para que isso aconteça. O objetivo de tal estratégia é reunir o maior número possível de pessoas que passaram a compartilhar as mesmas convicções antigovernamentais. É importante ressaltar que esses indivíduos também devem ser “programados” por meio de uma guerra neocortical reversa para que se deseje provocar ativamente essa mudança quando o movimento for deflagrado. Com a mente de colmeia, as partes díspares contrárias a um regime se unificam. E, nesse sentido, o uso de *bots* maliciosos cumpre com grande competência a estratégia de guerra neocortical e de formação de mente de colmeia.

Os *bots* sociais apresentam características que desafiam os sistemas de detecção — sendo as principais:¹⁵

a) *Big data* social: coletar, armazenar e gerenciar dados de tal magnitude representa uma tarefa desafiadora. Além disso, algoritmos e ferramentas legados para gerenciamento de dados são inadequados para processá-los efetivamente. Os robôs sociais exploram a dificuldade de processamento dos dados de mídias sociais (que têm grandes volumes, alta velocidade e alta variedade) para não serem descobertos, dificultando o processo de detecção.

b) Conjuntos de dados modernos de robôs sociais: é limitado o número de conjuntos de dados sociais de robôs disponíveis publicamente. E faltam conjuntos de dados modernos que incluem traços de *bots* con-

¹² SZAFRANSKI, Richard. Neocortical warfare? The acme of skill. *Rand Publications MR All Series*, 1997. Disponível em: https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/MR880/MR880.ch17.pdf. Acesso em: 27 Jan. 2020, p. 404.

¹³ KORYBKO, Andrew. *Hybrid wars: the indirect adaptive approach to regime change*. Moscow: The People’s Friendship University of Russia, 2015. p. 37.

¹⁴ KORYBKO, Andrew. *Hybrid wars: the indirect adaptive approach to regime change*. Moscow: The People’s Friendship University of Russia, 2015. p. 43-44.

¹⁵ ZAGO, Mattia; NESPOLI, Pantaleone; PAPAMARTZIVANOS, Dimitrios; PÉREZ, Manuel Gil; MÁRMOL, Félix Gómez; KAMBOURAKIS, Georgios; PÉREZ, Gregorio Martínez. Screening out social bots interference: are there any Silver Bullets? *IEEE Communications Magazine*, New York, v. 57, n. 8, p. 98-104, Aug. 2019. DOI: 10.1109/MCOM.2019.1800520; p. 100.

temporâneos. Entre outros fatores, o número de seguidores, atividades recentes e a frequência de postagem são informações importantes que fornecem valor agregado para inspecionar os dados de mídias sociais, revelando *bots* malignos.

c) Detecção de comportamento semelhante ao humano dos *bots*: um desafio importante é o estudo das métricas e recursos para identificar diferenças comportamentais dos *bots* sociais entre as diversas redes sociais. Além disso, os comportamentos de *bot* já são bastante sofisticados, podendo imitar comportamentos realistas e produzir conteúdo credível com padrões temporais semelhantes aos humanos.

d) Comportamento em constante mudança dos robôs: conforme as estratégias de detecção evoluem, isso ocorre também com os exércitos que adaptam seu comportamento para permanecerem ocultos e continuarem silenciosamente suas atividades enganosas. É possível, assim, a eclosão de uma corrida armamentista interminável entre sistemas de detecção e *bots* em constante evolução.

e) Falta de ferramentas apropriadas de visualização: em razão da complexidade da estrutura de dados e da sua massividade, revelar e visualizar interconexões entre contas é uma tarefa complicada. As ferramentas tradicionais de visualização atingem seus limites ao lidar com conjuntos de dados em larga escala em constante evolução. Se a visualização de *big data* é uma tarefa difícil, a visualização de *big data* social é ainda mais difícil devido ao aumento da complexidade. Dessa forma, ter uma estrutura clara da interconexão entre os perfis ajudaria a identificar o grupo de influenciadores que guia o exército e, possivelmente, expor o ator principal por trás dele.

Quando se analisa o efeito dos *bots* em escala micro — ou seja, na influência que a difusão de informações que realizam —, podem causar danos epistêmicos significativos às deliberações internas de cada um. Cada cidadão delibera internamente ao formar julgamentos — e isso tem consequências políticas, pois esses julgamentos relacionam-se aos votos de cada indivíduo em um processo eleitoral.¹⁶ Nesse sentido, algumas violações da independência epistêmica (como a repetição de mensagens, por exemplo) podem fazer com que os indivíduos considerem duas vezes as informações que sopesaram, distorcendo, assim, seus julgamentos, se os receptores não estiverem cientes da repetição. Disso resulta a necessidade normativa de que cada cidadão deve ignorar ou desconsiderar certos tipos de entradas de informações (por exemplo, mensagens de *bot* ou *retweets*) que provavelmente são apenas uma repetição daquilo que já foi levado em consideração em suas deliberações internas anteriores.

Pessoas aprendem umas com as outras — e, quanto mais pessoas relatam a mesma coisa, mais credível é provável que uma informação seja. Isso faz sentido se todos estiverem fornecendo evidências genuinamente independentes, mas não faz sentido se, como ocorreu nas eleições presidenciais dos EUA em 2016, muitos dos aparentes “relatórios de confirmação” constituírem réplicas do relatório original, reeditadas automaticamente por algum *bots* sociais. Quando se considera uma réplica como se fosse informação nova, as evidências equivalem à contagem dupla do relatório original — e as evidências de contagem dupla são tão ruins do ponto de vista epistêmico quanto a contagem de votos seria de uma perspectiva democrática.¹⁷

Agentes epistêmicos que não sejam completamente independentes, como os *bots*, podem impactar, significativamente, a opinião pública. Em primeiro lugar, cerca de metade do tráfego da web é proveniente de *bots*, e até milhões de contas no Facebook e no Twitter são contas de *bots* sociais.¹⁸ Em segundo, os indivíduos são vulneráveis à repetição de mensagens e provavelmente superestimam o peso epistêmico das mensagens repetidas; eles também não têm condições de distinguir um argumento de clone de uma reivin-

¹⁶ TANASOCA, Ana. Against bot democracy: the dangers of epistemic double-counting. *Perspectives on Politics*, Washington, v. 17, n. 4, p. 988-1002, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1537592719001154>, p. 988.

¹⁷ TANASOCA, Ana. Against bot democracy: the dangers of epistemic double-counting. *Perspectives on Politics*, Washington, v. 17, n. 4, p. 988-1002, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1537592719001154>, p. 988.

¹⁸ CONFESSORE, Nicholas; DANCE, Gabriel J. X.; HARRIS, Richard; HANSEN, Mark. The follower factory. *New York Times*, Jan. 27, 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2018/01/27/technology/social-media-bots.html>. Acesso em: 21 dez. 2019.

dicação independente. Terceiro, uma proporção substancial da população dos EUA recebe suas notícias das plataformas de mídia social: em agosto de 2017, 67% dos americanos relataram receber “pelo menos algumas de suas notícias nas mídias sociais”, com o Twitter, em particular, aumentando sua acessibilidade em 15 pontos percentuais.¹⁹ Quando se combinam esses fatos, é razoável pensar que agentes *bots* poderiam minar as deliberações internas e, inclusive, realmente transformar uma eleição. Eles fariam isso artificialmente, aumentando a credibilidade de alguns argumentos, levando os cidadãos a superestimar seu peso epistêmico.

Existe claramente um argumento para proibir *bots* de discussões políticas, mas a razão para isso — o dano epistêmico que pode ser causado ao julgamento das pessoas quando elas são expostas involuntariamente à repetição de mensagens — vai muito além de *bots*. Muitas repetições de mensagens também ocorrem nas interações humanas. Para saber o que fazer com o que os outros dizem, as pessoas precisam saber onde obtiveram suas informações e se é algo que já levaram devidamente em consideração.²⁰ Novas normas e políticas que regem as práticas discursivas são necessárias, especialmente devido ao modo como a interação *online* torna, cada vez mais difícil, para os indivíduos humanos, determinar o que precisam saber para avaliar com precisão as informações que estão recebendo.

A técnica de propaganda que mais se assemelha à batalha dos *bots*, para Peter Hirsch,²¹ é o que tem sido chamado de campanhas “*Astroturf*”, um tipo de propaganda empresarial (geralmente) projetada para simular a força da opinião pública sobre um assunto específico. Tais campanhas usaram uma variedade de técnicas, incluindo forjar centenas de cartas aos membros do Congresso, criar grupos de defesa de cidadãos supostamente preocupados e estabelecer operações para encontrar cidadãos neutros para endossar as opiniões dos interesses corporativos. Essas técnicas, como as redes de *bots*, produzem a impressão de que grandes segmentos da população apoiam as opiniões e a agenda da entidade patrocinadora (grupo de defesa, empresa, candidato, governo etc.). Mas o surgimento dos *bots* políticos é alarmante porque há uma competição como pano de fundo — representada pelos embates entre interesses corporativos que comecem a empregar essas técnicas primeiro ou os grupos de defesa de direitos — e fica difícil imaginar que qualquer grupo na batalha da opinião pública renuncie, voluntariamente, ao seu uso.

3 Bots e a formação do discurso político online

É fundamental ilustrar a presente pesquisa com dados e considerações mais específicas acerca da interferência dos *bots* sociais para formação do discurso político *on-line*. Nesse sentido, destaca-se a pesquisa de Emilio Ferrara,²² sobre o papel dos *bots* no discurso político *on-line* em associação com três grandes eventos políticos (eleições presidenciais dos EUA de 2016; eleições da França de 2017; e eleições de meio-termo dos EUA de 2018). Sua primeira descoberta foi de que uma quantidade significativa de *bots* distorceu a discussão *online* na eleição presidencial dos EUA de 2016. Tais *bots* promoveram interações bem-sucedidas para com humanos por meio de *retweets* na mesma proporção que os usuários humanos.

Quanto às eleições francesas de 2017, *bots* promoveram uma campanha de desinformação pouco antes do pleito (conhecida como *MacronLeaks*).²³ Foi possível, para o pesquisador, identificar facilmente o início

¹⁹ SHEARER, Elisa; GOTTFRIED, Jeffrey. News use across social media platforms. *Pew Research Center*, Sep. 2017. Disponível em: <http://www.journalism.org/2017/09/07/news-use-across-social-media-platforms-2017/>. Acesso em: 21 dez. 2019.

²⁰ TANASOCA, Ana. Against bot democracy: the dangers of epistemic double-counting. *Perspectives on Politics*, Washington, v. 17, n. 4, p. 988-1002, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1537592719001154>, p. 999.

²¹ HIRSCH, Peter Buell. Windmills in cyberspace. *Journal of Business Strategy*, Bingley, v. 38, n. 3, p. 48-51, 2017. DOI: 10.1108/JBS-02-2017-0023, p. 50.

²² FERRARA, Emilio. Bots, elections, and social media: a brief overview. *Arxiv.org*. 03 Oct. 2019. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1910.01720>. Acesso em: 22 dez 2019, p. 15-16.

²³ MOHA, Megha. Macron leaks: the anatomy of a hack. *BBC News*, 9 May 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-39845105>. Acesso em: 22 dez. 2019.

dessa campanha de desinformação no Twitter, bem como ilustrar como seu pico de popularidade era comparável ao da discussão política regular. Mas considera que essa campanha de desinformação não foi bem-sucedida, em parte porque foi adaptada às necessidades de informação e aos padrões de uso da comunidade de direita alternativa americana em vez do público de Língua Francesa. É interessante também observar a descoberta de que centenas de contas de *bots* foram redirecionadas das eleições de 2016 nos EUA para a França — o que sugere a existência de um mercado negro de *bots* políticos reutilizáveis.

Em relação às eleições de meio-termo de 2018 dos EUA, a análise ilustrou que não apenas os *bots* eram quase tão predominantes quanto nos outros dois eventos, mas também que os *bots* de discurso conservador foram centrais no núcleo altamente conectado da rede de *retweet*. As descobertas de Ferrara a partir de uma análise comparativa que contrastou a atividade de *bots* e humanos em 2016 e 2018 destacaram que um núcleo de mais de 245 mil usuários, dos quais 12,1% eram *bots*, estava ativo em ambos os eventos. Tais resultados sugerem que os *bots* podem ter evoluído para melhor mimetizar padrões temporais de atividade humana — o que, com a evolução da inteligência artificial, pode tornar ainda mais eficiente o trabalho de desinformação por *bots*, mas também mais difícil a sua diferenciação da atividade humana. Sendo assim, o pesquisador sugere que ferramentas tecnológicas de detecção não são mais suficientes, sendo necessário aprimorar políticas públicas e desenvolver melhor a regulação para obliterar a interferência de *bots* sociais no discurso político.

É interessante, no que concerne às ideologias dos *bots* políticos no Twitter e suas interações para com humanos, o estudo realizado por Luceri et al.,²⁴ em que se analisou o Twitter para estudar o discurso durante as eleições de meio-termo dos EUA de 2018. Nessa oportunidade, foram reunidos 2,6 milhões de tweets por 42 dias no dia da eleição de quase 1 milhão de usuários. Como resultado, os pesquisadores revelaram que os *bots* sociais conservadores compartilham a maioria dos tópicos de discussão com suas contrapartes humanas, enquanto os robôs liberais mostram menos sobreposição e uma atitude mais inflamatória. Ademais, os *bots* conservadores estão mais profundamente enraizados na rede social, sendo mais eficazes do que os liberais em exercer influência sobre os seres humanos.

Rofrío et al.²⁵ também apresentam evidências suficientes para mostrar que *bots* políticos foram usados nas mídias sociais durante as eleições de 2017 no Equador, e que tais contas automáticas foram usadas para promover ou desacreditar candidatos. Nesse sentido, quase 46% de todos os *bots* coletados apoiaram o candidato oficial, Lenín Moreno, e outros candidatos, como Guillermo Lasso, receberam quase um tweet contra para cada tweet a favor. Deixaram claro, também, que todos os candidatos equatorianos, sem exceção, prepararam contas no Twitter e suas contas aumentaram seus seguidores durante a campanha. E, nas eleições do Chile de 2017, Santana e Huerta Cánepa²⁶ investigaram quase 2 milhões de tweets coletados sobre a eleição, e analisados ou vinculados a qualquer um dos candidatos ou suas campanhas. E, no Facebook, foram analisadas 2.927 publicações oficiais dos candidatos e seus 453.668 comentários. Assim, descobriram que, embora no Facebook o comportamento era relativamente normal, no Twitter foi descoberto, no primeiro turno, que havia brigadas digitais que agem autonomamente tentando criar uma ilusão de apoio nas bases.

Corroborar esses dados todos a pesquisa de Kris Shaffer,²⁷ que, ao estudar as intersecções entre o uso de dados e a democracia, explorou vários problemas que deixam os cidadãos vulneráveis à desinformação, propaganda e *hackers* cognitivos. O primeiro tipo de problema é baseado na psicologia humana. Nesse tipo

²⁴ LUCERI, Luca; DEB, Ashok; BODAWY, Adam; FERRARA, Emilio. Red bots do it better: comparative analysis of social bot partisan behavior. In: WORLD WIDE WEB CONFERENCE, 2019, San Francisco. *Proceedings...*San Francisco: ACM, 2019. p. 1007-1012. DOI: 10.1145/3308560.3316735.

²⁵ ROFRÍO, Daniel et al. Presidential elections in Ecuador: bot presence in Twitter. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON EDEMOCRACY & EGOVERNMENT, 6., 2019, Quito. *Proceedings...*Quito: IEEE, 2019. p. 218-223. DOI: 10.1109/ICE-DEG.2019.8734426.

²⁶ SANTANA, Luis E.; HUERTA CÁNEPA, Gonzalo. ¿Son bots?: automatización en redes sociales durante las elecciones presidenciales de Chile 2017. *Cuadernos.info*, Chile, v. 44, p. 61-77, 2019. DOI: 10.7764/cdi.44.1629.

²⁷ SHAFFER, Kris. *Data versus democracy: how big data algorithms shape opinions and alter the course of history*. Colorado: Apress, 2019. DOI: 10.1007/978-1-4842-4540-8_7, p. 109-110.

se encontra o que o autor denominou viés de confirmação (*confirmation bias*), a predisposição a acreditar em reivindicações que são consistentes com as crenças já defendidas pelas pessoas, fechando suas mentes em relação a reivindicações que desafiam suas visões de mundo. Também o piscar de atenção (*attentional blink*) torna difícil às pessoas manter suas faculdades críticas ativas ao encontrarem informações em um ambiente de mídia em constante mudança e em ritmo acelerado. Já o preparo (*priming*) torna as pessoas vulneráveis à mera repetição, especialmente quando não estão conscientes dela, pois a exposição repetida a uma ideia facilita que nossas mentes processem e, portanto, acreditem nessa ideia. Essas características, desenvolvidas ao longo da evolução, facilitam a formação de preconceitos e estereótipos reforçados e amplificados, ao longo do tempo, sem a ajuda da tecnologia digital.

Já o segundo tipo é técnico. A *mineração excessiva de dados pessoais*, combinada à *filtragem colaborativa*, além de permitir que as plataformas segmentem os usuários com mídia que incentiva o envolvimento *on-line*, reforçam as tendências que levaram a essa segmentação. A publicidade segmentada coloca, funcionalmente, esses dados do usuário à disposição daqueles que os usariam para direcionar o público para ganhos financeiros ou políticos.

Um terceiro tipo de problema diz respeito ao plano social, e se relaciona ao *rápido aumento do acesso à informação e às pessoas que a tecnologia digital oferece*. Se, por um lado, isso tem o potencial de libertar as pessoas de sua ignorância pluralista; por outro, revela que não estão prontas para lidar com as implicações sociais da informação que trafega por e entre comunidades com base principalmente em laços sociais fracos.

Em última análise, o autor expõe que a desinformação, da qual políticos tendenciosos se valem em suas estratégias, é um problema humano, e não técnico. Novas tecnologias de comunicação e dados não são inerentemente positivas, negativas ou neutras. Cada nova tecnologia tem seus próprios recursos e limitações que, assim como a mente humana, tornam certas vulnerabilidades mais severas que outras. É isso faz com que não haja solução puramente técnica para o problema, já que a desinformação é um comportamento perpetrado pelas pessoas, contra as pessoas, de acordo com os traços fundamentais da cognição e das comunidades humanas. Sendo assim, as soluções para esses problemas na esfera política da formação de opinião pública devem também ser humanas.

Não apenas em períodos eleitorais os *bots* políticos são usados. As contas falsas das mídias sociais também espalham mensagens pró-governamentais, aumentam os números de seguidores de sites e causam tendências artificiais. A propaganda gerada por *bot* e o desvio de direção se tornaram estratégia política mundial, tendo sido tais estratégias implementadas em vários países: Rússia, México, China, Austrália, Reino Unido, Estados Unidos, Azerbaijão, Irã, Bahrein, Coreia do Sul, Turquia, Arábia Saudita e Marrocos e Venezuela.²⁸ De fato, os especialistas estimam que o tráfego de *bots* agora representa mais de 60% de todo o tráfego *on-line* — quase 20% em relação a, apenas, dois anos atrás.

4 Questões fundamentais para a regulação do uso dos bots

Conforme ocorre a evolução e a expansão da automação digital em direção aos contextos sociais, as respostas do sistema jurídico à produção e difusão de comunicações falsas e odiosas por algoritmos representam um problema político urgente. Conforme as comunicações entre humanos se tornam cada vez mais embasadas em e dependentes de soluções digitais, a legalidade (e a legitimidade) das informações criadas por algoritmos que prejudicam a reputação ou a dignidade de indivíduos, entidades ou grupos é uma questão política colocada e respondida de maneira diferente em todo o mundo. Nesse sentido, Meg Leta Jones²⁹

²⁸ FORELLE, Michelle; HOWARD, Phil; MONROY-HERNÁNDEZ, Andrés; SAVAGE, Saiph. Political bots and the manipulation of public opinion in Venezuela. *Arxiv.org*. 25 June 2015. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1507.07109>. Acesso em: 22 dez 2019, p. 6.

²⁹ JONES, Meg Leta. Silencing bad bots: global, legal and political questions for mean machine communication. *Communication Law*

apresenta uma série de questões pendentes, nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, que passam a exigir atenção internacional e interdisciplinar em relação ao uso dos *bots*.

Primeiramente, há de se entender que a complexidade e a consideração de muitos detalhes, portanto, são fundamentais na regulação dos *bots*.³⁰ Todos os envolvidos tecnológica ou normativamente com plataformas sociais que incluam ou dependam de comunicação gerada por algoritmos designers, produtores, usuários e reguladores de plataformas que incluem ou dependem de comunicação gerada por algoritmos devem abordar o potencial de comunicação ruim (falha ou odiosa) da máquina. Mesmo aplicativos aparentemente inocentes — por exemplo, que sugerem a próxima palavra para uma pesquisa na internet ou um chatbot amigável — correm o risco de responsabilidade civil e criminal e modificações caras nos programas (na esteira dos exemplos acima dados, é de se imaginar, por exemplo, um algoritmo que associe determinadas etnias e raças a animais, comportamentos desonrosos, ou algo similar, numa sugestão de busca do Google).

Há muitas questões jurídicas interessantes que provavelmente não serão respondidas com base na política existente de remoção rápida para uma comunicação corriqueira de máquina. Bons exemplos de tais questões dizem respeito: i) à hermenêutica das normas de responsabilidade dos intermediários nas comunicações (ou seja, que artigos, de que leis/tratados, devem ser aplicados ou não às práticas concernentes ao discurso dos *bots*); ii) às distinções nebulosas entre editor e criador de conteúdo na comunicação por máquina (em outras palavras, quem deve ser responsabilizado pelo discurso proferido por *bots*); iii) a elementos humanos de normas atinentes às ofensas contra a honra e discurso de ódio (em suma, o que pode ser considerado ofensivo ou não, considerando-se cada caso das comunicações potencialmente danosas). Assim como ocorre com muitas tecnologias emergentes, algumas dessas preocupações e aplicações dependem de pesquisas de cientistas sociais que podem ajudar a formar um enquadramento teórico e obter inspiração sobre a integração e o impacto de tais tecnologias.

Nathalie Marechal³¹ considera que uma boa estrutura normativa para o uso de *bots* em redes sociais deve ter três componentes: i) divulgação (as contas de *bot* devem ser claramente identificadas como tal); ii) consentimento (*bots* não devem iniciar contato com usuários humanos sem o seu consentimento, incluindo interações como curtir, favoritar ou retwitter); iii) uso secundário (os proprietários de *bots* não devem usar as informações coletadas sobre os usuários para outros fins que não os divulgados aos usuários no momento da coleta). Esses pilares normativos, inspirados no projeto *Ranking Digital Rights*, deveriam ser usados, principalmente, nas estratégias de autorregulação das plataformas de redes sociais.

Conforme Lamo e Calo,³² tramitam no Estado da Califórnia e no Senado dos EUA projetos de lei sobre divulgação de *bots* —, no caso da primeira, tornar-se-á ilegal o envolvimento de *bots* em marketing ou propaganda eleitoral sem revelar que não são humanos. O Senado dos Estados Unidos também está avaliando uma possível lei geral de divulgação de *bots*. A princípio, os autores parecem não considerar censura a obrigatoriedade da revelação do caráter não humano do *bot* ao realizar a sua comunicação. Porém, alertam para a possibilidade de desrespeito à liberdade de expressão qualquer restrição muito cabal à possibilidade de anonimato. Tem sido comum na história da evolução da civilização a desconfiança acerca de novas formas tecnológicas de comunicação (palavra escrita, imprensa, internet etc.). E é muito fácil fazer com que essa desconfiança degradingue em censura. Contudo, tecnologias úteis de comunicação encontram, com o tempo, maneiras de florescer. E a liberdade de expressão, primordial para a democracia, se expandiu para atender a essas tecnologias amplamente em seus próprios termos.³³

and Policy, Belgium, v. 23, n. 2, p. 159-195, 2018. DOI: 10.1080/10811680.2018.1430418, p. 159 e ss.

³⁰ JONES, Meg Leta. Silencing bad bots: global, legal and political questions for mean machine communication. *Communication Law and Policy*, Belgium, v. 23, n. 2, p. 159-195, 2018. DOI: 10.1080/10811680.2018.1430418, p. 195.

³¹ MARECHAL, Nathalie. When bots tweet: toward a normative framework for bots on social networking sites. *International Journal of Communication*, Los Angeles, v. 10, p. 5022–5031, 2016, p. 5029.

³² LAMO, Madeline; CALO, Ryan. Regulating bot speech. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 66, p. 988-1028, 2019. DOI: 10.2139/ssrn.3214572, p. 990.

³³ LAMO, Madeline; CALO, Ryan. Regulating bot speech. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 66, p. 988-1028, 2019. DOI:

Apenas o tempo dirá se os vários tipos de *bots* que existem e que podem vir a surgir atendem ao limite da utilidade. É claro que já se demonstrou que seu abuso pode causar danos sérios, e que a regulação é necessária. Não se pode, contudo, deixar de lado preocupações fundamentais da liberdade de expressão mesmo na regulação dos *bots*. Eles representam uma nova forma de comunicação (na capacidade de surpreender, na capacidade de produzir fala em escala e na maneira como alguns tipos de *bots* testam as intuições humanas sobre os limites entre pessoa e máquina), muitas vezes assustadora e, em várias, prejudicial.

Há de se reafirmar a preocupação com a propagação de notícias falsas mediante o uso de bots em relação às reputações (individuais ou de grupos), seu uso eleitoral e os danos civis que podem vir a causar. Programadores desenvolvem *bots* para decifrar e resumir grandes quantidades de dados, e empresas de notícias usam tais *bots* para coletar informações e rapidamente publicar histórias. Conforme a tecnologia evolui, *bots* escreverão histórias, as quais correrão o risco de retratar falsamente a situação de um ser humano — o qual, se prejudicado, processará a empresa por difamação, perdas e danos etc. Conforme Laurel Witt,³⁴ para aplicar a lei a um caso envolvendo *bots*, um tribunal deve eliminar o elemento de negligência da lei de difamação e acrescentar a doutrina do respondente superior, responsabilizando o supervisor ou o proprietário do *bot*, porque esses indivíduos podem verificar a história em busca de informações falsas ou realizar correções. Traduzindo-se o posicionamento para o âmbito constitucional e civilístico brasileiro, pode-se afirmar que o autor defende a responsabilização objetiva por abuso do direito à livre manifestação do pensamento — o que deve ser sopesado quando da criação de regulação específica para a conduta para com *bots* em mídias sociais.

No que concerne à regulação do uso de *bots* sociais em eleições, Ruediguer et al.³⁵ indicam que, ainda, não há normatizações específicas na legislação eleitoral brasileira, ou na atividade judicial, ou na esfera regulatória.³⁶ Sendo os *bots* sociais espécie de ferramenta de alta complexidade técnica que pode potencializar a desinformação em massa e produzir efeitos deletérios sobre o funcionamento de uma democracia, é fundamental que os atores envolvidos na sua regulação sejam instruídos substantivamente em relação às peculiaridades técnicas do fenômeno e aos desafios políticos que dele decorrem — particularmente, a falta de transparência e *accountability* que permeia atualmente a utilização dessas ferramentas no meio digital. Expandir a conscientização da sociedade civil e dos eleitorados sobre os riscos de desinformação digital possibilita o surgimento de novas estratégias não estatais de contenção do problema (como estratégias de checagem de fatos), mas legisladores e magistrados eleitorais também têm de se engajar ativamente no debate e na busca por soluções adequadas, que coíbam as estruturas de desinformação que atuam usando *bots* sociais, mas que também não constrojam a inovação e a experimentação nos processos eleitorais democráticos.

Karine K. e Silva³⁷ retrata que a indústria, devido à sua experiência e infraestrutura estratégica, está bem

10.2139/ssrn.3214572, p. 1028.

³⁴ WITT, Laurel. Preventing the rogue bot journalist: protection from non-human defamation. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 15, n. 2, p. 517-548, 2017, p. 547-548.

³⁵ RUEDIGUER, Marco Aurélio et al. *Bots e o direito eleitoral brasileiro: nas eleições de 2018*. Rio de Janeiro: FGV/DAPP, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/26227>. Acesso em: 23 dez 2019.

³⁶ Apesar da falta de menção específica a *bots* ou robôs na legislação eleitoral brasileira, Ruediguer et al. (2019) apontam e comentam diversos instrumentos regulatórios análogos em relação a práticas que os envolvam. O artigo 57-B, §2º da Lei nº 9.504/97 (BRASIL, 1997) proíbe a criação de perfis falsos em redes sociais com a finalidade de propagar conteúdo eleitoral. E o art. 57-B, §3º da mesma Lei proíbe que o impulsionamento de propaganda eleitoral na internet ocorra com ferramentas não disponibilizadas pelo provedor da aplicação em que a propaganda será impulsionada (ainda que gratuitamente). Assim, quem usar *bots* para propagar conteúdo eleitoral e obter maior visibilidade por interação em uma rede social está agindo ilícitamente, pois os *bots* não são disponibilizados pelo provedor da rede social. Ademais, usar *bots* para administrar de perfis falsos é tentativa de evitar a identificação e responsabilização do divulgador do conteúdo eleitoral, colocando-o em posição de pretenso anonimato — o que é vedado pelo art. 57-D da Lei nº 9.504/97 em campanha eleitoral na internet. Observa-se que, conforme apontado no art. 33, §2º da Resolução TSE 23.551/17 (BRASIL, 2017), somente é considerada anônima a divulgação de conteúdo quando não for possível a identificação dos usuários após a adoção das providências previstas nos arts. 10 e 22 da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet) (BRASIL, 2014).

³⁷ SILVA, Karine K. How industry can help us fight against botnets: notes on regulating private-sector intervention. *International Review of Law, Computers & Technology*, Abingdon, v. 31, n. 1, p. 105-130, 2017. DOI: 10.1080/13600869.2017.1275274.

equipada para lidar com redes de *bots* de uma maneira que a aplicação da lei pelo setor público, por si só, não pode igualar. As empresas envolvidas com a comunicação pela Internet, por sua vez, pode se beneficiar dessas operações por terem uma oportunidade essencial de defender suas redes, proteger seus clientes e fortalecer seu modelo de negócios. Ou seja, as empresas, e não as autoridades públicas, estão em uma posição privilegiada para detectar, prevenir e reagir oportunamente às redes de *bots*.

Mas a participação da indústria enfrenta desafios importantes, pois tal participação encontra obstáculos nas críticas à viabilidade e legitimidade de um modelo híbrido de aplicação da lei — já que as promessas de que, ao envolver as nações mais significativas para a indústria da Internet, esta aumentará sua resposta às redes de *bots*. Dentre os elementos críticos encontram-se a falta de transparência e responsabilidade das atividades da indústria da Internet, regras pouco claras de responsabilidade, medo de violações de direitos fundamentais e captura regulatória e a ausência de incentivos suficientes para garantir que as empresas ajam no interesse público. Ademais, as empresas do setor de internet podem não possuir as melhores informações para decidir sobre a legalidade das contramedidas e, assim, ver suas atividades prejudicadas por altos riscos de responsabilidade. Assim, sem instrumentos regulatórios que esclarecem esses desafios, os atores privados podem não apenas ter os meios para decidir se e em que circunstâncias eles devem responder a um ataque, mas também os incentivos para combater os crimes nas redes de *bots*.

Para Richard L. Hasen,³⁸ no que tange ao Direito Eleitoral na era da pós-verdade (situação agravada pela difusão de notícias falsas por *bots*), tem-se que tal ramo jurídico pode ajudar em alguns aspectos (i.e. com requisitos aprimorados de rotulagem de verdade na campanha para lidar com falsidades, ou com leis aprimoradas de divulgação de financiamento de campanhas). Ambos os tipos de leis ajudariam os eleitores a se tornarem mais informados ao fazerem escolhas de campanha e dar-lhes melhor noção de quem está tentando influenciar sua opinião e como — mas a lei não pode fazer mais do que isso. Conforme a sociedade se divide em questões fundamentais da verdade, torna-se mais difícil tomar decisões racionais e aceitar dados provenientes de “bolhas” de informação externas. Nesse ponto, parece pouco o que pode ser feito para impedir essas divisões, além de tentar escolher os juízes mais abertos.

Acerca de uma regulação híbrida entre público e privado para tecnologias que envolvam robôs, Villarronga e Golia³⁹ afirmam que, devido à sua natureza específica de *soft law* privada, os padrões atuais que governam a tecnologia de robôs tendem a ser baseados em princípios únicos — nesse caso, segurança. Os padrões privados tendem a desconsiderar outros princípios e valores jurídicos profundamente enraizados nos sistemas sociais em que humanos e tecnologia de robôs operam. Juntamente à falta de uma dimensão legal mais ampla, além disso, esses padrões carecem de legitimidade social e responsabilidade. Sustentam, contudo, que a formulação de políticas públicas fornece proteção abrangente aos usuários de robôs. Ainda assim, leis rígidas e os possíveis processos legislativos estão longe de serem adequados para as tecnologias emergentes de robôs. A volatilidade desse campo temático dificulta o entendimento dos riscos e impactos associados e a antecipação de medidas efetivas para mitigá-los. Propõe-se, para a regulação híbrida público-privada de robôs nesse sentido, a vinculação de avaliações de impacto de tecnologia a avaliações de impacto regulatórias mediante a criação de repositórios de dados compartilhados. Além disso, propõe-se o fortalecimento dos padrões privados por meio de sua inclusão na regulamentação, em contratos privados ou por meio de sanções sociais e de reputação. Ou seja, deve haver um aproveitamento do conhecimento privado para formulação de políticas públicas, mas também um fortalecimento das iniciativas privadas de regulação.

Apesar de uma primeira análise superficial sugerir que o problema do uso de *bots* para influenciar eleições presidenciais brasileiras (e outras questões democráticas importantes de nível nacional) é um problema pos-

³⁸ HASEN, Richard L. Deep fakes, bots, and siloed justices: american election law in a post-truth world. *St. Louis University Law Journal*, St. Louis, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3418427>. Acesso em: 25 dez. 2019, p. 33.

³⁹ VILLARONGA, Eduard Fosch; GOLIA, Angelo Jr. Robots, standards and the law: rivalries between private standards and public policymaking for robot governance. *Computer Law & Security Review*, Amsterdã, v. 35, n. 2, p. 129-144, 2019. DOI: 10.1016/j.clsr.2018.12.009, p. 141-142.

terior ao pleito nacional de 2016 dos EUA (em que foi eleito Donald Trump), há pesquisas que demonstram ser esse problema bastante anterior e influente. A Diretoria de Análise de Políticas Públicas, da Fundação Getúlio Vargas⁴⁰ e o *Oxford Internet Institute* (OII), no âmbito do *Computational Propaganda Research Project*⁴¹ produziram relatórios de pesquisas bastante interessantes a respeito disso. Segundo o estudo do DAPP/FGV,⁴² os *bots* foram responsáveis por cerca de 10% das interações no Twitter durante a campanha para as eleições presidenciais brasileiras de 2014. Especificamente no momento do debate na Rede Globo de Televisão, entre Dilma Rousseff (PT) e Aécio Neves (PSDB) no segundo turno, aproximadamente 20% das interações favoráveis a Aécio Neves no Twitter foram impulsionadas por robôs.

Ademais, o relatório do OII ressalta que robôs estiveram por trás das campanhas de Aécio Neves, Dilma Rousseff e também de Eduardo Campos nas eleições de 2014.⁴³ Foi identificado que as *hashtags* relacionadas ao candidato do PSDB triplicaram em 15 minutos de debate transmitido pela TV. Também é de se ressaltar que a OII cita um estudo realizado pelo Muda Mais, movimento ligado ao PT, acusando a presença de mais de 60 contas automatizadas no Twitter e no Facebook em favor de Aécio Neves. Conforme o relatório do OII, tanto a campanha do PT quanto a do PSDB usaram *bots*, mas nesse caso, a plataforma do PSDB fez isso em maior escala, tendo investido cerca de R\$ 10 milhões no desenvolvimento de contas automatizadas em redes sociais populares (Facebook WhatsApp e Twitter, mormente).

No que tange ao pleito presidencial de 2018 no Brasil, ocorreram importantes denúncias relacionadas a indícios de contratação de serviços de disparo de mensagens por *bots* e outras ferramentas automatizadas — serviço cada vez mais oferecido por empresas a campanhas eleitorais, que ainda não tem regulamentação específica pela legislação eleitoral brasileira.⁴⁴ Paradigmático disso é o exemplo das investigações conduzidas pelo Tribunal Superior Eleitoral brasileiro em razão de reportagem do jornal “Folha de São Paulo”, que apurou a eventual contratação não declarada desse tipo de serviços por empresas apoiadoras da candidatura de Jair Bolsonaro (PSL/PRTB), com disparo em massa de mensagens via WhatsApp: na ausência de norma clara versando sobre o uso de *bots* e outras ferramentas automatizadas, alegou-se abuso de poder econômico (por causa do recebimento de doação irregular de pessoas jurídicas, que é proibida desde 2015, por força de decisão do Supremo Tribunal Federal), uso de perfis falsos para propaganda eleitoral e compra irregular de cadastros de usuários. Mas, até o momento, não houve, ainda, decisão de mérito proferida no âmbito dessas ações ou em outras similares, e sequer há sinais claros acerca do posicionamento da Justiça Eleitoral quanto a esse tipo de questão na ausência de regulação específica.

5 Considerações finais

Entender o fenômeno do surgimento dos *bots* exige uma abordagem complexa. Estes constituem uma categoria múltipla, de acordo com sua estrutura, função e utilidade. Há *bots* úteis, benignos; mas também há aqueles destinados a causar distorções, confusões, difundir notícias falsas etc. E, na atualidade, são altamente elaborados, a ponto de mimetizarem, de forma bastante competente, comportamentos humanos nas redes,

⁴⁰ RUEDIGUER, Marco Aurélio; GRASSI, Amaro; GUEDES, Ana (coord.). *Robôs, redes sociais e política no Brasil: análise de interferências de perfis automatizados de 2014*. Rio de Janeiro: DAPP/FGV-Rio, 2018. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/robos-redes-sociais-e-politica-estudo-da-fgvdapp-aponta-interferencias-ilegitimas-no-debate-publico-na-web>. Acesso em: 27 jan. 2020.

⁴¹ ARNAUDO, Dan. Computational propaganda in Brazil: social bots during elections. *Oxford University Research Archive*, 2017. Disponível em: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e88de32c-baaa-4835-bb76-e00473457f46>. Acesso em: 27 jan. 2020.

⁴² RUEDIGUER, Marco Aurélio; GRASSI, Amaro; GUEDES, Ana (coord.). *Robôs, redes sociais e política no Brasil: análise de interferências de perfis automatizados de 2014*. Rio de Janeiro: DAPP/FGV-Rio, 2018. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/robos-redes-sociais-e-politica-estudo-da-fgvdapp-aponta-interferencias-ilegitimas-no-debate-publico-na-web>. Acesso em: 27 jan. 2020.

⁴³ ARNAUDO, Dan. Computational propaganda in Brazil: social bots during elections. *Oxford University Research Archive*, 2017. Disponível em: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e88de32c-baaa-4835-bb76-e00473457f46>. Acesso em: 27 jan. 2020, p. 12-15.

⁴⁴ RUEDIGUER, Marco Aurélio et al. *Bots e o direito eleitoral brasileiro: nas eleições de 2018*. Rio de Janeiro: FGV/DAPP, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/26227>. Acesso em: 23 dez. 2019, p. 12-13.

evitando, assim, a detecção por ferramentas comuns. Dentre esses comportamentos nocivos que mimetizam o humano, pode-se encontrar o *trolling*, que reforça posicionamentos em discussões *on-line* de modo falso e perverso, gerando desestabilização de discussões, quebra de confiança em comunidades de debates — muitas vezes de modo automatizado, pois os *bots* sociais também podem ser programados para agirem como trolls — e, portanto, enfraquecendo as possibilidades de formação de opinião, bem como fortalecendo a polarização de opiniões com base em posicionamentos emotivos, mediante o uso de redes sociais.

Um uso interessante e benéfico de *bots* seria seu “treino” (programação) para agirem como moderadores em espaços virtuais (comunidades, fóruns etc.) de discussão de tópicos publicamente importantes. Contudo, mesmo esse uso está sujeito à interferência de preconceitos humanos, pois os programadores poderiam (até mesmo involuntariamente) inserir suas concepções, muitas vezes errôneas, nos algoritmos dos *bots*. Portanto, melhorar o humano que programa é passo importante para que o instrumento não seja passível desses vícios anti-democráticos.

Além de terem influência deletéria para a constituição da opinião pública, os *bots* sociais são de difícil detecção, pois se valem de desafios tecnológicos bastante significativos — principalmente porque, conforme as ferramentas de detecção de *bots* evoluem, também evoluem as técnicas de ocultação de tais aparatos.

Bots causam danos epistêmicos a processos eleitorais no nível macro, principalmente por terem a capacidade de influenciar, em nível micro, a relevância de determinadas informações (sejam elas verdadeiras ou falsas). Fazem com que determinados argumentos sejam tão redundantes que tenham a aparência de verdadeiros em razão da repetição. Isso dificulta a deliberação racional individual — o que, quando elevado a potências numéricas elevadas, já é nocivo por si só. Agrava essa situação o fato de que posicionamentos políticos se valem não apenas da racionalização, mas sim de argumentos de peso emotivo muito alto — como ocorre com fake news por exemplo. Ou seja: tanto no nível racional quanto no emotivo o uso de *bots* sociais causadores de redundância de informações podem distorcer eleições.

Soluções tecnológicas, apesar do grande descompasso entre o desenvolvimento do problema e o dessas soluções — o que, infelizmente, parece seguir um padrão do tipo “enxugar gelo” — devem continuar a ser desenvolvidas no âmbito dos *bots* sociais que disseminam desinformação. Contudo, é primordial que o problema não seja abordado unicamente com base no desenvolvimento tecnológico, pois, além do descrito descompasso técnico, há a exploração, por parte de políticos mal-intencionados, de características da psiquê e da socialização humanas. Ao serem desenvolvidas estratégias políticas e jurídicas para tal problema, portanto, a transdisciplinaridade entre conhecimentos técnicos e psicossociais (principalmente) deve ser considerada.

Qualquer discussão democrática acerca da regulação do uso dos *bots* deve considerar, em primeiro lugar, o fato de que não se trata de um problema meramente técnico — ou seja, da necessidade de se investir tempo e recursos materiais em políticas públicas de detecção de *bots* prejudiciais, ou assemelhados. É necessário conceber que a desinformação elevada a altas potências é apenas uma possibilidade de uso dos *bots*, e que nem todos são nocivos inerentemente. E, também, que boa parte da desinformação não ocorre, apenas, por causa da tecnologia em si, mas também, em razão do conhecimento da natureza humana e das interações sociais por aqueles que nocivamente buscam fazer usos antidemocráticos da tecnologia.

Ademais, questões que dizem respeito às técnicas legais/jurídicas de interpretação das leis existentes e válidas acerca das práticas relacionadas a *bots*, bem como sobre quem pode (ou não) ser responsabilizado por esse discurso, devem ser consideradas para a construção da regulação da comunicação automatizada dependente de algoritmos.

Mas é primordial, em tal debate democrático, para além da transdisciplinaridade tecnologia/humanidades/ciências sociais, considerar o perigo sempre iminente de se exagerar na regulação, bem como essa nova forma de liberdade de expressão passível de censura.

É importante considerar, também, que o estabelecimento de princípios e regras claras — tanto nas experimentações normativas estatais quanto autorregulatórias — que versem sobre a divulgação, o consentimento e o uso secundário de dados de usuários humanos que entrem em contato com contas de *bots* é importante. Tais pilares normativos impõem limites que dizem respeito à privacidade das pessoas, e, como em qualquer comunicação, auxiliam até mesmo a estabilização de expectativas de comportamentos *on-line* (ou seja, as pessoas poderão saber até onde pode ocorrer comunicação acerca de suas individualidades). Dentre o estabelecimento de bases normativas claras para a regulação, no que concerne à difamação, uma boa solução talvez seja elencar, na principiológica atinente ao uso de *bots*, o Princípio da Responsabilização Objetiva pelo abuso do direito fundamental à liberdade de expressão, no que tange à regulação pelo Direito brasileiro (e de outros ordenamentos que possuam tal possibilidade).

Uma opção para auxiliar a elaboração da regulação das práticas relacionadas a *bots* na internet seria a participação do setor privado, com suas experiências, em um modelo híbrido em que o Poder Público, munido da sua força coercitiva e processo legislativo legítimo, estabeleça a regulação geral, e o setor privado, dotado de *know how* e meios tecnológicos adequados, auxilie tanto a elaboração da lei quanto a tarefa de executá-la. Porém, essa possibilidade não deve ser sopesada ingenuamente, uma vez que o setor privado padece de críticas totalmente fundadas relacionadas ao mau uso de informações, desrespeito a direitos fundamentais e falta de transparência, por exemplo.

Referências

- ARNAUDO, Dan. Computational propaganda in Brazil: social bots during elections. *Oxford University Research Archive*, 2017. Disponível em: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e88de32c-baaa-4835-bb76-e00473457f46>. Acesso em: 27 jan. 2020.
- BINNS, Reuben Binns; VEALE, Michael; VAN KLEEK, Max; SHADBOLT, Nigel Shadbolt. Like trainer, like bot? Inheritance of bias in algorithmic content moderation. *In: INTERNATIONAL CONFERENCE SOCINFO, 9.*, 2017, Oxford. *Proceedings...* Oxford: Springer, 2017. p. 405-415. Part II. DOI: 10.1007/978-3-319-67256-4_32.
- BRADSHAW, Samantha; HOWARD, Philip N. The global disinformation order: 2019 global inventory of organised social media manipulation. *In: WORKING PAPER, 2.*, 2019, Oxford. *Proceedings...*Oxford: Project on Computational Propaganda, 2019. Disponível em: <https://comprop.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/93/2019/09/CyberTroop-Report19.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9504.htm. Acesso em: 23 dez. 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.551, de 18 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235512017.html>. Acesso em: 23 dez. 2019.
- CONFESSORE, Nicholas; DANCE, Gabriel J. X.; HARRIS, Richard; HANSEN, Mark. The follower factory. *New York Times*, Jan. 27, 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2018/01/27/technology/social-media-bots.html>. Acesso em: 21 dez. 2019.
- FERRARA, Emilio. Bots, elections, and social media: a brief overview. *Arxiv.org*. 03 Oct. 2019. Disponível

em: <https://arxiv.org/abs/1910.01720>. Acesso em: 22 dez. 2019.

FERRARA, Emilio; VAROL, Onur; DAVIS, Clayton; MENCZER, Filippo, FLAMMINI, Alessandro. The rise of social bots. *Communications of the ACM*, New York, v. 59, n. 7, p. 96-104, 2016. DOI: 10.1145/2818717.

FORELLE, Michelle; HOWARD, Phil; MONROY-HERNÁNDEZ, Andrés; SAVAGE, Saiph. Political bots and the manipulation of public opinion in Venezuela. *Arxiv.org*. 25 June 2015. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1507.07109>. Acesso em: 22 dez. 2019.

GORWA, Robert; GUILBEAULT, Douglas. Unpacking the social media bot: a typology to guide research and policy. *Policy and Internet*, 2018. DOI: 10.1002/poi3.184.

HASEN, Richard L. Deep fakes, bots, and siloed justices: american election law in a post-truth world. *St. Louis University Law Journal*, St. Louis, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3418427>. Acesso em: 25 dez. 2019.

HIRSCH, Peter Buell. Windmills in cyberspace. *Journal of Business Strategy*, Bingley, v. 38, n. 3, p. 48-51, 2017. DOI: 10.1108/JBS-02-2017-0023.

HOWARD, Philip N.; WOOLEY, Samuel; CALO, Ryan. Algorithms, bots, and political communication in the US 2016 election: the challenge of automated political communication for election law and administration. *Journal of Information Technology & Politics*, Oxfordshire, v. 15, n. 2, p. 81-93, 2018. DOI: 10.1080/19331681.2018.1448735.

JONES, Meg Leta. Silencing bad bots: global, legal and political questions for mean machine communication. *Communication Law and Policy*, Belgium, v. 23, n. 2, p. 159-195, 2018. DOI: 10.1080/10811680.2018.1430418.

KORYBKO, Andrew. *Hybrid wars: the indirect adaptive approach to regime change*. Moscow: The People's Friendship University of Russia, 2015.

LAMO, Madeline; CALO, Ryan. Regulating bot speech. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 66, p. 988-1028, 2019. DOI: 10.2139/ssrn.3214572.

LUCERI, Luca; DEB, Ashok; BODAWY, Adam; FERRARA, Emilio. Red bots do it better: comparative analysis of social bot partisan behavior. In: WORLD WIDE WEB CONFERENCE, 2019, San Francisco. *Proceedings...* San Francisco: ACM, 2019. p. 1007-1012. DOI: 10.1145/3308560.3316735.

MARECHAL, Nathalie. When bots tweet: toward a normative framework for bots on social networking sites. *International Journal of Communication*, Los Angeles, v. 10, p. 5022-5031, 2016.

MOHA, Megha. Macron leaks: the anatomy of a hack. *BBC News*, 9 May 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-39845105>. Acesso em: 22 dez. 2019.

OBERER, Birgit; ERKOLLAR, Alptekin; STEIN, Anna. Social bots: act like a human, think like a bot. In: STUMPF, Marcus (ed.). *Digitalisierung und kommunikation: konsequenzen der digitalen transformation für die wirtschaftskommunikation*. Wiesbaden: Springer, 2019. p. 311-327.

PAAVOLA, Jarkko; HELO, Tuomo; JALONEN, Harri; SARTONEN, Miika; HUHTINEN, Aki-Mauri. Understanding the trolling phenomenon: the automated detection of bots and cyborgs in the social media. *Journal of Information Warfare*, Yorktown, v. 15, n. 4, p. 100-111, 2016.

ROFRÍO, Daniel *et al.* Presidential elections in Ecuador: bot presence in Twitter. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON EDEMOCRACY & EGOVERNMENT, 6., 2019, Quito. *Proceedings...* Quito: IEEE, 2019. p. 218-223. DOI: 10.1109/ICEDEG.2019.8734426.

RUEDIGUER, Marco Aurélio *et al.* *Bots e o direito eleitoral brasileiro: nas eleições de 2018*. Rio de Janeiro: FGV/DAPP, 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/26227>. Acesso em: 23 dez. 2019.

RUEDIGUER, Marco Aurélio; GRASSI, Amaro; GUEDES, Ana (coord.). *Robôs, redes sociais e política no*

Brasil: análise de interferências de perfis automatizados de 2014. Rio de Janeiro: DAPP/FGV-Rio, 2018. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/robos-redes-sociais-e-politica-estudo-da-fgvdapp-aponta-interferencias-ilegitimas-no-debate-publico-na-web>. Acesso em: 27 jan. 2020.

SANTANA, Luis E.; HUERTA CÁNEPA, Gonzalo. ¿Son bots?: automatización en redes sociales durante las elecciones presidenciales de Chile 2017. *Cuadernos.info*, Chile, v. 44, p. 61-77, 2019. DOI: 10.7764/cdi.44.1629.

SHAFFER, Kris. *Data versus democracy: how big data algorithms shape opinions and alter the course of history*. Colorado: Apress, 2019. DOI: 10.1007/978-1-4842-4540-8_7.

SHEARER, Elisa; GOTTFRIED, Jeffrey. News use across social media platforms. *Pew Research Center*, Sep. 2017. Disponível em: <http://www.journalism.org/2017/09/07/news-use-across-social-media-platforms-2017/>. Acesso em: 21 dez. 2019.

SILVA, Karine K. How industry can help us fight against botnets: notes on regulating private-sector intervention. *International Review of Law, Computers & Technology*, Abingdon, v. 31, n. 1, p. 105-130, 2017. DOI: 10.1080/13600869.2017.1275274.

SZAFRANSKI, Richard. Neocortical warfare? The acme of skill. *Rand Publications MR All Series*, 1997. Disponível em: https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/MR880/MR880.ch17.pdf. Acesso em: 27 Jan. 2020.

TANASOCA, Ana. Against bot democracy: the dangers of epistemic double-counting. *Perspectives on Politics*, Washington, v. 17, n. 4, p. 988-1002, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1537592719001154>.

VILLARONGA, Eduard Fosch; GOLIA, Angelo Jr. Robots, standards and the law: rivalries between private standards and public policymaking for robot governance. *Computer Law & Security Review*, Amsterdã, v. 35, n. 2, p. 129-144, 2019. DOI: 10.1016/j.clsr.2018.12.009.

WITT, Laurel. Preventing the rogue bot journalist: protection from non-human defamation. *Colorado Technology Law Journal*, Boulder, v. 15, n. 2, p. 517-548, 2017.

ZAGO, Mattia; NESPOLI, Pantaleone; PAPAMARTZIVANOS, Dimitrios; PÉREZ, Manuel Gil; MÁRMOL, Félix Gómez; KAMBOURAKIS, Georgios; PÉREZ, Gregorio Martínez. Screening Out Social Bots Interference: Are There Any Silver Bullets? *IEEE Communications Magazine*, New York, v. 57, n. 8, p. 98-104, Aug. 2019. DOI: 10.1109/MCOM.2019.1800520.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

In Memoriam: The Republican Form and the Separation-of-Powers Among the Four Branches of Government

Em memória: a forma republicana e a separação de poderes entre os quatro ramos do governo

Farris Lee Francis

In Memoriam: The Republican Form and the Separation-of-Powers Among the Four Branches of Government

Em memória: a forma republicana e a separação de poderes entre os quatro ramos do governo

Farris Lee Francis**

Abstract

Energy in government has historically been thought of as one of the highest virtues of public service. Arguably, the only pillar tantamount to energy is its cousin, stability. While one may maintain that history enjoys no dearth of relics, it would appear tremendously hostile to assert the need for Federalist relics to remain boxed and waving from the past. At 81 years of age, spry and spirited, Dr. Benjamin Franklin was accosted by freshly minted citizen at the close of the Constitutional Convention. She inquired, “Well Doctor what have we got: a republic or a monarchy?” Franklin replied precisely and directly, “A republic, if you can keep it.” The Framers envisioned a strict republican form of government for America. Embedded within the republican form lies the separation-of-powers doctrine. Indeed, the chief compliant of the Articles of Confederation was that its structure was wholly unorganized and unsound. Therefore, this paper addresses the necessity and application of the separation-of-powers doctrine, within the republican form, as a check on the powers and functions of the administrative state.

Keywords: Separation-of-powers, Constitutional Law, Administrative Law, Federalism, Originalism, Legal Theory.

Resumo

A energia no governo tem sido historicamente considerada uma das mais altas virtudes do serviço público. Indiscutivelmente, o único pilar equivalente a energia é seu primo, a estabilidade. Embora se possa sustentar que a história não tem escassez de relíquias, pareceria tremendamente hostil afirmar a necessidade de as relíquias federalistas permanecerem em caixas e acenando com o passado. Aos 81 anos, alegre e espirituoso, o Dr. Benjamin Franklin foi abordado por uma cidadã recém-formada no final da Convenção Constitucional. Ela perguntou: “Bem, doutor, o que temos: uma república ou uma monarquia?” Franklin respondeu de forma precisa e direta: “Uma república, se você puder mantê-la.” Os conspiradores previam uma forma de governo republicana estrita para a América. Inserida na forma republicana, está a doutrina da separação de poderes. De fato, o principal complacente dos

* Recebido em 03/01/2020.
Aprovado em 23/03/2020.

** Juris Doctorate Candidate Class of 2020 at the Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University; MA in Rhetoric from the University of North Carolina at Greensboro; Advanced Graduate Certificates in Women and Gender and African American Studies, respectively. E-mail: ffrancis1@pride.hofstra.edu.

Artigos da Confederação era que sua estrutura era totalmente desorganizada e doentia. Portanto, este artigo trata da necessidade e aplicação da doutrina da separação de poderes, na forma republicana, como uma verificação dos poderes e funções do Estado administrativo.

Palavras-chave: Separação dos poderes, Direito Constitucional. Direito Administrativo, Federalismo, Originalismo, Teoria Legal.

1 Introduction

Energy in government has historically been thought of as one of the highest virtues of public service.¹ Arguably, the only pillar tantamount to energy is its cousin, stability.² While one may maintain that history enjoys no dearth of relics, it would appear tremendously hostile to assert the need for Federalist relics to remain boxed and waving from the past. At 81 years of age, spry and spirited, Dr. Benjamin Franklin was accosted by freshly minted citizen at the close of the Constitutional Convention. She inquired, “Well Doctor what have we got: a republic or a monarchy?” Franklin replied precisely and directly, “A republic, if you can keep it.”³

The Framers envisioned a strict republican form of government for America.⁴ Embedded within the republican form lies the separation-of-powers doctrine.⁵ Indeed, the chief compliant of the Articles of Confederation was that its structure was wholly unorganized and unsound.⁶ Therefore, this paper addresses the necessity and application of the separation-of-powers doctrine, within the republican form, as a check on the powers and functions of the administrative state. The theoretical basis for the separation-of-powers doctrine suggests its goal “has to do with the general tendency of certain governmental structures to result

¹ The Federalist No. 70. Considering ‘energy’ in the Executive, for example, Alexander Hamilton explains:

Energy in the Executive is a leading character in the definition of good government. It is essential to the protection of the community against foreign attacks; it is not less essential to the steady administration of the laws; to the protection of property against those irregular and high-handed combinations which sometimes interrupt the ordinary course of justice; to the security of liberty against the enterprises and assaults of ambition, of faction, and of anarchy[...] The ingredients which constitute energy in the Executive are, first, unity; secondly, duration; thirdly, an adequate provision for its support; fourthly, competent powers.

² The Federalist No. 37 In determining America’s future form, Publius concludes upon the republican form:

Stability, on the contrary, requires that the hands in which power is lodged should continue for a length of time the same. A frequent change of men will result from a frequent return of elections; and a frequent change of measures from a frequent change of men: whilst energy in government requires not only a certain duration of power, but the execution of it by a single hand.

³ Max Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol. 3 [1911]

⁴ The Federalist No. 39: (on choosing the republican form of government) Madison declares:

It is evident that no other form would be reconcilable with the genius of the people of America; with the fundamental principles of the Revolution; or with that honorable determination which animates every votary of freedom, to rest all our political experiments on the capacity of mankind for self-government.

Madison defines his version of the republican form as:

a government which derives all its powers directly or indirectly from the great body of the people, and is administered by persons holding their offices during pleasure, for a limited period, or during good behavior.

⁵ The Federalist No. 47 Using a textual understanding of the separation-of-powers doctrine, I assert that such should be strictly construed. The chief branches of government ought not commingle or mix powers. Such a separation is required to prevent the abuse of power in a single branch and provides essential accountability of each branch, respectively. Madison explains:

The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.

⁶ *Id.* In examining the constitution of the independent New Hampshire, Madison laments:

[T]here is not a single instance in which the several departments of power have been kept absolutely separate and distinct. The Senate, which is a branch of the legislative department, is also a judicial tribunal for the trial of impeachments. The President, who is the head of the executive department, is the presiding member also of the Senate; and, besides an equal vote in all cases, has a casting vote in case of a tie. The executive head is himself eventually elective every year by the legislative department, and his council is every year chosen by and from the members of the same department. Several of the officers of state are also appointed by the legislature. And the members of the judiciary department are appointed by the executive department.

in, or prevent, tyrannical government.”⁷ The distribution of powers and functions ought to comport strictly as provided by the Constitution: Congress legislates; the President takes care that the laws are faithfully implemented; the courts, then, are to decide on the specific applications of the law. It is argued that the “rigid separation-of-powers compartmentalization of governmental functions should be abandoned” in favor of more liberalized or progressive formulations of organizational structure.⁸ While some maintain that such structural and procedural distinctions are immaterial to the function of government, I argue, vis-a-vis the separation-of-powers doctrine, that such categorizations were contemplated amongst our Founders and such limits are essential to the functions and stability of our government under the Constitution. Offering a warning regarding the mixing of governmental powers, then Tenth Circuit Judge Neil Gorsuch argued in his majority opinion, saying:

Perhaps allowing agencies rather than courts to declare the law’s meaning bears some advantages, but it also bears its costs. And the founders were wary of those costs, knowing that, when unchecked by independent courts exercising the job of declaring the law’s meaning, executives throughout history had sought to exploit ambiguous laws as license for their own prerogative.⁹

Implicit, however secondary, is the notion, as briefly argued in this paper, that there existed a blurred line where courts may be required to adopt outside tools in their interpretation of agency rules or where, more specifically to this topic, the intermeshing of formalism and functionalism frameworks.¹⁰ I offer, consistent with the doctrine of separation-of-powers, a reinterpretation of some cases taken as the basis for analyzing the structure of government. I assert, here, that the *Auer* doctrine¹¹ violates, perhaps unduly, constitutional separation and integrity. Should the Court decide to reverse its position on the level of deference required to give an agency,¹² such an act limit the adjudicative and rulemaking powers of the administrative state. This paper also examines the practical structural and procedural implications of a post-*Auer* and post-*Chevron*¹³ government. The reversal of those cases invites the return of the republican form and the separation-of-powers principles in so governing the agencies and the respective coordinate branches. To illustrate how the separation-of-powers doctrine provides for agency and inter-branch accountability and stability, I first analyze the functions and privileges of the Presidency.¹⁴ Second, I emphasize the need for Congress to re-

⁷ Id

⁸ Id at 578

⁹ 834 F.3d 1142.

¹⁰ This position presents a mixing of interpretive principles in reviewing agency rules—specifically, I am addressing the tools in which the court employs in reviewing an agency’s decision. To illustrate the idea, I analyze the decision in *Skidmore v. Swift & Co.* where the court established the *Skidmore* doctrine as a principle of judicial review of administrative agency decisions that applies when a court defers to an agency’s interpretation of a statute administered by the agency according to the agency’s ability to demonstrate the thoroughness evident in its considerations, the validity of its reasoning, and its consistency with other pronouncements. In combining these factors courts will give due consideration to the agency’s power to persuade. 323 U.S. 134 (1944).

¹¹ Cass R. Sunstein & Adrian Vermeule, *The Unbearable Rightness of Auer*, 84 U. Chi. L. Rev. 297, 315 (2017). Professor Sunstein explains the *Auer* doctrine/deference is to apply when:

In the absence of a clear congressional direction, courts should assume that because of their specialized competence, and their greater accountability, agencies are in the best position to decide on the meaning of ambiguous terms.

¹² The calls to reform the administrative state have been mounting. I address the implications of the reversal of the Courts doctrine in so far as they are addressed in *Kisor v. Wilkie*. I expand more on the practical effects of the opinion in the final section regarding the authority of the judiciary. In short, the recent *Kisor* decision maintains the deference entitled to the agencies.

¹³ The two-step doctrine promulgated by the *Chevron* decision is as follows: First, if Congress has directly spoken to the precise question at issue. If intent is clear, that is the end of the matter; for the court, and agency, must give effect to the unambiguous expressed intent of Congress. Second, if Congress has not directly addressed the question, the court does not simply impose its own construction on the statute. Rather, if silence of ambiguity exist, the court must ask whether the agency’s answer is based on a permissible or reasonable construction of the statute. Thus if Congress has left a gap, implicitly or explicitly, the agency may act with its expertise. Such, then, provides that judges apply full deference to the agency. Later, I argue that this decision is contrary to the republican form and the separation-of-powers doctrine therein.

¹⁴ More specifically, I examine the use of the ancillary powers of the President: appointment powers, removal powers, and executive orders. I argue that proper employment of these powers will correct a rouge agency or branch only when essential functions are kept separate and distinct from the accumulation of powers in a coordinate branch or subsidiary, i.e. agency—Executive or independent. I further argue that the unitary executive model is the proper under the republican form and its conformity with the principles of separation-of-powers enable direct or indirect accountability each branch—Congress, Executive, and Judiciary. Simply

turn to deliberate and methodical legislating and policymaking.¹⁵ Lastly, I examine the placement of power in the courts and their ability to exercise judicial police powers as a check on the other branches.¹⁶ Some argue that the *Auer* and *Chevron* doctrines are necessary components to a working and efficient government.¹⁷ This paper rejects the notion that the sweeping deference granted to administrative agencies is fundamental or necessary to government efficiency. Arguing that deference toward the agency does provide for government efficiency, Harvard law professor Adrian Vermeule contends that “for many of the same reasons that agencies are better positioned than courts to interpret the procedural provisions contained in their organic statutes, agencies are also better positioned than courts to assess the marginal costs and benefits of additional increments of procedure for program beneficiaries and regulated actors.”¹⁸ If agency deference were to be reversed, the administrative branch, as it has come to be known, does not cease all forms of life. Indeed, the agency may yet function and coexist so long as the checks of the state apparatus (congress, courts, and president) remain active and apparent. Each branch must operate at its highest capacity as provided by the constitution. Decisions congruent with *Auer* and *Chevron* induce and reduce our system to one of nonfeasance and pass on to the other without any or minimal results;¹⁹ it is time to make the constitutional service providers embody the energy necessary to allow all to keep their republic.

2 The powers and functions of the President

2.1 The unitary executive model

In our federal system, the President derives his check and power from the implicit and explicit grants of and afforded by the Constitution. For the Framers, the unitary executive model was imperative and paramount for the maintenance of our, then, newly developed constitution. Power, as understood by the Founders, and a position sustained in this paper, must be invested in the President—the lone executive.²⁰ Professor Harold Bruff proffers one rationale for the Framers choice to empower a single executive: increased efficiency due to the energy and dispatch with which a unitary executive could act.²¹ Apparently wary of the logical basis behind the Framers’ support of the unitary executive, Bruff passively offers a single sentence noting his concerns that the benefits of the efficiency come at the cost of inter-branch commu-

stated, the shift toward commingling of powers as examined in recent judicial opinions, statutory provisions, and other forms, prevent essential accountability and is repugnant to the republican form as embodied whether directly or indirectly in the constitution.

¹⁵ To make this argument, I spend majority of the analysis analyzing empirical data of congressional oversight prior to the *Chevron* and *Auer* decisions (about 1973-1984)—I will address these cases in greater length in the section on the courts. For now, it is sufficient that you are aware of their inclusion. I exam, here, Congress’s ability and powers of oversight placing them in two workable categories. First, congress’s powers before the fact— “advise and consent” of the senate, deliberate legislation, i.e. “report and wait” provision, and the filibuster powers. Second, Congress’s after the fact powers—the right to “review and study.”

¹⁶ Generally, I assert not that the agency should not exist—although, as I take up later in this section, there is a strong fraction that insists upon the agency’s unconstitutionality and need for termination. My argument does not extend toward abolishment. Rather, I argue that the controlling precedent to govern the courts ability to interpret a decision of the agency ought to be *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134 (1944). In this section, I argue that the court ought to be permitted to interpret agency decision, but some deference to expertise and proximity ought to be accounted for.

¹⁷ See Generally, SCOTUSblog, “The roots and limits of Gorsuch’s views on *Chevron* deference,” March 17, 2017; Harvard Law Review, “Essay: Deference and Due Process,” May 10, 2016

¹⁸ Harvard Law Review, “Essay: Deference and Due Process,” May 10, 2016

¹⁹ *Kisor v. Wilkie*, 588 U.S. ____.

²⁰ *Supra* note 1. (Hamilton asserts that the plurality model of the executive impinges upon public opinion. He argues that under such circumstances the plurality results in a “[Loss] of efficacy, as well on account of the division of the censure attendant on bad measures among a number, as on account of the uncertainty on whom it ought to fall”).

²¹ Harold H. Bruff, *On the Constitutional Status of the Administrative Agencies*, 36 Am. U. L. Rev. 491 (1987), available at <https://scholar.law.colorado.edu/articles/958>.

nication.²² Bruff’s assertions and concerns need not be entirely quashed. However, the purpose of the doctrine of separation-of-powers is to ensure against arbitrary encroachments of power and, at the same time, promote, properly so, governmental accountability. To that end, as Bruff notes, “to the extent that authority is allocated clearly, government efficiency increases.”²³ To maintain the Constitutional structure as provided by our federalist founders, clear and consistent lines lie at the core of accountability and efficiency in government actions.

2.2 The scope and limits of the unitary executive model and the doctrine of separation-of-powers

I assert, here, that it is the ancillary functions of the President that: (1) properly, and pursuant to a textual interpretation, allow the President to generally supervise the agencies, and (2) promote full executive and inter-branch accountability. Indeed, for our founders this was no impasse. Professor Peter Strauss argues that the Executive is granted general “executive power.”²⁴ Article II of the Constitution, as Strauss concisely and properly notes, vests in the President the following powers and/or duties:

To appoint those “Officers of the United States...which shall be established by Law,” subject to the requirements of senatorial confirmation and to the possibility that Congress might effectively limit this power to appointing “the Heads of Departments.”;

To “require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices”;

“from time to time give to Congress Information of the State of the Union, and recommend to their Consideration” proposed legislation;

To “take Care that the Laws be faithfully executed.”²⁵

Simpler still, the Vesting Clause vests power in the President, not the whole of the Executive branch.²⁶ While the Take Care Clause insists on the President the obligation to safeguard the faithful execution of the laws.²⁷ The oft-referenced rejoinder that the unitary executive principle ought not be absolute, and the President’s control must be subject to checks and balances.²⁸ It is when powers mesh and intertwine that instability and unaccountability undoubtedly arise. The notion of checks and balance is antithetical to the core purpose of the doctrine of separation-of-powers. To restrict the unitary executive is to act in a manner repugnant to the Constitution.²⁹

Considering now, the place of the independent agency’s role in the unitary executive system under the

²² Id at 508

²³ Id

²⁴ Peter Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 Colum. L. Rev. 573 (1984)

²⁵ Id

²⁶ Id

²⁷ Id

²⁸ Id; See Robert V. Percival, *Who’s In Charge? Does the President Have Directive Authority Over Agency Regulatory Decisions?*, 79 Fordham L. Rev. (arguing that the President does not have directive authority unless a statute expressly gives it to him (“not-so-unitary executive” or “disunitary executive” approach); See also Robert V. Percival, *Presidential Management of the Administrative State: The Not-So-Unitary Executive*, 51 *Duke Law Journal* 963-1013 (2001) (Percival explains that although he acknowledges that the President’s ability to remove non-independent agency heads at will gives him enormous power to persuade them to accede to his wishes, he argues that presidential directive authority cannot be inferred from the removal power. If an agency head refuses to accommodate the President’s policy preferences, there is no constitutional problem with the President removing him from office.

²⁹ (Marshall, C.J., on powers of Judicial review: Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.) In this case, as previously stated, I tender that the Constitution contemplated the unitary executive and any unreasonable encroachment ought to be rendered void. 5 U.S. 137; See also *Talk America, Inc. v. Michigan Bell Telephone Co.*, 564 U. S. ___, ___ (2011) (Scalia, J., concurring) (slip op., at 1) (Justice Scalia contends that “for no good reason, we have been giving agencies the authority to say what their rules mean, under the harmless-sounding banner of “defer[ring] to an agency’s interpretation of its own regulations.”).

doctrine of separation-of-powers, one is often hard pressed to locate an applicable provision in the Constitution that directly bespeaks the powers and functions of the independent agency. It is undisputed that the President ought to manifest complete control of his executive branch. What then is the place of the independent agency? Setting aim at the encroachment of power of the executive by the independent agency—specifically here, the position of the independent counsel—the late Supreme Court justice Antonin Scalia contends that Article II vest *all* executive power in the President.

The present statute must be upheld on fundamental separation-of-powers principles if the following two questions are answered affirmatively: (1) Is the conduct of a criminal prosecution (and of an investigation to decide whether to prosecute) the exercise of purely executive power? (2) Does the statute deprive the President of the United States of exclusive control over the exercise of that power? Surprising to say, the Court appears to concede an affirmative answer to both questions, but seeks to avoid the inevitable conclusion that, since the statute vests some purely executive power in a person who is not the President of the United States, it is void.³⁰

It is true indeed that “constitutional doctrine need not specify the exact nature of the President’s fluctuating supervisory powers.”³¹ The principles of under the doctrine of separation-of-powers are clear and unambiguous, as Justice Scalia notes. The political implications stemming from the President’s ability to terminate the head of an independent agency are of no consequence. Should the populous not assent and should congress not assent to such executive control, the remedy lies not in the usurping of constitutional integrity provided in Article II. The proper remedy to check an aggressive Executive is impeachment.³² To test the point further, under this assertion, consider the following example. President “X” is currently being forced to surrender to public and private calls demanding him to appoint an independent counsel to investigate certain charges against the President.³³ It is not outside the scope of logic to presume that an independent agent investigating the President should be totally divorced from Executive influence. I offer this: independence is a keystone of our republican form; however, the unitary executive model does not purport to tell the independent agency *what* to do nor does the President instruct as to *how* it is to conduct their inquiry. Here, the assertion merely contends, as referenced by Justice Scalia,³⁴ independent checks on the President are not overcome by the President’s power to remove or appoint. The check, therefore, pursuant to the separation-of-powers doctrine, is manifested in impeachment proceedings and accountability through the electoral or political processes. Such devices are textually external to the scope of judicial power.³⁵ Associate Justice of the Supreme Court Brett Kavanaugh explains that “independent agencies arguably should be more the exception, as they are in considerable tension with our nation’s longstanding belief in accountability and the Framers’ understanding that one person would be responsible for the executive power.”³⁶

In addition to the powers of the Executive to appoint and remove officers are his powers of general oversight of the administrative agency.³⁷ A leading opinion on the topic provides that “faithful execution of the laws enacted by the Congress ordinarily allows and frequently requires the President to provide guidance and supervision to his subordinates.”³⁸ To command to agencies to act or to effect their oversight, the Pre-

³⁰ 487 U.S. 654 (Scalia, J. dissenting).

³¹ *Supra* note 22

³² The Federalist No. 66: Here, Hamilton argues that “[I]t may, perhaps, with no less reason be contended, that the powers relating to impeachments are, as before intimated, an essential check in the hands of that body upon the encroachments of the executive.”

³³ Consider the case of Robert Bork and the Saturday Night Massacre. See also Associated Press. Spokane Daily Chronicle. October 23, 1973. p. 14. (“... shows 44 per cent favored impeaching Nixon. Forty-three per cent opposed impeachment and 13 per cent were undecided, according to the poll...built-in sampling error of 2 to 3 per cent ...”). Nevertheless, Nixon wanted the Special Counsel terminated and the DOJ possessed such power. Here, as a result of an aggressive Executive not only did the people assent to the impeachment of the President, but congress further acted in passing the Ethics in Government Act of 1978.

³⁴ *Supra* note 33.

³⁵ *Id*

³⁶ Brett M. Kavanaugh, Separation of Powers During the Forty-Fourth Presidency and Beyond, 93 Minn. L. Rev. 1454, 1455 (2009) at 1474

³⁷ Bruff at 509

³⁸ *Building and Const. Trades Dept. v. Allbaugh*, 295 F.3d 28

sident may issue an Executive Order.³⁹ Professor William Hebe has noted that “since the early 1960s, when the federal government began to take an active role in civil rights, the executive order has become a tool for presidents to ensure that federal funds are not used to further racial discrimination.”⁴⁰ In 1978, President Carter signed Executive Order No. 12,044, which required the agency “to adopt procedures to improve existing and future regulations.”⁴¹ The function of the Executive Order direction on power is not to create a megalomaniac President, rather the rationale considers the need for coordination and balance under the single executive. Consider this: a loose Department of Education proposes to cut eighteen million dollars allocated for the funding of the Special Olympics and amid the public rebuke, presses on.⁴² Should not the President act? Indeed, he should.

3 Congress

Under the unitary executive model, the presumption that the other coordinate branches and the administrative state will cease to effectively exist is false and unfounded. Indeed, in spite of its rickety disposition,⁴³ the *Chevron* and *Auer* doctrines are not founding principles of our Constitutional scheme. Certainly prior to these questionable decisions, our government existed, functioned, and was more accountable, I argue, to the people and the other respective branches. Congress has resigned itself to delegating and divesting itself of its duty to write meaningful legislation for the People in favor of stump speeches and the abounding pervasions of the nondelegation doctrine.⁴⁴ Here, I focus on the 1970s as a baseline to direct the heightened expectations of Congress to oversee administrative agencies.⁴⁵ Implicit in the power to oversee, in the case of Congress, reasonably presumes the heightened obligation of Congress to construct narrow and measured legislation addressing the relevant issues.

Under the Nixon administration⁴⁶ of the 1970s, to the early years of the Reagan administration,⁴⁷ Congress marked a period of heightened legislating and reasoned oversight of the administrative agencies.

³⁹ William Hebe, *Executive Orders and the Development of Presidential Power*, 17 Vill. L. Rev. 688 (1972) (noting the frequent use of Executive orders within the Executive Branch have been used the forward regulatory policy for both major political parties.)

⁴⁰ Id

⁴¹ Federal Register Vol. 43, p. 12661, March 24, 1978. See also supra 25 at 662. (Strauss concedes that the Order—which was widely supported by the legal community—created “presidential review of mechanisms essentially procedural in nature” [and] did not direct the agency’s thought processes.)

⁴² This example was taken from real events. In 2019, Secretary Betsy DeVos announced an \$18 million dollar cut to the Special Olympics. Following several additional blunders from the administrations, the President overrode the department and restore its proper funding. <https://www.nytimes.com/2019/03/27/us/politics/betsy-devos-special-olympics.html>

⁴³ As I write this there is a dramatic shift toward overturning *Auer/Chevron*. Discuss trends briefly. See *Kisor v. Wilkie* 588 U.S. ___ (Gorsuch, J., in the first line of his concurrence, Mr. Justice Gorsuch declares, “It should have been easy for the Court to say goodbye to *Auer v. Robbins*.”).

⁴⁴ In *Whitman v. American Trucking Associations*, Justice Clarence Thomas argues the “intelligible principle” standard is no longer workable and should be reconsidered.

The parties to this case who briefed the constitutional issue wrangled over constitutional doctrine with barely a nod to the text of the Constitution. Although this Court since 1928 has treated the ‘intelligible principle’ requirement as the only constitutional limit on congressional grants of power to administrative agencies, see *J. W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 409 (1928), the Constitution does not speak of ‘intelligible principles.’ Rather, it speaks in much simpler terms: ‘All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress.’ U.S. Const., Art. 1, §1 (emphasis added). I am not convinced that the intelligible principle doctrine serves to prevent all cessions of legislative power. I believe that there are cases in which the principle is intelligible and yet the significance of the delegated decision is simply too great for the decision to be called anything other than ‘legislative.’ 531 US 457 (2001)

⁴⁵ It is important to note here that this model or baseline does not conform to *Auer/Chevron* as they had not been decided in that time. Here, I briefly address the courts role in these decisions, but will elaborate more in depth in the section of courts. It is enough to note the context and governing case law that would have been applicable in the 1970s and in a post-*Auer/Chevron* world, could still operate as good law and indeed, the governing doctrine.

⁴⁶ President Richard M. Nixon (1969-1974).

⁴⁷ President Ronald Reagan (1980-1988).

Professor James Sundquist declares that congressional control is obtained only through collective action, and even in the event of such collective action, “its controls are normally applied either before the fact or after the fact, not during.”⁴⁸ Under the separation-of-powers doctrine, Congress need not feel obligated to direct the ongoing acts of the agencies—such would invade the province of the executive.⁴⁹ Yet, Congress possesses significant control over the administrative agencies that does not violate the scope of presidential power, rather serves as a check necessary for stability.

3.1 Heightened Congressional Action: before the fact

Prior to agency action and/or conception, Congress possesses plenary control over the agency, executive discretion, and in some instances, the courts. Sundquist notes that although Congress can “proscribe the processes of administration, impose restraints, [and] narrowly limit executive discretion” such, he argues, is nothing more than a “weak instrument for controlling the executive branch.”⁵⁰ Contrary to Sundquist’s assertions, Congress’s ability to enact reasoned and thoughtful legislation minimizes the ambiguity and questions of agency duties and functions. It is Congress who breathes life and blood into the agency, and it is Congress who is imbued with the obligation to develop and mature it with care and reason. However, this is not to say that Congress must read the mind of the executive or nominee⁵¹, rather it is enough that Congress responds to address any incongruity of intent.⁵²

3.2 Advice and consent

Included in Congress’s ability to act before the fact, is its ability—speaking primarily about the senate—to engage in the confirmation process. Take the obvious example, prior to becoming the nation’s fourteenth Secretary of Energy, was a budding presidential candidate fighting to establish himself in a crowded field. In 2011, Perry declared that should he ascend to the Presidency he would abolish the Department of Energy.⁵³ In 2017, Perry was confirmed 62-37 as Secretary of Energy.⁵⁴ Here, Congress needn’t inquire as to the thought processes of a nominee when one has so utterly availed themselves. However, for this system to be effective, all parts must operate deliberately.

Sundquist offers a different perspective. He asserts that beginning in the Nixon administration, committee staffs grew larger, investigations were more thorough, and hearings were long enough to engage the

⁴⁸ Charles Roberts, *Has the President Too Much Power* (1973)

⁴⁹ The Supreme Court rejected the notion of a congressional veto in the landmark case *Immigration and Naturalization Service (INS) v. Chadha* 462 U.S. 919. Chief Justice Burger writing for the Court declared:

Since it is clear that the action by the House under § 244(c)(2) was not within any of the express constitutional exceptions authorizing one House to act alone, and equally clear that it was an exercise of legislative power, that action was subject to the standards prescribed in Art. I. The bicameral requirement, the Presentment Clauses, the President’s veto, and Congress’ power to override a veto were intended to erect enduring checks on each Branch and to protect the people from the improvident exercise of power by mandating certain prescribed steps. To preserve those checks, and maintain the separation of powers, the carefully defined limits on the power of each Branch must not be eroded. To accomplish what has been attempted by one House of Congress in this case requires action in conformity with the express procedures of the Constitution’s prescription for legislative action: passage by a majority of both Houses and presentment to the President. ... We hold that the congressional veto provision in § 244(c)(2) is severable from the Act, and that it is unconstitutional.

⁵⁰ James Sundquist, *The Decline and Resurgence of Congress* (while he is presently discussing the confirmation process, such is applicable in this context, as he argues, to the whole of before-the-fact powers).

⁵¹ *Id* (Sundquist argues that the committee is ineffective because they don’t know what the potential secretary will do until after, and by then the scope of power shifts to after-the-fact)

⁵² *Id* at 320 (No unilateral action on behalf of one house)

⁵³ Rick Perry once wanted to abolish the Energy Department. Trump picked him to run it, <https://www.vox.com/energy-and-environment/2016/12/13/13936210/rick-perry-energy-department-trump>

⁵⁴ Senate confirms Rick Perry as energy secretary, <https://www.politico.com/story/2017/03/rick-perry-confirmed-energy-secretary-235617>

public and special interests.⁵⁵ Sundquist illustrates this point noting in 1973 the Senate Commerce Committee toughened its standards relating to the agency and rejected nominees for the first time in more than two decades.⁵⁶ In a modern context, the before-the-fact control, conflicting Sundquist's assertions, yet serves as a powerful check on the agency and the President. Contrariwise, the confirmation process ought not to be used to drive policy or rulemaking.⁵⁷

In 1987, then D.C. Court of Appeals Judge, Robert Bork was immortalized as a result of his miscarried senate confirmation hearing.⁵⁸ Here, the senate flexed with a keen investigative process and a firm confirmation hearing. Bork's confirmation was terminated and he later resigned from the D.C. court. March 16, 2016, President Obama announced the nomination of Merrick Garland to the U.S. Supreme Court. The Senate Judiciary Committee, on February 23, 2016, sent a letter to President Obama rejecting to amuse any Supreme Court nominations.⁵⁹ Another, perhaps more intricate, example of the before-the-fact powers of the senate committee center on the rejection of President Obama's nominees to the National Labor Relations Board.⁶⁰ Between 2009 and 2013, Senate Republicans exercised their filibuster ability to thwart the confirmation of the President's nominees.⁶¹ Politically speaking, the concept is cantankerous. However, under the separation-of-powers doctrine, this is accounted for.⁶² The doctrine does not seek to limit the political processes of two political branches, rather it seeks to encourage neutrality. It ought not to be lost on the viewer that in the case of Merrick Garland President Obama sought to shift political norms.⁶³ One rationale behind the President's actions could be to solidify a progressive hold on the High Court. His political ambition—his need for a meaningful and progressive legacy—was checked by the before-the-fact ancillary powers of Congress. The notion that pervades this study is one akin to our founders: domestic policy, under the separation-of-powers doctrine, avails itself of the constitutionally mandated fracas between Congress and the President. Contrary to Sundquist's conclusions, the before-the-fact powers are a strong block to the will and authority of the President and his administration.

3.3 Congressional Intervention: after the fact

Whereas I contend that Congress's power to act before the agency decides is great, Congress's after-the-fact powers provide few remedies to hold the agency accountable. In this section, I briefly address the powers of Congress to correct a scalawag agency by using the right to "review and study" an agency's decision.

Congress's power to act following agency action is virtually limitless. After-the-fact, Sundquist writes, "In [Congress's] oversight capacity, exercised through committees and subcommittees, the legislators can call

⁵⁵ *Supra* note 52

⁵⁶ *Id*

⁵⁷ *Supra* note 36 (Justice Kavanaugh elaborates more on this issue:

The constitutional structure does not envision the Senate confirmation process of executive officials as a tool for waging policy disputes, which are more properly contested through legislation and appropriations [...] But using the confirmation process as a backdoor way of impeding the President's direction and supervision of the executive branch is constitutionally irresponsible and makes our government function less effectively)

⁵⁸ https://www.senate.gov/reference/resources/pdf/348_1987.pdf

⁵⁹ <https://www.grassley.senate.gov/sites/default/files/judiciary/upload/SCOTUS%2C%2002-23-16%2C%20member%20signed%20letter%2C%20no%20hearings.pdf>

⁶⁰ *N.L.R.B. v. Noel Canning*, 573 U.S. 513, 134 S. Ct. 2550, 189 L. Ed. 2d 538 (2014)

Employer petitioned for review of a National Labor Relations Board (NLRB) order, 2012 WL 402322, finding that employer violated National Labor Relations Act (NLRA) by refusing to reduce to writing and execute a collective bargaining agreement reached with union. Board cross-petitioned for enforcement of its order. The Supreme Court held in part that President's recess appointments, made in three-day period between two pro forma sessions of the Senate, were not valid.

⁶¹ Richard R. Levy, Recent Developments in Separation of Powers (2018) <https://law.ku.edu/sites/law.ku.edu/files/docs/recent-developments/2018/levy-materials.pdf>

⁶² The Federalist No. 51

⁶³ Letter from Senator Chuck Grassley to President Barack Obama (2016)

any official to account for any action, or lack of action.”⁶⁴ It is true that Congress cannot act during an ongoing agency issue and is also subject to presidential veto. However, Congress through committee hearing, can still set right a problematic agency. For example, by 1977, committee hearings devoted the oversight rose to 34 percent.⁶⁵ While Congress is unable to directly stop an agency’s active transgressions, it is empowered to bring those officers to account for the deeds. However, in the republican form, Congress may not appoint officers,⁶⁶ but it is within the province of Congress to be presented with any and all information leading to such transgressions.

4 The judicial branch and its ordered role in the separation-of-powers doctrine

This fundamental aspect of the powers and control of agencies cannot and ought not to be understated. That is, administrative agencies, in addition to making the laws and regulations, are also empowered to adjudicate and interpret the implied or express grants of Congress.⁶⁷ Such a notion is in direct conflict with the Founders’ understanding of separation-of-powers. The Courts are to decide the law and interpret accordingly.⁶⁸ In this section, I examine the analysis of the *Kisor v. Wilkie*⁶⁹ decision and the future state of administrative agencies.

The strict deference afforded the agencies was formerly thought proper because of the agency’s expertise and independence on policy matters.⁷⁰ This position is highly disfavored insofar as it concerns the republican form and the separation-of-powers doctrine. Justice Kagan, writing for the majority in *Kisor*, seconded the presumption of broad deference given to agencies:

But Congress almost never explicitly assigns responsibility to deal with that problem, either to agencies or to courts. Hence the need to presume, one way or the other, what Congress would want. And as between those two choices, agencies have gotten the nod. We have adopted the presumption—though it is always rebuttable—that “the power authoritatively to interpret its own regulations is a component of the agency’s delegated lawmaking powers.”⁷¹

The majority licenses an administrative agency to overrule the courts. It appears as if the majority fails to consider the fact that there is no need to presume or inquire as to the expectations of Congress or an administrative agency; Article III of the Constitution explicitly gives the right of interpretation to the courts. To this point, the late Justice Scalia decried the usurping of the separation-of-powers doctrine saying, “Enough is enough.”⁷² The majority seeks to make inquiries into the mind of Congress, but fails to recognize its ex-

⁶⁴ *Supra* note 52

⁶⁵ *Id* at 328

⁶⁶ 424 U.S. 1. (The decision overturned the FECA’s method for appointing FEC members as an unconstitutional delegation of power, since Congress appointed members rather than the Executive.)

⁶⁷ 5 USC § 551

⁶⁸ The Federalist No. 78 (Reminiscent of Chief Justice John Marshall’s opinion in *Marbury v. Madison*, Hamilton writes, “The interpretation of the laws is proper and peculiar province of the courts.” Such is the basis for arguing, as I do here, for the inappropriateness of agency adjudication)

⁶⁹ *Kisor v. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400 (2019) (Veteran appealed decision of the Board of Veterans’ Appeals denying him an earlier effective date for a grant of service connection for post-traumatic stress disorder (PTSD). The Supreme Court held that *Auer* deference to agencies’ reasonable readings of genuinely ambiguous regulations, while cabined in its scope, retains an important role in construing agency regulations.

⁷⁰ Jamie A. Yavelberg, *The Revival of Skidmore v. Swift: Judicial Deference to Agency Interpretations After EEOC v. Aramco*, 42 Duke L.J. 166 (1992) (Agency expertise was another reason to defer to interpretive rules,⁸¹ the rationale being that with the technical administration of a statute, agencies may be better equipped than courts to determine the way a statute should be interpreted and applied).

⁷¹ 588 U.S. ___ at 8.

⁷² *DECKER v. NORTHWEST ENVIRONMENTAL DEFENSE* 640 F. 3d 1063 (Scalia, J.) (While the implication of an agency power to clarify the statute is reasonable enough, there is surely no congressional implication that the agency can resolve ambiguities in its own regulations. For that would violate a fundamental principle of separation of powers—that the power to write a law and the power to interpret it cannot rest in the same hands. “When the legislative and executive powers are united in the same person . . . there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner.” Montesquieu, *Spirit of the Laws* bk. XI, ch. 6, pp. 151–152 (O. Piest ed., T. Nugent transl. 1949)).

clusive duty to “say what the law is.” Such requires the courts not to sit in the position of congress, but to read and analyze the statute enacted.

Since taking office in 2016, President Trump has, via his numerous executive agencies, rolled back nearly eighty-three environmental provisions.⁷³ These roll backs present a unique problem. A recent report has estimated that due to these changes in policy, tens of thousands are more likely to die due to poor air and water quality.⁷⁴ Therefore, applying the majority’s reasoning for deferring its judgment to the respective agency would render these roll backs permissible under *Auer/Chevron*. If the EPA was designed to “to protect human health and the environment,”⁷⁵ would not the deference given to effectuate the increase of pollutants and gases in our environment be adversative to the EPA’s missions? To answer this question, a judge is not required to speculate on the intent of Congress. Indeed, *Skidmore*—a more appropriate standard—affirms the traditional rule that an agency’s interpretation of the law is ‘not controlling upon the courts’ and is entitled only to a weight proportional to the reasoning applied.⁷⁶ Under this position, the courts would weigh the decision of the agency, but would not surrender duty to interpret the law.⁷⁷

5 Conclusion

Kisor was decided on June 26, 2019. The deference doctrines are still far from well-settled law. In concluding his partial concurrence, Justice Gorsuch recognizes the imminent return of *Auer* and *Chevron* to be further decided. He writes, “even the fiercest defenders acknowledge that ‘*Auer* deference has not remained static over time’ and urges the Court to continue to ‘shape and refine’ the doctrine.”⁷⁸ The growth of the administrative state and the broad deference therein will continue to pull the republic away from the people and reject the basis upon which this country was founded. The only deference permissible under the republican form and the separation-of-powers doctrine is the cautious deference standard of *Skidmore*.

⁷³ <https://www.nytimes.com/interactive/2019/climate/trump-environment-rollbacks.html>

⁷⁴ NYU Law report March 2019 — Climate & Health Showdown in the Courts (Replacing the Obama-era Clean Power Plan with Trump’s misnamed Affordable Clean Energy plan would generate an increase in particulate matter (PM), sulfur dioxide (SO₂) and nitrogen oxides (NO_x) that, by 2030, could annually cause severe health effects on major portions of the population (particularly children, the elderly and other vulnerable populations), including 1,630 more incidences of premature deaths, 120,000 additional asthma attacks, and 140,000 missed school days and 48,000 lost work days).

⁷⁵ Homepage EPA.gov (last visited July 5, 2019)

⁷⁶ 588 U.S. ____ (Gorsuch, J.)

⁷⁷ Justice Gorsuch properly proclaims that “in the real world the judge uses his traditional interpretative toolkit, full of canons and tiebreaking rules, to reach a decision about the best and fairest reading of the law. Furthermore, he acknowledges that upon the repeal of *Auer*, *Skidmore* will govern. *See Id* at 9.

⁷⁸ *Id* at 37.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Todos e cada um de nós: o
interesse público como critério de
desenvolvimento humano

All and each of us: public interest
as human development criteria

Mártin Haeberlin

Flávio Comim

Todos e cada um de nós: o interesse público como critério de desenvolvimento humano*

All and each of us: public interest as human development criteria

Mártin Haeberlin**

Flávio Comim***

Resumo

O presente artigo busca aproximar interesse público e desenvolvimento humano. Partindo da hipótese de que o interesse público, considerado desde uma abordagem abrangente, é um critério de desenvolvimento humano, aproxima-se o elemento jurídico do interesse público, relacionado à realização de direitos humanos e liberdades básicas, com a Economia do Desenvolvimento, expandindo-se assim o campo de pesquisa para a fundação conceitual elementar da chamada “*Capability Approach*”. Após assinalar que o interesse público impõe um senso de vida em comum baseado em valores coletivos e relacionado a um plexo de sentimentos morais que fazem parte da estrutura das sociedades (“*comunidade*”), sustenta-se que esse entendimento deve dirigir tanto ações governamentais como ações humanas. A demonstração da hipótese de trabalho, realizada por pesquisa exploratória de caráter bibliográfico, comporta uma sugestão de leitura do interesse público vinculado ao desenvolvimento humano em três níveis. Para cada nível, demonstram-se algumas métricas usuais de desenvolvimento humano encontradas na literatura. Todavia, diante do acréscimo do terceiro nível, conclui-se pela necessidade de desenhar uma métrica alternativa (que evolua as concepções usuais), em que as equações que compõem o desenvolvimento humano incluam o interesse público, o que é realizado, de modo especulativo, com dados colhidos de países da América Latina.

Palavras-chave: Desenvolvimento Humano. Interesse Público. *Capability Approach*. Políticas Públicas. América Latina.

Abstract

This article seeks to approximate public interest and human development. Under the assumption that public interest, considered from a comprehensive approach, is a criterion of human development, it brings closer the legal understanding of public interest, related to the effectiveness of human rights and basic freedoms, with Development Economics, enlarging the field of research to the elementary conceptual foundation of the so-called “*Capability Approach*”. After pointing out that public interest imposes a common sense of life based on collective values and related to a plexus of moral feelings that are part of the structure of societies (“*publicness*”), it is

* Recebido em 15/01/2020.

Aprovado em 09/03/2020.

Este artigo é produto de projeto de investigação de pós-doutorado, intitulado “Justiça, Meritocracia e Políticas Públicas: a distribuição de bens em sociedade entre igualdade, entropia social e egotopia”, desenvolvido na UFRGS pelo 1º autor sob supervisão do 2º autor, com financiamento da CAPES (Processo n. 23038.004864/2015-63).

** Pós-Doutorado em Economia (UFRGS) e Doutor em Direito (PUCRS). Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). E-mail: mphaeberlin@gmail.com

*** Pós-Doutorado em Economia (Universidade de Cambridge e Universidade de Harvard) e Doutor em Economia (Universidade de Cambridge). Professor Titular da IQS School of Management, na Universidade Ramon Llull, e Professor Visitante na Universidade de Cambridge. E-mail: flavio.comim@gmail.com

argued that this understanding should rule governmental and human actions. The demonstration of the working hypothesis, performed by exploratory bibliographic research, involves a reading suggestion of public interest linked to human development in three levels. For each of them, the analysis of usual human development metrics is provided. However, considering the addition of a third level, it is concluded that is necessary to draw an alternative metric (which evolves the usual conceptions) where the equations that compose human development include public interest, which is carried out speculatively with data collected from Latin American countries.

Keywords: Human Development. Public Interest. Capability Approach. Public Policies. Latin America.

1 Introdução

Em um momento-chave da história da civilização, há cerca de seis séculos antes de Cristo, testemunhou-se uma evolução gradual das comunidades históricas no sentido da substituição de crenças religiosas pela formulação de uma racionalidade política. Criava-se o ambiente para a reflexão sobre aquilo que as pessoas compartilhavam como objetivos, formando uma noção secular, mesmo que incipiente, de “bem comum”, ou “interesse público”, base para a criação das sociedades modernas.

Daquele momento ao presente, a noção foi objeto de reflexão em diversas áreas, em especial na Filosofia e na Ciência Política. Não obstante, é notável que a tradição jurídica continental tende a conceber o interesse público tratando-o como um conceito autóctone do Direito. Fala-se, pois, de duas abordagens distintas: uma *abordagem estrita*, em que o interesse público é apenas um desenvolvimento jurídico, relacionado à realização de direitos humanos e liberdades básicas; e uma *abordagem abrangente*, na qual se acresce ao desenvolvimento jurídico a perspectiva do desenvolvimento humano.

Partindo-se do pressuposto de que a abordagem abrangente deve ser adotada, em razão da insuficiência da abordagem estrita, verifica-se uma vocação do interesse público em fazer evoluir o Estado na direção de suas finalidades, conquanto coincidentes com as finalidades dos seus cidadãos, uma vez que a pergunta pelo interesse público é uma pergunta pelos meios adequados e suficientes para alcançar fins.

Essa perspectiva relaciona Direito e Economia, assumindo os princípios e pressupostos da chamada “*Capability Approach*”, os quais fundamentam os objetivos e a metodologia de acompanhamento expressos primeiramente no âmbito do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2010. E, dessa interlocução, proposta desde a abordagem abrangente, propõe-se, como hipótese de trabalho, que o próprio interesse público é um componente essencial para a verificação do desenvolvimento humano.

A partir de pesquisa exploratória de caráter bibliográfico, busca-se, assim, demonstrar a hipótese (analisando a conexão entre interesse público e desenvolvimento humano) do seguinte modo: primeiramente, são expostos alguns pressupostos e conceitos operacionais essenciais da hipótese de trabalho; posteriormente, são analisadas as duas abordagens do interesse público; na sequência, demonstra-se a importância da noção de *comunidade* para a definição de interesse público; por fim, apresenta-se, como aproximação empírica da hipótese, uma métrica de *comunidade*, sugerindo-se análise desta juntamente ao *Índice de Desenvolvimento Humano* (IDH) e outros índices consagrados na literatura.

2 Da *comunidade* ao conceito de interesse público: pressupostos e conceitos operacionais da hipótese de trabalho

Lê-se, em Fustel de Coulanges, uma mudança revolucionária na história que passa, às vezes, despercebida: a construção das sociedades modernas originou-se de uma substituição das crenças religiosas, como princípio de governo, pela “crença” no interesse público¹. A mudança foi revolucionária, pois dela viu-se originar uma racionalidade política calcada na perspectiva de “razão do Estado”², base para o florescimento cultural nas cidades. Criava-se o ambiente para a reflexão sobre aquilo que é o bem para as pessoas e sobre os fundamentos que lhes unem sob um governo comum. O que chamamos interesse público (ou bem comum³) não surgiu *ipso facto*, portanto, com a noção de cidade-Estado, mas quando essa noção passou a ser refletida.

O ato de se associar, instaurando uma sociedade em um bem comum, revela uma compreensão daquilo que se pode chamar *comunidade*.⁴ Isso é, um senso de vida em comum sustentado em valores coletivos e relacionado a um plexo de sentimentos morais que fazem parte da estrutura das sociedades.

Um bem que se quer comum (ou uma comunidade que visa à *comunidade*) é um bem que se modula no binômio relacionamento-experiência do “eu-tu” em um determinado tempo e espaço⁵. A adjetivação do substantivo bem, em bem comum, é a conexão intersubjetiva em torno de um objeto da experiência. É o ato de associação em que todos os associados visam a um *mesmo* (comum) *algo* (bem). E todos os associados têm a real possibilidade de acessar esse algo, posto que, de sua etimologia, sabe-se comum (*communis*) o “acessível a todos”⁶.

Proclamada a identidade das noções de interesse público e bem comum — e, portanto, considerado que o interesse público lida com a busca por algo que os associados de uma comunidade visam e que deve ser acessível a todos —, notamos, como afirmado na introdução, que uma *abordagem estrita* de interesse público, que considera apenas o seu sentido jurídico, é insuficiente. Em seu lugar, deve ser adotada uma *abordagem abrangente*, na qual se acresce ao desenvolvimento jurídico a perspectiva do desenvolvimento humano. No contexto dessa abordagem, pode-se partir de uma definição de interesse público como “o elemento nuclear

¹ COULANGES, Fustel de. *La Cité Antique*. Paris: Librairie Hachette, 1900. p. 438.

² FOUCAULT, Michel. *Omnes et singulatim*: vers une critique de la raison politique. 1994. p. 134-161. Disponível em: http://www.cip-idf.org/article.php?id_article=4031. Acesso em: 15 dez. 2019.

³ Concorda-se com a tese de que interesse público e bem comum possuem, em essência, mesmo significado, na esteira de autores como Peter Häberle, Walter Schmidt, Josef Isensee e Robert Uerpman (cf. CALLIESS, Christian. *Gemeinwohl in der Europäischen Union: über den staaten-und verfassungsverbund zum gemeinwohlerbund*. In: BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan; ANDERHEIDEN, Michael (org.). *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der welt. Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat*, Baden-Baden, n. 24, 2002. p. 176), Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 87), José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 73) e Thiago Lima Breus (BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 132-8), dentre outros.

⁴ O neologismo “*comunidade*” serve para diferenciar esse *senso* de vida relacional, ausente no substantivo “comunidade”, que é o *lugar* da vida relacional. Esse é sua existência empírica; aquele, a sua existência refletida. Com o termo, buscamos *unir* o neologismo criado por Martín Haeblerlin (HAEBERLIN, Martín. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 44) com o significado de “publicness” formulado, originalmente, por Flávio Comim (COMIM, Flávio Vasconcelos. *Publicness and human development*. In: 2015 HUMAN DEVELOPMENT AND CAPABILITY ASSOCIATION CONFERENCE, 2015, Washington. *Proceedings...* Washington: Georgetown University, 2015. p. 13). Essa união confere, a um só tempo, uma proposição de tradução ao termo — sem correspondente perfeito em língua portuguesa — e uma proposição de significado, considerando a base comum entre ambos.

⁵ BUBER, Martín. *Ich und du*. Stuttgart: Philip Reclam, 1995.

⁶ VERNES, Monique. Les illusions endémiques du bien commun: concept opératoire ou formule rhétorique? In: DELAS, Olivier; DEBLOCK, Christian (org.). *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant, 2003. p. 34.

do Estado que obriga sua ação seja nexa, preferencialmente direto e imediato, do maior empreendimento possível de cada um de nós, sendo a sustentabilidade pressuposta a esse interesse e o fomento de uma cultura fundada na obrigação moral de que o empreendimento do outro seja a cada um de nós maximamente relevante uma medida de sua eficácia.⁷⁷

Considera-se, pois, como pressuposto, que o interesse público é uma noção que promove a evolução das pessoas por meio de suas organizações políticas (instituições), devendo se assegurar que a finalidade dos Estados nacionais, disposta em seus arcabouços normativos, deve coincidir com os objetivos dos seus cidadãos, em especial com o objetivo da emancipação (autonomia) desses.

Desse pressuposto, fica realçado que a abordagem abrangente do interesse público aqui adotada — a qual assume, como premissa, a possibilidade de concordância entre interesses sociais desde uma interlocução saudável entre instituições e indivíduos — coloca o Direito *vis-à-vis* à Economia em suas mais distintas escolas. Neste estudo, porém, essa relação é abordada fundamentalmente a partir da perspectiva do Desenvolvimento Humano, assumindo-se os princípios e pressupostos da “*Capability Approach*” de Mahbub ul Haq⁸, Streeten⁹, Amartya Sen¹⁰ e Martha Nussbaum¹¹, os quais fundamentam os objetivos e a metodologia de acompanhamento do Desenvolvimento primeiramente expressos no âmbito do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2010¹².

3 Interesse Público: duas abordagens

Peter Häberle, em texto clássico¹³, preocupava-se com a ideia de um conceito de interesse público do ponto de vista jurídico, analisando o interesse público nas funções legislativa, administrativa e jurisdicional. Propunha ele¹⁴ a necessidade de uma autonomia prática do trabalho jurídico na orientação do problema para sustentar o significado do “interesse público” especificamente para a interpretação constitucional, descolando dele conjunções políticas, econômicas ou filosóficas. Seu estudo deu o tom para diversos trabalhos jurídicos posteriores, notadamente na doutrina continental (eurocêntrica).

Diferentemente de Häberle, partiremos da premissa de que a noção de interesse público (ou bem comum) é esvaziada quando tratada, apenas, sob seu viés jurídico. Sugere-se, pois, a necessidade de um trabalho interdisciplinar, considerando que a “[a] preocupação em torno do bem comum não se restringe ao direito.”¹⁵ Entendendo, como afirmara Ernst Fraenkel¹⁶, que o bem comum é um resultado que tem, entre suas causas, forças econômicas, sociais, políticas e ideológicas de uma nação, busca-se o conhecimento de outras ciência, as quais, às vezes, sequer compartilham os mesmos métodos com a dogmática jurídica.

⁷ HAEBERLIN, Mártin. *Uma teoria do interesse público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 255-256.

⁸ HAQ, Mahbub ul. *Reflections on human development*. Delhi: Oxford University Press, 1999.

⁹ STREETEN, Paul Patrick. *Thinking about development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

¹⁰ SEN, Amartya. *Development as freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999. SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

¹¹ NUSSBAUM, Martha. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge: The Belnack Press of Harvard University Press, 2011.

¹² UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human development report 2010: the real wealth of nations: pathways to human development*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

¹³ HÄEBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches problem: eine analyse von gesetzgebung und rechtsprechung*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 1970.

¹⁴ HÄEBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als Juristisches Problem: eine analyse von gesetzgebung und rechtsprechung*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 1970. p. 17.

¹⁵ ANDERHEIDEN, Michael. *Gemeinwohl in republik und union*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 46.

¹⁶ Cf. BLANKART, Charles. *Gemeinwohl durch direkte und repräsentative Demokratie*. In: ARNIM, Hans Herbert von; SOMMERMANN, Karl-Peter (org.). *Gemeinwohlgefährdung und gemeinwohlsicherung: vorträge und diskussionsbeiträge auf der 71: staatswissenschaftlichen fortbildungstatung*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2004. p. 247.

Falaremos, assim, em duas abordagens sobre o interesse público, uma na qual o interesse público é visto em espectro, apenas, jurídico, outra que lhe acrescenta o espectro humano, onde ele passa a ser pensado aliado a outras ciências, em especial à Economia. Não obstante tenhamos, de pronto, perfilado a segunda, nas linhas que seguem apresentamos, em síntese, uma interpretação de ambas abordagens.

3.1 A abordagem estrita: interesse público como desenvolvimento jurídico

A ideia de uma abordagem estrita do interesse público refere-se ao *fechamento* da apresentação de *problemas e soluções* sobre o tema em desenvolvimentos com matriz na dogmática jurídica. Mesmo reconhecendo modos distintos de operar esses problemas e soluções, pode-se entender o interesse público, nesse sentido, como a busca por um “cânon de valores” pré-constitucionais (anteriores a uma Constituição positivada), os quais criam, na expressão de Ronald Dworkin¹⁷, “[...] o esqueleto constitucional de uma sociedade composta por cidadãos iguais e livres”.

Em geral, os Estados Democráticos de Direito contemporâneos — e a democracia é um pressuposto para ambas as abordagens que fazemos — aceitam essa noção de “pré-constitucionalidade” referindo-se a ela como a “Constituição em sentido material”, o que fazem, expressa ou tacitamente, substituindo uma teoria da justiça por uma teoria dos direitos fundamentais, aceita hoje com poucas variações de fundo.

Os direitos fundamentais confundem-se, de fato, com a materialidade da Constituição, pois “[n]ão há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça.”¹⁸. Sobressai, daí, inerência entre o interesse público e a eficácia dos direitos fundamentais, quer nos direitos de defesa, quer nos direitos prestacionais, nos quais opera seu conteúdo de forma mais incisiva. É neles que os problemas do interesse público, afinal, estão vinculados à distribuição equitativa de bens públicos, desde os mais tangíveis, como saúde e educação, aos mais intangíveis, como as noções de “*public framework of thought*”¹⁹ e de “*stability of a society’s political culture*”²⁰.

Na medida em que os direitos fundamentais dimensionam interesses plurais, ao reconhecimento de um conjunto desses direitos, todos com certo pendor de eficácia, está pressuposta “uma questão de princípio”²¹, em que seus conteúdos constitucionais ganham densidade na colisão entre uns e outros, a ser resolvidos, juridicamente, por procedimentos de ponderação, uma vez que “ele [o interesse público] é determinado em situações concretas de decisão, para se saber qual decisão corresponde ao interesse público.”²²

A pluralidade de interesses — e, por consequência, de direitos fundamentais — é, pois, uma característica própria do Direito Público nos Estados Sociais contemporâneos. Desde sempre, eles se formam a partir de interesses individuais, e os interesses individuais tornam-se grupos plurais, e estes, por sua vez, consoante Karl Loewenstein²³, “[...] são componentes orgânicos da biologia da sociedade civil.”

A diversidade produz efeitos jurídicos. A experiência de um conflito de liberdades requer um catálogo de direitos fundamentais, não se podendo mais imprimir, como outrora, uma imagem de alta resolução, fácil, na qual o Direito Privado consagrava o princípio de autonomia e o Direito Público o Princípio do Interesse Público. Este, juridicamente falando, passa a ser melhor entendido como um ponto focal que diagrama

¹⁷ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: wheter and how roe should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 59, n. 1, p. 381-432, 1992. p. 382

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 601.

¹⁹ SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 134.

²⁰ NUSSBAUM, Martha. *Political emotions: why love matters for justice*. Cambridge: the Belnak Press of Harvard University Press, 2013.

²¹ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 1985.

²² UERPMANN, Robert. *Das öffentliche interesse: seine bedeutung als tatbestandsmerkmal und als dogmatischer begriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. p. 289.

²³ LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tradução de Rüdiger Boerner. Tübingen: Mohr Siebeck, 1959. p. 371.

multifacetadas ações estatais e privadas, consubstanciadas nos mais diversos princípios requerendo as mais diversas ponderações (em atos legislativos, administrativos e jurisdicionais). Nas plurais sociedades democráticas contemporâneas, a colisão de direitos fundamentais está presente em cada ação estatal tendente à realização das suas finalidades.

O interesse público, nessa visão estrita (enquanto desenvolvimento jurídico), encontra-se, por conseguinte, na colisão dos direitos fundamentais. Ínsito à dimensão objetiva desses, vê-se revelado no núcleo das opções constitucionais com base no “[...] conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos [...]”²⁴. Está na ponderação de interesses da política legislativa (no plano legislativo) e das políticas públicas (no plano administrativo). É a ponderação que confere ao ato estatal presunção de legitimidade, dando-se importância ao significado do texto constitucional em conformidade àquela dimensão objetiva.

Trata-se essa abordagem de uma justiça constitucionalizada cujo núcleo é o interesse público. Mas a teoria da justiça está pressuposta na Constituição. Esta é o seu “marco zero”, por assim dizer. O interesse público cria-se na verossimilhança (constatável ou não) de que o pressuposto de justiça constitucional é, de fato, uma constitucionalização da justiça substantiva pré-constitucional. Conhecer o pressuposto não é papel dessa abordagem.

3.2 A abordagem abrangente: interesse público como desenvolvimento jurídico e humano

A ideia de uma abordagem abrangente do interesse público refere-se à *abertura* da apresentação de *problemas e soluções* sobre o tema desde desenvolvimentos outros, para além da dogmática jurídica. Entende-se que o interesse público, a partir do qual se constrói uma teoria da justiça, não é reduzido a essa Teoria da Justiça. Juntamente a ela, o interesse público prescreve um estado de coisas, de modo prospectivo, isso é, para realização futura. Essa ordem de coisas abrange diversas dimensões, como a política, social, cultural e econômica. São, pois, próprias do humano, ou humanísticas.

Nessa abordagem abrangente passa-se a trabalhar com o interesse público como capaz de traduzir algo aproximado àquilo que Georg Jellinek²⁵ chamara “*öffentliche Meinung*”, ao dizer que “[a] totalidade das contemporâneas morais, religiosas, literárias, econômicas gera à ‘mentalidade pública’ um círculo menor ou maior.”

Não apenas as sociedades, mas os indivíduos terão seus “círculos” maiores ou menores. Deve-se ter ciência de que a expansão desses círculos pessoais geram, sempre, um ganho igual ou maior para a “*öffentliche Meinung*”. A promoção — mais do que o mero respeito — do interesse de cada um é interesse de todos, pois todos creditam-se pela expansão do círculo.²⁶ Assim ocorre, por exemplo, com os alunos de um professor que recebe uma formação diferenciada, ou quando centros de pesquisa concentram pessoas altamente qualificadas, o que implica, geralmente, resultados significativos do grupo e também no crescimento individual de seus membros, diante da influência positiva de uns em relação aos outros.

É papel do interesse público a expansão desses círculos pessoais (e, pois, da “*öffentliche Meinung*”). O interesse público deve ser lido como um fomentador para prospectar infinitos futuros, desenhando-os no horizonte de cada um. É essa “expansão do círculo”, em ordem com a evolução do Estado, que dita o espaço da atuação estatal. Pensar no interesse público é, pois, pensar que todo ente tende a sua evolução, não sendo diferente com o Estado, que evolui à medida da evolução de seus concidadãos. O Estado deve ser pensado, assim, em sua utilidade dogmática, proporcional à sua aptidão para gerar causalidade (validade, eficácia, efetividade e execução) entre as suas ações e a ordem material de coisas que produzir a sua gente.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 310.

²⁵ JELLINEK, Georg. *Allgemeine staatslehre*. 3. ed. Berlin: O. Häring, 2014. p. 102.

²⁶ Sobre essa asserção, vide ENGEL, Christoph; ROCKENBACH, Bettina. *We are not alone: the impact of externalities on public good provision*. 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1463259>. Acesso em: 15 dez. 2019.

Pode-se dizer que, enquanto a Teoria da Justiça é central para a abordagem estrita do interesse público, para a abordagem abrangente a centralidade está na *teoria do desenvolvimento humano*.

É na Economia que se arregimentam as melhores explicações que conhecemos sobre o tema, de modo que esse campo de estudos merece especial atenção, conquanto se tenha presente a advertência: “[a] questão fundamental é a de saber se o ser humano está a serviço da economia ou a economia a serviço do ser humano.”²⁷ Quando se fazem perguntas sobre o bem comum, ademais, “[p]ara as respostas são necessárias considerações derivadas da economia.”²⁸

Pode-se lidar com o desenvolvimento econômico desde uma perspectiva de aumento da produção, do consumo, do produto interno ou, mesmo, desde um ponto de vista *welfarista*, em que se desloca o eixo da produção da riqueza para o de sua distribuição.²⁹ Uma vez que lidamos com uma perspectiva de desenvolvimento humano, essas visões tradicionais devem ser também alargadas. Ainda que, nessa última ideia, calcada no “bem-estar”, possamos encontrar um importante elemento para favorecer necessidades básicas dos indivíduos, devemos ter em mente a crítica de Amartya Sen³⁰: essas concepções, ao adotar o conceito de utilidade, realizam avaliações de bem-estar relacionadas à eficiência na distribuição de bens onde consideram os indivíduos meras “unidades básicas”, o que, segundo ele, faz esse pensamento econômico distanciar-se da ética.

O trabalho de Amartya Sen, a partir desse pressuposto crítico, mostra-se uma base importante daquilo que entendemos como abordagem abrangente do interesse público. Isso porque, buscando reestrear a ética e a economia, propõe ele a substituição do critério de utilidade pela noção de liberdades substantivas, isso é, a *autonomia* de alguém escolher uma vida que se tem razão para valorizar. A liberdade assume o papel inclusivo de fazer com que as pessoas possam ter reais condições de fazer suas escolhas. Nos termos aqui utilizados, produz-se uma “expansão dos círculos pessoais”. Nas palavras de Sen³¹:

[...] a expansão da liberdade é vista, nesta abordagem, como o fim principal e como o meio principal do desenvolvimento. O desenvolvimento consiste em remover vários tipos de privação de liberdades que deixam pessoas com poucas escolhas e poucas oportunidades de exercer sua capacidade de agir de acordo com a razão. A remoção de privação de liberdades, arguimos, é *constitutiva* do desenvolvimento. Todavia, para um pleno entendimento da conexão entre desenvolvimento e liberdade temos de ir além desse reconhecimento básico, por mais crucial que ele seja. A importância intrínseca da liberdade humana, em geral, como o objetivo proeminente do desenvolvimento, é fortemente suplementada pela efetividade instrumental de liberdades específicas para promover a liberdade de outros tipos.

O desenvolvimento, desde essa visão, encontra na liberdade um papel constitutivo (fim) e instrumental (meio). E, mais importante, não se limita às questões tradicionais do domínio econômico de produção e distribuição. Dirige-se ao efeito das ações políticas nas liberdades pessoais e na qualidade de vida das pessoas.

Amartya Sen é expoente de um pensamento econômico contemporâneo que atribui ao desenvolvimento um novo papel transformador, que reorganiza e democratiza o mercado. Esse papel seguiria, na visão de Roberto Mangabeira Unger³², duas proposições: primeira, a de oferecer “[...] uma ascensão em direção à experiência da posse-de-si e da auto-realização, que tem exercido um papel tão central no pensamento

²⁷ LEUPRECHT, Peter. Idéologie pan-économique et bien commun. In: DELAS, Olivier; DEBLOCK, Christian (org.). *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant, 2003. p. 5.

²⁸ ANDERHEIDEN, Michael. Ökonomik, gemeinwohl und verfassungsrecht. In: BUNGENBERG, Marc (org.). *Recht und ökonomik*. München: C.H. Beck, 2004. p. 113.

²⁹ Exemplo desse ponto de vista encontramos em Arthur Pigou (PIGOU, Arthur. *The economics of welfare*. 4. ed. London: Transaction, 2002), que inicia o seu *The Economics of Welfare* sob o pressuposto de que o principal motivo do estudo da economia é ajudar o desenvolvimento social, e endereça o seu estudo às formas que tornam possíveis aos governos controlar o jogo das forças econômicas de modo a produzir o bem-estar econômico e, através dele, o bem-estar total dos cidadãos como um todo.

³⁰ SEN, Amartya. *On ethics and economics*. Gateshead: Blackwell, 1988.

³¹ SEN, Amartya. *Development as freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. xii.

³² UNGER, Roberto Mangabeira. *The left alternative*. London: Verso, 2009.

cristão, romântico e liberal, para as ideologias seculares de emancipação.”³³; segunda, a de criar alternativas institucionais aos modelos dominantes e antagonicos (como capitalismo e socialismo), em direção a um pensamento programático sustentado no princípio de que “[...] todos devem compartilhar, de algum modo e em algum momento, a responsabilidade de cuidar de pessoas fora de sua própria família.”³⁴

Evidencia-se, com isso, uma importante noção de senso de vida em comum (*comunidade*) que se relaciona ao interesse público, uma vez que, para a “expansão do círculo”, exige-se um comprometimento com o bem do outro. Mais do que solidariedade, mostra-se uma consciência de solidariedade, onde a realização de cada um subsiste com a realização dos outros. Ver o outro no exercício de suas realizações, numa sociedade em que haja *comunidade*, passa ser uma imagem do sublime. Como aparece na frase de Goethe, citada por Unger³⁵: “contra os talentos superiores de outra pessoa não há defesa; há amor.” O interesse público alarga a eficácia do esqueleto de direitos e liberdades básicas. Mas, conceitual e pragmaticamente, ele deve incluir uma visão de prosperidade onde ver o outro no exercício de sua realização importa tanto quanto a eficácia desse esqueleto.

4 Interesse Público e a Importância da Noção de *Comunidade* para sua Definição

A formulação de uma definição de interesse público, na linha do exposto na seção anterior, deve comportar a abordagem ampla, apta a considerar o desenvolvimento jurídico (uma máxima realização dos direitos fundamentais, ou, dito de outro modo, uma menor colisão desses direitos) e o desenvolvimento humano (uma máxima realização das pessoas de acordo com seus objetivos).

4.1 A definição do interesse público e as ações do Estado

Pensar o interesse público desde uma abordagem abrangente importa pensar o Estado e suas ações também desde uma abordagem abrangente. Esse mandamento está bem traduzido no art. 5º, inciso II, da Constituição da Confederação Suíça: “A atividade do Estado deve ser exercida de acordo com o interesse público e proporcional aos fins perseguidos.” Seguir o mandamento, na ideia de uma “boa administração pública”³⁶, passa, assim, por reduzir a cadeia de desdobramentos dos atos estatais, aproximando o nexo de causalidade entre a ação do Estado e a sua efetiva contribuição para os resultados finais pretendidos, constantes de finalidades constitucionais, na medida em que “o efetivo respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais depende sobretudo dos resultados concretos de políticas públicas existentes acerca desses direitos”³⁷.

Nesse mesmo sentido, defende Batista Junior o dever da Administração Pública em assegurar o bem-estar dos indivíduos e a dignidade da pessoa humana, estando por isso “sujeita a um dever de eficiência (pública), que se traduz na necessidade de persecução otimizada do bem comum, contando com recursos escassos e insuficientes para dar plena satisfação aos interesses públicos”³⁸. Isso porque, ao menos uma parte da pergunta pelo interesse público compreende a noção de meios adequados e suficientes para alcançar fins.

³³ UNGER, Roberto Mangabeira. *The left alternative*. London: Verso, 2009. p. vii-viii.

³⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. *The left alternative*. London: Verso, 2009. p. x.

³⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. *The left alternative*. London: Verso, 2009. p. 160.

³⁶ FREITAS, Juares. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22.

³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. 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, ago. 2018. p. 252.

³⁸ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. O estado democrático de direito pós-providência brasileiro em busca da eficiência pública e de uma administração pública mais democrática. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 98, p. 119-158, 2008. p. 153.

Outra parte da pergunta pelo interesse público, porém, refere-se, diretamente, aos fins. E não apenas aos fins constitucionais, mas, na linha do exposto, aos pré-constitucionais, em relação ao respeito ao desenvolvimento humano. Fala-se na ideia de evolução do Estado pela realização das pessoas, em sua emancipação.

Essa segunda direção da pergunta permite elar o elemento jurídico ao humano, uma vez que a emancipação é tendente também à máxima realização dos direitos fundamentais, com a vantagem de que, enquanto as finalidades constitucionais positivadas não possuem vocação para a universalidade, o sentido da emancipação possui. Esse papel da emancipação em maximizar a realização de direitos e liberdades, reduzindo a colisão dos direitos fundamentais, pode ser demonstrado logicamente em dois postulados: i) a evolução do Estado é inversamente proporcional à colisão de direitos fundamentais, uma vez que a maior emancipação induz contingentemente à realização de direitos; e ii) uma ideia ótima de interesse público busca a maximização da evolução do Estado e a minimização da colisão.

Isso nos daria a visão de uma função, na qual o interesse público não se apresentaria como uma grandeza, mas como a constante da relação entre aquelas duas outras grandezas: a evolução do Estado e a colisão de direitos fundamentais. A função ficaria assim representada:

$$\boxed{eE \propto \frac{1}{cDF} \quad eE \propto \frac{1}{cDF} \quad \text{ou} \quad eE = \frac{IP}{cDF} \quad eE = \frac{IP}{cDF} \quad \text{ou} \quad ip = eE \times cDF}$$

ip = interesse público
 eE = evolução do Estado
 cDF = colisão de direitos fundamentais

A função parece demonstrar, igualmente, que a pergunta sobre o papel do Estado para a consecução do interesse público (isto é, menos ou mais intervencionista) deveria dar lugar ao entendimento da relação de proporção entre a evolução do Estado, em parâmetros humanos, e a redução das colisões de direitos fundamentais para a persecução das finalidades desse Estado, no plano jurídico. Isso porque a definição de interesse público é produto daquilo que é inversamente proporcional. As variáveis são os elementos (colisão e evolução do Estado).

Tais postulados afastam-se da composição do interesse público; doutrinas políticas ortodoxas que abordam concepções dicotomizantes do bem comum (seja ao privilegiar a liberdade com prejuízo da igualdade, seja ao promover igualdade subtraindo liberdades) em favor de uma diretriz para a atuação do Estado em torno dos desenvolvimentos jurídico e humano. Esses postulados também afastam algumas doutrinas de moralidade (como o individualismo e o utilitarismo), pelo mesmo motivo. Que tipo de doutrinas os postulados não afastam? As que buscarem emancipação humana e, pela consequência lógica sinalada, a diminuição da colisão de direitos fundamentais. Também não se afastam eventuais doutrinas que visarem ao significado de emancipação, sendo, de algum modo, instrumentais àquelas. Um exemplo, talvez o mais evidente, seria a chamada “ética da virtude”³⁹, uma concepção de justiça iniciada na ética aristotélica. Para essa concepção, a “[...] justiça envolve o cultivo da virtude e o raciocínio sobre o bem comum.”⁴⁰ De diferentes maneiras pode-se ler esse parâmetro de “cultivo de virtudes”, algumas mais e outras menos pluralistas. Em nossa leitura, o cultivo das virtudes, consoante exposto na concepção de abordagem abrangente do interesse público, relaciona-se à celebração do exercício das realizações nossas e alheias.

Em seu favor, essa doutrina de moralidade, ao almejar um “raciocínio sobre o bem comum”, coloca em destaque que, para além da atuação do Estado (pessoa jurídica de direito público), há uma importância fundamental sobre a definição do interesse público pela atuação dos sujeitos (as pessoas naturais que o compõe).

³⁹ Sobre o tema, vide, sobretudo, MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral philosophy*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame, 2007. (especialmente p. 121 e seguintes).

⁴⁰ SANDEL, Michael. *Justice: what's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010. p. 260.

4.2 A definição do interesse público e as ações das pessoas

Em que pese o desenvolvimento humano não possa ser obtido apenas por meio de normas jurídicas positivadas, é válido observar que a relação entre o interesse público e as ações das pessoas, assim como ocorrera na sua relação com as ações do Estado, também possui uma bela demonstração na Constituição suíça. Lê-se tal relação no art. 6º daquela Carta: “cada pessoa é responsável por si mesmo e deve envidar seus esforços para lidar com as tarefas do Estado e da sociedade.”

Com efeito, não há solução para uma sociedade na qual os indivíduos transponham unicamente ao Estado a solução dos seus problemas, abdicando da tarefa de lhes solucionar por meio da *comunidade*. Deve-se reconhecer “[...] o papel objetivo dos fins subjetivos na totalidade dos acontecimentos”⁴¹, sufragando as pessoas como responsáveis por si e pelos outros. O sujeito, no exercício da faculdade racional, deve entender a sua relação de poderes e deveres com o meio e, portanto, considerar-se presente, em ação, na “teia da vida” — onde, conforme identificado por Frijof Capra⁴², “[...] todos os seres vivos são membros de comunidades ecológicas ligadas umas às outras numa rede de interdependência” —, a qual deve se fazer sustentável. Não em um discurso romântico de sustentabilidade, mas pela aceitação pragmática, porque de causalidade direta, entre as nossas ações e aquilo que é construído a nossa volta, aprendendo do modo ecológico o modo social de pensar sobre o tema. A sustentabilidade, nesse sentido, trata da “[...] universalização do respeito às condições multidimensionais da vida de qualidade.”⁴³ A emancipação pessoal, traduzida na realização do empreendimento de cada um, compreende esse “empreendedorismo pessoal” em seu imenso potencial de mudança social.

Não há visão possível (muito menos sustentável) de interesse público enquanto não se fundar uma cultura forte no sentido do nexos entre as ações públicas e privadas para a qual o empreendimento de todos é complementar ao nosso. Usa-se chamar solidariedade esse desígnio, do qual se forma “[...] a disposição de reconhecer o problema de outras pessoas ou grupos de pessoas como um problema próprio.”⁴⁴ Entendemos ele como *comunidade*. E entendemos que ele, reinterpreta o argumento liberal, é essencial à definição do direito e do interesse público.

No argumento liberal, em seu sentido clássico, está compreendida a necessária separação de esfera das ações da sociedade política e dos indivíduos, sendo que, para o interesse destas àquelas devem ajustar-se, inclusive porque o ajuste seria realizado pelo bem da sociedade política.⁴⁵ O entendimento, interpretado como uma substituição do Estado pelos mercados, remete ao núcleo da pergunta sobre a fundação do Estado, quando se entende, desde essa visão liberal, que o Estado — justificadamente ou não — surgiu em sacrifício da vida e da propriedade⁴⁶.

Ocorre que uma pergunta que já supõe o Estado como um sacrificador da vida e da propriedade somente possui sentido quando o Estado é, de antemão, entendido equivocadamente em suas finalidades. Em entendimento adequado, o modelo de argumento deve ser virado ao avesso: o agir estatal está para concretizar a vida e a propriedade, na medida em que, em sua finalidade, adota um modelo de justiça (e interesse público) fomentador do empreendimento pessoal de cada um, ao qual todos devem contribuir. A noção de

⁴¹ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2010. p. 127.

⁴² CAPRA, Frijof. *A teia da vida*: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 28.

⁴³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 68.

⁴⁴ CALLIESS, Christian. Gemeinwohl in der Europäischen Union: Über den staaten-und verfassungsverbund zum gemeinwohlverbund. In: BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan; ANDERHEIDEN, Michael (org.). Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt. *Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat*, Baden-Baden, n. 24, 2002. p. 196.

⁴⁵ Sobre o tema, vide DEWEY, John. *Liberalism and social action*. New York: Prometheus Book, 2000. O argumento, exposto ao longo do livro, é sintetizado na página 8.

⁴⁶ HELLER, Hermann. The nature and structure of the state. *Cardozo Law Review*, New York, v. 18, n. 1, p. 1139-1116, set. 1996. p. 1151.

Estado, mesmo constituída sob com o poder de coerção, somente é sustentável em uma organização que possui, como pressuposto, a garantia de que a coerção realiza *finalidades constitucionais justas*. Percebe-se que a questão desloca seu eixo do domínio político para a ordem administrativa e jurídica, pois envolve o núcleo das finalidades estatais.

Se é verdade que, por casualidade, a ação individual pode ocasionar bem de todos, é igualmente verdade que essa casualidade há de ser lida como uma responsabilidade, uma vez que é necessário compreender nossas limitações e o seu sentido positivo, percebendo que:

[c]ada ser humano nasce com um determinado, vastíssimo, conjunto de possibilidades próprias, possibilidades que instituem e marcam *limites*, estes entendidos na sua ambivalência negativa, mas, também e fundamentalmente, positiva: estes limites mostram exactamente aquilo que um ser humano *pode fazer*, não apenas o que não pode fazer, mas, sobretudo, o que pode fazer, absolutamente. *Os limites são a marca metafísica de nossa mesma positividade ontológica*. O que os transcende é o que não é precisamente nosso. O que é precisamente não-nosso. Assim, os nossos limites, na substância do que constitui o acto próprio de cada um de nós, são a nossa riqueza, não a nossa miséria.⁴⁷

Há, assim, fins subjetivos a mim *impostos* pela minha condição humana; porém, há fins subjetivos a mim *dispostos*, alargados pela vida plural. Isto é: a causalidade que me é possível, sozinho, alcançar, deve ser combinada com outro tipo de causalidade, de um círculo maior, disposto a mim porque estou com os outros.

Repensam-se e redefinem-se, assim justiça e interesse público. Para quem leve essa perspectiva em consideração, pode-se entender, com Ricardo Timm de Souza⁴⁸, que “[...] justiça é a articulação entre a ética e a política de tal modo que a alteridade do outro humano e da natureza seja preservada e promovida através de atos e relações concretos.” E se pode entender o interesse público como “[...] o interesse de todos nós em ver realizado o maior empreendimento de cada um de nós.”⁴⁹

É importante que o Estado e as instituições exerçam um papel multiplicador desse segundo tipo de causalidade (aquela do círculo maior que se abre na imbricação entre o “todos nós” com o “cada um de nós”), fomentando uma cultura de *comunidade*. Mas as ações estatais não substituem a horizontalidade natural das ações das pessoas no sentido da evolução do Estado e, pois, do desenvolvimento humano.

5 O Interesse Público como Critério para o Desenvolvimento Humano: o desenho de uma métrica alternativa

Em relação à seção anterior, percebe-se que uma abordagem abrangente do interesse público leva a linha de investigação na direção do desenvolvimento, sendo natural aproximar essa investigação à interpretação econômica (lugar histórico da análise do desenvolvimento). Porém, deve-se entender que uma tal interpretação ganhará importância não nas versões da Economia clássica, que estudam o desenvolvimento estritamente econômico, mas nas suas versões contemporâneas, onde se abre o campo de pesquisa para o desenvolvimento humano, inclusive a partir de abordagens de outras naturezas, como jurídicas, sociais e culturais. Em inspiração kantiana para os termos, a análise do preço (ou, dito de modo mais específico, dos fenômenos) é substituída pela análise do valor (ou, dito de modo mais específico, das pessoas). Ao tratarmos de Economia, visa-se, particularmente, à chamada Abordagem das Capacitações, um enfrentamento para o qual o grande desafio parece-nos de ordem eminentemente prática: de um lado, criar uma econométrica

⁴⁷ PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Da ontologia da “polis” em Platão*. 2011. p. 30-1. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/pereira_americo_ontologia_da_polis_em_platao.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁴⁸ SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 72.

⁴⁹ HAEBERLIN, Martín. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 303.

adequada de valores humanos; de outro, prover um entendimento mais contundente sobre como melhor alcançar esses valores.

É mesmo tarefa desafiadora criar métricas sólidas para os intangíveis valores da pessoa humana⁵⁰, com o intuito de melhor entender o desenvolvimento humano e as atividades estatais que produzam esse desenvolvimento. Esse resultado foi, de fato, produzido pela mais conhecida das métricas, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), adotado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em 1990, ao lado do qual vem-se agregando índices alternativos e complementares (a exemplo do *Equality Ranking*, do *Human Freedom*, do *Freedom House Index*, do *Prosperity Index*, do *Social Progress Index*, do *Happy Planet Index*, entre outros) cuja função de contribuir para a correção de distorções do modelo proposto pelo IDH, especialmente para identificação do impacto da pobreza e das desigualdades no desenvolvimento, foi apontada por Feitosa e Silva.⁵¹ Acreditamos, porém, que essas métricas costumam não levar em consideração um importante critério para a definição do desenvolvimento: o interesse público.

É necessário, nesse sentido, alargar a definição atual de desenvolvimento humano. Em sua forma clássica, conforme aparece interpretada por Fukuda-Parr e Kumar⁵², ele é “[...] uma expansão das capacidades humanas, uma extensão de escolhas, um realce das liberdades e uma satisfação de direitos humanos.” O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento vai na mesma direção:

O desenvolvimento humano é a expansão da liberdade de as pessoas viverem vidas mais longas, saudáveis e criativas; de avançarem em outros objetivos que elas tenham razões para valorizar; e de se engajar ativamente em moldar um desenvolvimento com vistas à igualdade e à sustentabilidade em um planeta compartilhado.⁵³

Na forma colocada, essa definição, repetida *ad nauseam* nos relatórios de desenvolvimento humano, comporta o seu significado carente de uma reflexão adequada sobre a importância da *comunidade* (e, por consequência, do interesse público) para alcançar o desenvolvimento humano. Os indivíduos devem ser vistos como autônomos (como fins em si mesmos), mas, ao mesmo tempo, como capazes do exercício de razão pública e de emoções públicas. Desenvolvimento humano, assim como o interesse público, relaciona-se, também, ao tratar todos e cada um de nós como igual a nós.

Esse acréscimo (da *comunidade*) à noção corrente de desenvolvimento humano deve aparecer na sua definição. Em uma métrica adequada, portanto, o interesse público há de constar como um critério, evoluindo-se a concepção usual.

A fim de demonstrar tal acréscimo, sugere-se um entendimento da noção de interesse público na perspectiva do desenvolvimento humano em três diferentes níveis, abaixo sintetizados. No terceiro e último nível, desenha-se uma métrica alternativa, que leva o interesse público à condição de critério para o desenvolvimento.

5.1 Primeiro Nível: as ações governamentais

O primeiro nível do interesse público na perspectiva do desenvolvimento humano é aquele relacionado às ações governamentais. Nele, presta-se atenção em quanto os governos alocam de seus orçamentos em

⁵⁰ Sobre essa problemática, vide SUNSTEIN, Cass. *Valuing life: humanizing the regulatory state*. Chicago: University of Chicago Press, 2014. (especialmente capítulos 3 a 5)

⁵¹ FEITOSA, Maria Luiza Mayer; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. Indicadores de desenvolvimento humano e efetivação de direitos humanos: da acumulação de riquezas à redução da pobreza. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 11, jan./jun. 2012, passim.

⁵² FUKUDA-PARR, Sakiko; KUMAR, A. K. Shiva. *Readings in human development: concepts, measures and policies for a development paradigm*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. xxi.

⁵³ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human development report 2010: the real wealth of nations: pathways to human development*. New York: Palgrave Macmillan, 2010. p. 2.

saúde, em educação e em outros bens públicos, assim como na forma que esses bens são distribuídos entre diferentes grupos da sociedade. Também interessa, nesse nível, saber se os governos garantem certos direitos às pessoas de acordo com suas respectivas legislações. Uma vez que esse nível é inspirado na ideia de “bens primários” (“*primary goods*”), pode-se o entender como a aproximação rawlsiana do tema.

É comum entender o interesse público considerando-se o que os governos fazem, o que não é algo trivial, especialmente a respeito do fato de que eles devem usar o poder equilibrando grupos distintos. Desse equilíbrio surgirá um aguardado resultado de prioridades políticas, potencialmente mais agradável a uns que a outros. A questão, nesses casos, é entender o nível de interesse público no estabelecimento dessas prioridades e, em consequência, nas ações governamentais.

Consideremos, para demonstração, a Tabela 1, que enfoca despesas em saúde e educação pública para alguns países da América Latina, dados relacionados, essencialmente, a esse primeiro nível de interesse público.

	AR	BR	CL	CO	CR	CU	GT	MX	PA	PE	UY
Gasto Público em Saúde, 2014											
Como proporção do gasto total em saúde (%)	55.4	46	49.5	75.1	72.7	95.6	37.6	51.8	73.2	60.6	71.2
Como proporção do PIB (%)	2.7	3.8	3.9	5.4	6.8	10.6	2.3	3.3	5.9	3.3	6.1
Per capita, PPP (valores constantes 2011 \$)	1.137	1.318	1.749	962	1.389	2.475	473	1.122	1.677	656	1.792
Camas de Hospital (por 1,000 pessoas), 2000-2003	4.1	2.7	2.6	1.1	1.4	4.9	0.5	1	2.5	1.4	1.9
Gasto Público em educação como proporção do PIB, 2010-2014 (%)	5.3	5.9	4.5	4.5	7.2	12.8	2.9	4.7	3.6	4	4.3
Gasto Público em educação, total (% of government expenditure), 2014	15.3	16	18.9	15	23.4	nd	24.1	19.1	13	17.6	14.9
Gasto Público por estudante, ensino primário (% of PIB per capita), 2014	14.4	20	15.9	17.5	24.6	49.4	10.1	14.9	6.2	13	8.5
Gasto Público por estudante, ensino secundário (% of PIB per capita), 2015	21.3	21.6	16.8	16	25.2	52.2	5.1	16.4	9.2	14.3	9.9
Gasto Público por estudante, ensino superior (% of PIB per capita), 2015	16.3	29.5	18.6	20.2	35.2	38.9	18.1	41.6	18.8	10.1	18.5

Fonte: *World Development Indicators* (<http://data.worldbank.org/products/wdi>).

A tabela demonstra, como regra, que países como Uruguai, Cuba⁵⁴ e Costa Rica gastam mais da sua renda em bens públicos como saúde e educação. Podemos ver também como esses gastos são desiguais entre níveis distintos de ensino, com um gasto proporcionalmente maior per capita no ensino terciário do que no primário, o que pode ser interpretado como uma prioridade de investimento nas elites em relação a outros grupos sociais. Deve-se enfatizar, mais uma vez, que esta é uma medida de alocação de recursos públicos, que pode ser um bom indicador do balanceamento entre o poder e as prioridades políticas; contudo, ela diz pouco sobre como essa alocação afeta no efetivo bem-estar das sociedades.

5.2 Segundo Nível: o impacto das ações governamentais

O segundo nível do interesse público na perspectiva do desenvolvimento humano é aquele relacionado ao impacto das ações governamentais na autonomia das pessoas. Esse é o campo tradicional das estatísticas de desenvolvimento humano, notadamente o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).⁵⁵ Com base em críticas endereçadas à *Teoria da Justiça*, de John Rawls — especialmente por escritos de Amartya Sen —, de que a alocação de recursos é um indicador imperfeito do bem-estar humano, esse nível enfoca os impactos do provimento de bens públicos. Sua intenção é entender como as capacitações são distribuídas entre os indivíduos em uma determinada sociedade. Uma vez que esse segundo nível reflete o modo tradicional do entendimento sobre o desenvolvimento humano, ele pode ser entendido como a aproximação seniana do tema.

O interesse público também diz respeito à eficiência e à responsabilidade no provimento de bens públicos. Há uma longa lista de problemas que podem afetar a relação estreita entre a alocação de recursos para esse provimento e a sua efetiva entrega. Estão na lista: corrupção, paternalismo, ineficiência administrativa, falta de transparência, responsabilidade fiscal e planejamento, dentre outros. Nesse nível, busca-se suprimir esses problemas para que os governos modifiquem, de fato, o bem-estar de suas populações.

Considerando-se os dados da Tabela 2 (afetos a esse segundo nível de interesse público na comparação entre esses países), percebe-se diferença de 0.2 pontos no IDH entre o melhor país ordenado, Chile, e o pior, Guatemala. Isso pode ser verificado concretamente em diferenças como expectativa de vida ao nascer (quase 10 anos), populações sem acesso a saneamento (35% de disparidade) e maior subnutrição infantil na Guatemala (44.7%).

	AR	BR	CL	CO	CR	CU	GT	MX	PA	PE	UY
PIB per capita, PPP (constante 2011 internacional \$), 2015	20.945	14.145	21.665	12.762	14.006	7.455	7.063	16.383	19.470	11.295	19.148
Índice de Desenvolvimento Humano, 2016	0.827	0.754	0.847	0.727	0.776	0.775	0.640	0.762	0.788	0.740	0.795

⁵⁴ Embora Cuba tenha sido acrescentada nas tabelas para efeitos de comparação — considerando possuir níveis acima da média na América Latina para as métricas nos três níveis aqui desenhados —, vale reforçar que a democracia é um pressuposto de ambas as abordagens que construímos para o interesse público.

⁵⁵ Uma relação entre interesse público e IDH pode ser encontrada em PAMPLONA, Leandro. Boa administração, interesse público e índice de desenvolvimento humano. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, p. 187-201, maio/jun. 2011.

	AR	BR	CL	CO	CR	CU	GT	MX	PA	PE	UY
Expectativa de vida ao nascer, 2015	76.5	74.7	82	74.2	79.6	79.6	72.1	77	77.8	74.8	77.4
Taxa de mortalidade infantil, 2015 (por 1000 nascidos vivos)	11.1	14.6	7	13.6	8.5	4	24.3	11.3	14.6	13.1	10.7
Taxa de mortalidade abaixo de 5 anos, 2015	12.5	16.4	8.1	15.9	9.7	5.5	29.1	13.2	17	16.9	10.1
Taxa de fertilidade total (nascimentos por mulheres), 2010-15	2.3	1.8	1.8	1.9	1.9	1.6	3.3	2.3	2.5	2.5	2
População com acesso a saneamento (%), 2014-15	96.4	82.8	99.1	81.1	94.5	93.2	63.9	85.2	75	76	96
Subnutrição (moderada ou severa) de crianças menores de 5 anos, 2010-15 (%)	8.2	7.1	1.8	12.7	5.6	7	46.5	13.6	10	14.6	10.7
Crianças de 1 ano sem imunização, 2014 (%)											
DPT	2	1	4	9	9	2	11	10	4	2	1
Measles	5	3	6	9	5	1	33	3	10	11	4
Incidência de anemia infantil (% de crianças abaixo de 5 anos), 2016	22	25	20	27	29	29	37	28	29	32	23
Incidência de anemia entre mulheres grávidas (%), 2016	29	37	27	27	25	29	25	20	27	26	31

	AR	BR	CL	CO	CR	CU	GT	MX	PA	PE	UY
Anos médios de escolaridade, idade 25+, 2015	9.9	7.8	9.9	7.6	8.7	11.8	6.3	8.6	9.9	9	8.6
Taxa de alfabetização, 15-24 anos, 2010-2016 (%)											
M	99.1	98.4	99	98.1	99	99.8	95.5	98.9	98	99.1	98.6
F	99.5	99.2	99.1	98.9	99.2	99.9	93.3	99	97.3	98.7	99.2
Taxa de Alfabetização adultos, (% acima de 15 anos) 2010-2016											
M	98.04	91.4	96.4	94.1	97.3	99.7	86.7	95.5	94.7	97.2	98.2
F	98.1	92.1	96.2	94.4	97.5	99.8	76.4	93.5	93.5	91.2	98.9
Programme for International Student Assessment (PISA), 2015											
Matemática	409	377	423	391	400	nd	nd	408	nd	387	418
Literatura	425	407	459	425	427	nd	nd	423	nd	398	437
Ciência	432	401	447	416	420	nd	nd	416	nd	397	435
Reprovações, ensino primário, total (% matrículas totais), 2015	2.1	8.7	3.6	2.3	3.1	0.6	9.7	0.8	2.6	3.2	4.6
Incidência de pobreza US\$ 3.20 por dia (PPP) (% da população), 2014-2015	4.5	9.3	3.1	13.1	4.2	nd	25.3	11.8	7	9.3	1.4
Parcela da renda dos 20% mais pobres, 2014-15	4.8	3.6	4.8	3.6	4.3	nd	4.4	5.1	3.5	4.6	5.1
Parcela da renda dos 20% mais ricos, 2014-15	30.8	40.5	38	44.5	36.7	nd	38.4	39.7	39.3	33.4	30.8

Fonte: *World Development Indicators* (<http://data.worldbank.org/products/wdi>), *Human Development Report (2013)* e UNICEF (2014).

É possível, também, ver os resultados das prioridades dos países em termos de taxa de imunização infantil e incidência de anemia entre crianças e mulheres. Quando comparamos os anos médios de escolaridade entre os países, vemos com clareza como a educação está longe de ser uma prioridade no Brasil e o resultado histórico

disso é que seus adultos, com mais de 25 anos, têm em média apenas 7,8 anos de estudo (ganhando apenas da Colômbia e Guatemala). Vale a pena enfatizar que, enquanto o primeiro nível de interesse público reflete apenas a dimensão dos recursos, o segundo foca nos resultados que esses recursos são capazes de gerar.

5.3 Terceiro Nível: o “desenvolvimento como comunidade”

O terceiro nível do interesse público na perspectiva do desenvolvimento humano é aquele relacionado a como as pessoas tratam umas às outras e como as instituições interferem nesse tratamento. Para além do elemento justificador da razão pública, fala-se aqui em aspectos motivacionais relacionados à *comunidade*. Pode-se encontrar esse nível em alguns comportamentos da sociedade civil (incluindo homicídios e acidentes de trânsito), e também em políticas públicas, como aquelas relacionadas à arquitetura dos espaços públicos e da promoção da cultura popular. Tem-se, nesse nível, a expectativa de que, nas sociedades onde há uma preocupação com os seus indivíduos, serão desenvolvidas leis e instituições que darão forma a sentimentos como proteção, compaixão e equidade de uns para com os outros, assim como a própria sociedade civil encarregar-se-á de prover bens públicos. Esse terceiro nível, por associado ao trabalho de Martha Nussbaum⁵⁶, pode ser entendido como a aproximação nussbaumiana do tema.

Enquanto Rawls, ao tratar da “razão pública”, foca em princípios constitucionais, Martha Nussbaum⁵⁷ preocupa-se com a lista de capacitações fundantes desses princípios — nos termos que aqui expomos, poder-se-ia dizer, pré-constitucionais — e em como os governos podem realizar, proativamente, a promoção de “emoções públicas”. A natureza institucional das emoções públicas pode ser vista não apenas a partir do provimento de bens públicos, mas em como as sociedades revelam seus valores compartilhados de igual respeito, afeto ou mesmo compaixão e altruísmo em suas vidas cotidianas. O desenvolvimento (e sua medida) deve ser sobre as pessoas entendendo as pessoas não como meios para seus interesses pessoais, mas como fins em si mesmas.

É difícil encontrar variáveis para demonstrar sentimentos, emoções públicas e o modo como as pessoas tratam umas às outras. Em termos gerais, porém, alguns indicadores podem ser usados, como aqueles que aparecem na Tabela 3: taxas de homicídio, acidentes automobilísticos fatais (especialmente com pedestres), população carcerária e o nível de desigualdade econômica.

⁵⁶ NUSSBAUM, Martha. *Political emotions: why love matters for justice*. Cambridge: The Belnap Press of Harvard University Press, 2013.

⁵⁷ NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: The Belnap Press of Harvard University Press, 2006. p. 222.

	AR	BR	CL	CO	CR	CU	GT	MX	PA	PE	UY
Índice de Gini, 2015-2016	42.4	51.3	47.7	50.8	48.7	nd	48.3	43.4	50.4	43.8	39.7
Taxa de homicídios por 100 mil pessoas, 2014-2015	6.5	26.7	3.6	26.5	11.8	4.7	31.2	16.3	11.4	7.2	8.4
Taxa de mortes no trânsito por 1000 000 habitantes/OMS, 2013	13.6	23.4	12.4	16.8	13.9	7.5	19	12.3	10	13.9	16.6
Taxa % de mortes de pedestres no trânsito, 2013	10	20	39	29	32	39	51	30	41	24	15
Taxa de população na prisão (por 100.000 habitantes/ICP R), 2018	186	325	233	226	374	nd	136	165	390	267	321
Índice de Liberdade da corrupção/Fundação Heritage (0-100), 2017	38	33	71	40	55	42	28	30	41	39	70
Índice de Tolerância e Inclusão do 2017 Social Progress Index	72.76	68.34	72.76	58.03	69.86	0	47.72	52.92	62.96	54.05	80.18

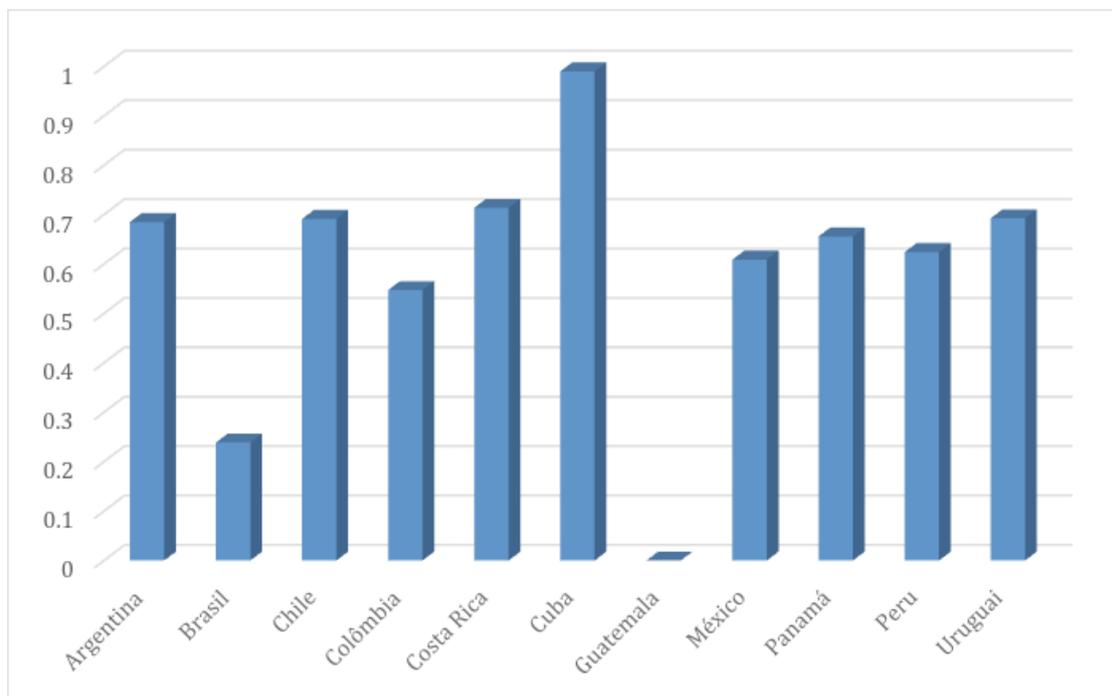
Fonte: *Heritage Foundation* (<http://www.heritage.org>), *World Development Indicators* (<http://data.worldbank.org/products/wdi>).

Utilizando esses dados, percebe-se que as sociedades latino-americanas possuem, em média, não somente alto nível de desigualdade econômica, mas também de outras formas de desigualdade que se manifestam em indicadores de quebra de uma harmonia básica social, como por exemplo o que trata de uma alta proporção de homicídios, notadamente no Brasil, Colômbia e Guatemala, o que sugere baixo nível de desenvolvimento como *comunidadade*, considerando-se a facilidade com que as pessoas matam umas às outras. Também a falta de uma estrutura institucional que fomente a tolerância e inclusão em vários desses países pode ser vista como tendência de manutenção de um conflito político que pode se manifestar em corrupção e criminalidade. Isso é bastante sugestivo, também, de um baixo índice de interesse público considerando este terceiro e necessário nível de seu entendimento.

Embora o objetivo deste texto não seja fornecer um índice pleno para indicar o “desenvolvimento como *comunidadade*”, na tentativa de ilustração da questão sob uma perspectiva de desenvolvimento humano, pode-se pensar no desenho de uma métrica que considere os três níveis de interesse público, a partir dos

parâmetros expostos.

Tomando-se dados como gastos com saúde em proporção do PIB (como representativo do primeiro nível), a taxa de mortalidade antes dos cinco anos e reprovações no ensino primário (como representativo do segundo nível) e a taxa de homicídios por 100.000 habitantes (como representativo do terceiro nível), chegar-se-ia — normalizando as variáveis, harmonizando-as para que estejam todas indicando números maiores para um grau de interesse público maior e usando uma média aritmética para agregá-las —, em um resultado como o apresentado no Gráfico 1, elaborado pelos autores.



Os resultados apontam que o grau de interesse público aferido nesse conjunto de países é maior em Cuba, seguido de Costa Rica, Uruguai, Chile e Argentina. No outro extremo, encontramos com baixo grau de interesse público o Brasil e a Guatemala.

Um índice como o exposto não apresenta uma proposta definitiva, mas vale para o efeito de nos imbuir com diferentes percepções sobre o interesse público enquanto critério de desenvolvimento humano. E sobre como diferentes Estados (e suas sociedades) têm lidado com o seu substrato mais elementar: as pessoas.

6 Considerações finais

O interesse público constitui o Estado. É o fundamento que une as pessoas a um governo comum, compreendendo aquilo que podemos chamar *comunidade*: um senso de vida em comum sustentado em valores coletivos e relacionado a um plexo de sentimentos morais que fazem parte da estrutura das sociedades.

Podem-se realizar duas abordagens sobre o interesse público: uma abordagem estrita, em que o interesse público é apenas um desenvolvimento jurídico, relacionado à realização de direitos e liberdades básicas; e uma abordagem abrangente, na qual se acresce a esse desenvolvimento jurídico a perspectiva do desenvolvimento humano, aproximando o Direito à Economia do Desenvolvimento, especialmente a partir da fundação conceitual elementar da chamada Abordagem das Capacitações.

Este texto desloca o eixo do interesse público da *comunidade jurídica* para essa comunidade em sentido abrangente. Ou, em última análise, para esse conceito de *comunidade*, ao demonstrar que o interesse público é um importante ingrediente para o desenvolvimento humano. Nessa visão de prosperidade (desenvolvimento), ver o outro no exercício de sua realização importa tanto quanto a eficácia do catálogo de direitos e liberdades a ele disposto, inclusive porque aquela realização é condição dessa eficácia.

Se, em nível micro, o interesse público tem a ver com o igual respeito, o afeto e comportamento tolerante que uns cidadãos oferecem aos outros, em nível macro ele refere-se às prioridades dos governos e do impacto distributivo e eficiente de uma grande gama de políticas públicas. De tal modo, importam as ações do Estado (sendo desejável aproximar o nexo de causalidade entre elas e a sua efetiva contribuição para a emancipação das pessoas) e importam as ações das pessoas (sendo desejável também que essas, sentindo-se responsáveis por si e pelos outros, busquem causalidade àquilo que é construído em sua volta). Estado, instituições e pessoas devem exercer um papel multiplicador na expansão do círculo que imbrica o “todos nós” com o “cada um de nós”.

Este artigo sugere um entendimento da noção de interesse público na perspectiva do desenvolvimento humano, assim, em três diferentes níveis: o das ações governamentais (ligado ao uso dos recursos públicos); o do impacto das ações governamentais (ligado ao resultado entregue no uso dos recursos em favor das capacidades humanas); e o do “desenvolvimento como *comunidade*” (ligado ao modo como as pessoas tratam umas às outras). Ao fim, percebe-se que todos esses níveis importam para o desenvolvimento humano, deixando-se exposta a conclusão de que, em uma métrica adequada que evolua de sua concepção usual, o desenvolvimento humano deve ter o interesse público também como um critério. Dito de outro modo: a *comunidade* é uma importante dimensão do desenvolvimento, a qual, por não pode ser deixada de lado, deve aparecer em suas equações.

Porquanto não há concepção de ser senão a de ser com os outros, evoca-se um desenho de uma métrica, na qual o interesse público é levado, especificamente, em consideração. Se sua incipiência ainda não lhe fizer um indicador adequado do interesse público como critério do desenvolvimento humano, lança ele, ao menos, um importante instrumento de debate na comunidade acadêmica e em geral sobre o quanto nós estamos prestando atenção naquilo que, em última análise, deveria estar gravado no cristal atômico das sociedades: a contribuição do todo para o cada um; e do cada um para o todo.

Referências

- ANDERHEIDEN, Michael. *Gemeinwohl in republik und union*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- ANDERHEIDEN, Michael. *Ökonomik, gemeinwohl und verfassungsrecht*. In: BUNGENBERG, Marc (org.). *Recht und ökonomik*. München: C.H. Beck, 2004
- BARCELLOS, Ana Paula de. 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, ago. 2018.
- BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. O estado democrático de direito pós-providência brasileiro em busca da eficiência pública e de uma administração pública mais democrática. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 98, p. 119-158, 2008.
- BLANKART, Charles. *Gemeinwohl durch direkte und repräsentative Demokratie*. In: ARNIM, Hans Herbert von; SOMMERMANN, Karl-Peter (org.). *Gemeinwohlgefährdung und gemeinwohlsicherung*. vorträge und diskussionsbeiträge auf der 71: staatswissenschaftlichen fortbildungstatung. Berlin: Duncker & Humboldt, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

- BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUBER, Martin. *Ich und du*. Stuttgart: Philip Reclam, 1995.
- CALLIESS, Christian. Gemeinwohl in der Europäischen Union: Über den staaten-und verfassungsverbund zum gemeinwohlverbund. In: BRUGGER, Winfried; KIRSTE, Stephan; ANDERHEIDEN, Michael (org.). Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt. *Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat*, Baden-Baden, n. 24, 2002.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- COMIM, Flávio Vasconcellos. Publicness and human development. In: 2015 HUMAN DEVELOPMENT AND CAPABILITY ASSOCIATION CONFERENCE, 2015, Washington. *Proceedings...* Washington: Georgetown University, 2015.
- COULANGES, Fustel de. *La cité antique*. Paris: Librairie Hachette, 1900.
- DEWEY, John. *Liberalism and social action*. New York: Prometheus Book, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: wheter and how roe should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 59, n. 1, p. 381-432, 1992.
- ENGEL, Christoph; ROCKENBACH, Betinna. *We are not alone: the impact of externalities on public good provision*. 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1463259>. Acesso em: 15 dez. 2019
- FEITOSA, Maria Luiza Mayer; SILVA, Paulo Henrique Tavares da. Indicadores de desenvolvimento humano e efetivação de direitos humanos: da acumulação de riquezas à redução da pobreza. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 11, p. 119-147, jan./jun. 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Omnes et singulatim: vers une critique de la raison politique*. 1994. p. 134-161. Disponível em: http://www.cip-idf.org/article.php?id_article=4031. Acesso em: 15 dez. 2019.
- FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FUKUDA-PARR, Sakiko; KUMAR, A. K. Shiva. *Readings in human development: concepts, measures and policies for a development paradigm*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- HÄEBERLE, Peter. *Öffentliches interesse als juristisches problem: eine analyse von gesetzgebung und rechtsprechung*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 1970.
- HAEBERLIN, Mártin. *Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

- HAQ, Mahbub ul. *Reflections on human development*. Delhi: Oxford University Press, 1999.
- HELLER, Hermann. The Nature and Structure of the State. In: *Cardozo Law Review*, New York, v. 18, n. 1, p. 1139-1116, set. 1996.
- JELLINEK, Georg. *Allgemeine staatslehre*. 3. ed. Berlin: O. Häring, 2014.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2010.
- LEUPRECHT, Peter. Idéologie pan-économique et bien commun. In: DELAS, Olivier; DEBLOCK, Christian (org.). *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant, 2003.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tradução de Rüdiger Boerner. Tübingen: Mohr Siebeck, 1959.
- MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral philosophy*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame, 2007.
- NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: The Belnak Press of Harvard University Press, 2006.
- NUSSBAUM, Martha. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge: The Belnak Press of Harvard University Press, 2011.
- NUSSBAUM, Martha. *Political emotions: why love matters for justice*. Cambridge: The Belnak Press of Harvard University Press, 2013.
- PAMPLONA, Leandro. Boa administração, interesse público e índice de desenvolvimento humano. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, p. 187-201, maio/jun. 2011.
- PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Da ontologia da "polis" em Platão*. 2011. Disponível em: http://www.luso-sofia.net/textos/pereira_americo_ontologia_da_polis_em_platao.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.
- PIGOU, Arthur. *The economics of welfare*. 4. ed. London: Transaction, 2002.
- SANDEL, Michael. *Justice: what's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SEN, Amartya. *On ethics and economics*. Gateshead: Blackwell, 1988.
- SEN, Amartya. *Development as freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.
- STREETEN, Paul Patrick. *Thinking about development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- SCHWEIZ. [Bundesverfassung (1999)]. *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*. Disponível em: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995395/index.html#a8>. Acesso em: 15 dez. 2019.
- SUNSTEIN, Cass. *Valuing life: humanizing the regulatory state*. Chicago: University of Chicago Press, 2014.
- UERPMANN, Robert. *Das öffentliche interesse: seine bedeutung als tatbestandsmerkmal und als dogmatischer begriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human development report 2010: the real wealth of nations: pathways to human development*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The left alternative*. London: Verso, 2009.

VERNES, Monique. Les illusions endémiques du bien commun. Concept opératoire ou formule rhétorique? *In*: DELAS, Olivier; DEBLOCK, Christian (org.). *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant, 2003.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Factores derivados de la
pobreza multidimensional
que afectan la usabilidad del
e-gobierno en México**

**Factors derived from
multidimensional poverty
that affect the usability of
e-government in Mexico**

Oscar Yahev Carrera Mora

Luis Fernando Villafuerte

Saulo Sinforoso Martínez

Factores derivados de la pobreza multidimensional que afectan la usabilidad del e-gobierno en México*

Factors derived from multidimensional poverty that affect the usability of e-government in Mexico

Oscar Yahev Carrera Mora **

Luis Fernando Villafuerte***

Saulo Sinforoso Martínez****

Resumen

Este análisis tiene como objetivo comprender que factores emanados de la pobreza multidimensional tienen un efecto en la usabilidad de los servicios de e-gobierno. Por lo tanto, se clasificaron los indicadores de la pobreza multidimensional a través de las dimensiones de éxito del e-gobierno (infraestructura e infoestructura), construyéndose un diagrama causal con los indicadores identificados en esta revisión como causales del incremento o decremento en el uso del e-gobierno convirtiéndolos en variables explicativas a través de la metodología de dinámica de sistemas, lo cual pueda facilitar el análisis de escenarios previos al diseño y/o ejecución de una política pública para favorecer la implementación del e-gobierno. La originalidad del estudio radica en el análisis de la pobreza que es un elemento causal para el surgimiento de factores que inhabilitan a la ciudadanía a hacer uso de los servicios públicos electrónicos, la pobreza regularmente es abordada en materia de TIC como un elemento que de facto genera exclusión, pero no solo se trata de señalar a la pobreza como un fenómeno de exclusión y decidirse por visualizar otros escenarios, debido a que la definición de factores que emanan de esta situación podría permitir el diseño e implementación de políticas y estrategias que habiliten a la ciudadanía a utilizar los servicios de e-gobierno. Por lo tanto, se concluye en el desarrollo de un diagrama causal que muestra diferentes factores de la infraestructura e infoestructura que van limitando la usabilidad de los servicios públicos brindados a través de plataformas *web* (e-gobierno).

Palabras clave: Ciudadanía. e-gobierno. Pobreza. Usabilidad.

Abstract

This analysis aims to understand which factors arising from multidimensional poverty have an effect on the usability of e-government services. Therefore, the indicators of multidimensional poverty were classified through the dimensions of success of e-government (infrastructure and infostructure),

* Recibido em 03/04/2020
Aprovado em 20/04/2020

** Licenciado en Administración, Licenciado en Sistemas Computacionales Administrativos, Maestro en Alta Dirección y Doctor en Ciencias Administrativas y Gestión para el Desarrollo. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Profesor de la Facultad de Negocios y Tecnologías sede Ixtaczoquitlán de la Universidad Veracruzana. E-mail: ocarrera@uv.mx

*** Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Madrid, España. Docente de la Universidad Veracruzana Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales, sede Xalapa, Veracruz, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. E-mail: lvillafuerte@uv.mx

**** Doctor en Ciencias Administrativas y Gestión para el Desarrollo. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Docente de la Facultad de Contaduría sede Tuxpan de la Universidad Veracruzana. E-mail: ssinforoso@uv.mx

constructing a causal diagram with the indicators identified in this review as the causes of the increase or decrease in the use of e-government, converting them into explanatory variables through the system dynamics methodology, which can facilitate the analysis of scenarios prior to the design and/or execution of a public policy to favour the implementation of e-government. The originality of the study lies in the analysis of poverty, which is a causal element for the emergence of factors that disqualify citizens from making use of electronic public services. Poverty is regularly addressed in the area of ICTs as an element that de facto generates exclusion, but it is not only a matter of pointing to poverty as a phenomenon of exclusion and deciding to visualize other scenarios, since the definition of factors that emanate from this situation could enable the design and implementation of policies and strategies that enable citizens to use e-government services. Therefore, we conclude by developing a causal diagram that shows different infrastructure and information factors that limit the usability of public services provided through web platforms (e-government).

Keywords: Citizenship. e-government. Poverty. Usability.

1 Introducción

Las reformas a la administración pública que se iniciaron a finales del siglo XX con el proceso de transformación a la Nueva Gestión Pública (NGP), tuvieron como objetivo mejorar el proceso de gestión pública, de donde se pusieron en boga herramientas de gestión tales como Presupuestos Basados en Resultados (PBR), Programas Operativos Anuales (POA), tableros de mando, por solo citar algunos ejemplos, y dentro de estas estrategias se empezó a implementar al mismo tiempo, la aplicación de las herramientas tecnológicas a los procesos administrativos, en donde se utilizaron para diversas áreas de la administración pública, pero básicamente se orientaron en esta primer momento en aspectos financieros de la Administración.

Sin embargo, si es necesario decir, que de estas herramientas de la NGP muy pocas sobrevivieron, las causas de su erosionamiento son varias, pero básicamente, su virtud, que era el establecer un gran número de indicadores, se convirtió en su debilidad, la numeralia terminó volviendo muy complicada a la gestión, los resultados a veces dejaban de ser importantes y se concentraban en cumplir los criterios de planeación, por lo que estas metodologías poco a poco se fueron abandonando, por ejemplo los POA, los tableros de mando, etcétera, sin embargo, el componente que si tuvo una muy buena receptividad tanto institucional como social, fue el uso de las tecnologías de información, el cual permitió implementar el e-gobierno. Su uso se empezó a extender de las áreas financieras como ya se dijo, a las de implementarlas en el ciclo de las políticas públicas, espacio donde tiene una presencia muy fuerte y constante el uso de esta herramienta de la gestión pública.

Así, el e-gobierno se ha convertido en los últimos años en una herramienta muy importante para brindar servicios públicos eficientes para la ciudadanía, por lo cual los gobiernos tanto a nivel nacional como estatal y municipal han venido buscando alternativas para digitalizar los servicios públicos y ofrecerlos a través de plataformas *web* con tres objetivos en particular, primero, mejorar la comunicación entre ciudadano-gobierno (inclusión), segundo, agilizar los trámites administrativos (eficiencia) y c) reducir la corrupción (transparencia).

Por lo cual, se han impulsado diversas estrategias de construcción e implementación de plataformas *web* de e-gobierno en los diferentes niveles de gobierno, pero la realidad es que los servicios de e-gobierno ofrecidos aún son pocos, así mismo, la usabilidad de los existentes es limitada, en México solo el 31% de los usuarios utilizan el internet para acceder a servicios gubernamentales¹, a su vez, se tiene de manifiesto que existe una baja usabilidad de las plataformas existentes de e-gobierno en México², principalmente las desarrolladas a nivel local.

¹ MÉXICO. Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). 2018.

² MÉXICO. Instituto Mexicano para la Competitividad A.C. (IMCO). 2019.

Existen diferentes respuestas a esa problemática, una de ellas es que una parte de la población son menores de 18 años y no requieren hacer uso de los servicios y otra parte de la población son personas de la tercera edad que no se han podido adaptar a esos nuevos mecanismos, pero también existen otras respuestas que se han definido como factores que afectan la usabilidad del e-gobierno como lo son: la falta de conocimientos que tienen los ciudadanos para el uso de las computadoras personales, el analfabetismo, el analfabetismo digital, la desconfianza de la ciudadanía de los servicios públicos ofrecidos a través de internet derivado de una percepción de eficiencia negativa³ y la brecha digital⁴.

Sin embargo, estos factores mencionados y otros más, tienen un origen, por lo cual el planteamiento central de este estudio considera que la pobreza es un elemento causal para el surgimiento de esos factores que inhabilitan a la ciudadanía a hacer uso de los servicios públicos electrónicos, y es que la pobreza regularmente es abordada en materia de TIC (Tecnologías de Información y Comunicación) como un elemento que de facto genera exclusión, barreras digitales, entre otros elementos implícitos, pero en este estudio no solo se trata de señalar a la pobreza como un fenómeno de exclusión que es restrictivo del uso de las TIC y decidirse por visualizar otros escenarios, de hecho la relación entre la pobreza y la usabilidad del e-gobierno ha sido abordada por diferentes estudios^{5 6}, pero como un elemento per se o incluso se señala al e-gobierno como un mecanismo que pudiese reducir la pobreza^{7 8}, por lo tanto, los estudios se limitan a definir a la pobreza como un factor total de exclusión de la ciudadanía sobre las TIC que esta implícito sin entrar a detalle al conocimiento de cada unas de las variables que se manifiestan.

La propuesta de este estudio radica en abordar como estas condicionantes definidas como variables o factores que surgen de una condición de pobreza tienen una causalidad específica sobre la usabilidad del e-gobierno que necesita hacerse explícita, acción que pudiera permitir a los hacedores de políticas públicas tener una noción más clara de todos los factores y variables que pueden surgir como una limitante en la usabilidad de las TIC, posterior a la implementación de estos mecanismos, por lo que, la definición de factores que emanan de una situación de pobreza podría permitir el diseño e implementación de políticas y estrategias que habiliten a la ciudadanía en esa condición a utilizar los servicios de e-gobierno, pudiendo con ello contar con elementos tangibles para aumentar la usabilidad, haciendo exitoso al e-gobierno en materia de inclusión de la ciudadanía, involucrando a esos sectores sociales vulnerables.

En consecuencia, el objetivo de esta revisión es establecer que factores emanados de la pobreza tienen un efecto en la usabilidad de los servicios públicos brindados a través de plataformas *web*, lo cual permita a partir de una visión metodológica basada en el enfoque sistémico focalizar de manera cualitativa una correlación que parece simple entre variables que apunten hacia una usabilidad social y no instrumental de la tecnología a través de una revisión teórica que finalmente permita obtener una línea de investigación en materia de usabilidad del e-gobierno bajo un sentido social, sin embargo, esa característica implícita de las variables hace que los creadores de políticas públicas omitan algunos elementos importantes en el desarrollo e implementación de herramientas de incorporación de la ciudadanía en la participación social.

³ CARRERA-MORA, Oscar Yahev; OVANDO, María Catalina y VILLAFUERTE, Luis Fernando. La relación de la perspectiva de eficiencia del ciudadano con su comportamiento de uso de los servicios de e-gobierno municipal. *Innovar*, v. 29, n. 74, p. 133-146. <https://doi.org/10.15446/innovar.v29n74.82096>. Acceso en: 03 feb. 2019.

⁴ EBBERS, Wolfgang; JANSEN, Marloes y VAN DEURSENA, Alexander. Impact of the digital divide on e-government: Expanding from channel choice to channel usage. *Government Information Quarterly*, v. 33, n. 4, p. 685-692, 2016. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2016.08.007>.

⁵ LIANG Li; KUI Du; WEI Zhang y JI-YE Mao. Poverty alleviation through government-led e-commerce development in rural China: An activity theory perspective. *Information System Journal*, 2018. <https://doi.org/10.1111/isj.12199>.

⁶ UNITED NATIONS. Designing e-Government for the Poor. Economic and Social Commission for Asia and The Pacific Asian Development Bank Institute. 2005. Disponible en: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/159381/adbi-e-gov-poor.pdf>.

⁷ SANJO, Faniran y KAYODE, Olaniyan. e-Governance in Community-Based Poverty Reduction Strategies. *Rights link*, p. 144-148, 2008. Disponible en: Acceso en:

⁸ LASAINE, Emma. E-Government: A Tool for Poverty Reduction?. *Borgen Magazine*, 2015. Disponible en: <https://www.borgen-magazine.com/e-government-tool/>. Acceso en:

De lo anterior, se deduce hipotéticamente que los diferentes factores derivados de la pobreza tienen un efecto negativo en la inclusión de la ciudadanía a elementos como infraestructura, educación y habilidades digitales que van limitando la usabilidad de los servicios públicos brindados a través de plataformas *web* (e-gobierno). Por lo tanto, con este estudio se buscó desarrollar un diagrama causal de los factores identificados en esta revisión como: la falta de conocimiento de su existencia, analfabetismo digital, entre otros más identificados.

2 Revisión de la literatura

2.1 E-gobierno en México

La adopción de TIC por parte de la administración pública se ha derivado de diversos objetivos, de los cuales sobresalen la necesidad de propiciar eficiencia de los servicios públicos y la inclusión de todos los ciudadanos a éstos^{9 10}, por lo cual se han ido utilizando varios mecanismos para el logro de ellos, de entre los cuales esta el e-gobierno, se entiende por e-gobierno al uso de las TIC en la entrega de información vía Internet que proporciona la administración pública como medio para la entrega de servicios públicos^{11 12}, el e-gobierno comprende diferentes esferas de acción, como lo son: los servicios (e-servicios), la participación ciudadana (e-democracia), entre otros¹³.

La aplicación del e-gobierno y principalmente de los e-servicios ha implicado grandes transformaciones en los procesos gubernamentales en México que han requerido diseñar nuevas estructuras que permitan su desarrollo e implementación a través de acciones y/o políticas públicas impulsoras de los cambios orientados hacia una sociedad de la información y del conocimiento (SIC).

Su funcionamiento y éxito, depende de dos grandes dimensiones, bajo la perspectiva de diversos autores^{14 15} para cumplir con los objetivos y ser exitosa la implementación y uso del e-gobierno, éste depende de dos esferas principales (ver Fig. 1).

⁹ CARRERA-MORA, Oscar Yahev; OVANDO, María Catalina y VILLAFUERTE, Luis Fernando. La relación de la perspectiva de eficiencia del ciudadano con su comportamiento de uso de los servicios de e-gobierno municipal. *Innovar*, v. 29, n. 74, p. 133-146. <https://doi.org/10.15446/innovar.v29n74.82096>. Acceso en: 03 feb. 2019.

¹⁰ CRUZ, Christian y ZAMUDIO, Ayesha. Municipios y gobierno abierto, más allá del gobierno electrónico. *Opera*, v. 21, p. 55-77, 2017. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3114492>. Acceso en:

¹¹ AS'AD, As'ad, KHAZAEI, Babak; AKHGAR, Babak y ALQATAWNA, Ja'far. importance of service integration in e-government implementations. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON INFORMATION AND COMMUNICATION, 7., 2016. *Anales electrónicos [...] [S.L.]: SYSTEMS (ICICS)*, 2016. p. 56-61. DOI: 10.1109/IACS.2016.7476086.

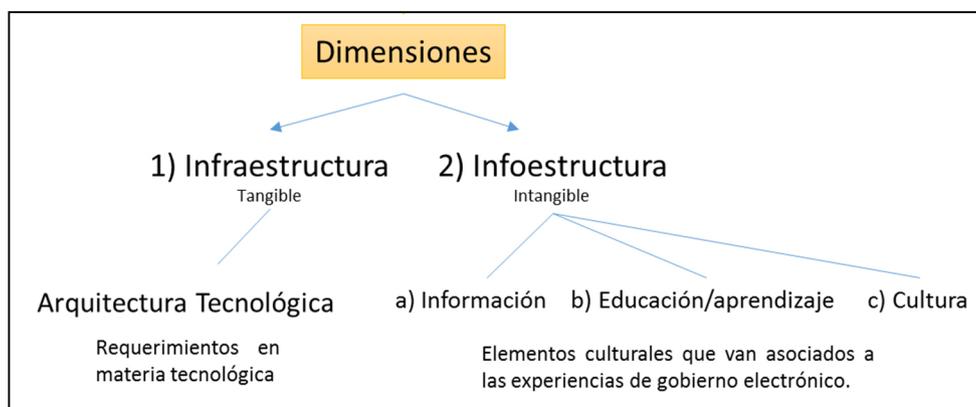
¹² SANTA, Ricardo; MACDONALD, Jason y FERRER, Mario. The role of trust in e-Government effectiveness, operational effectiveness and user satisfaction: Lessons from Saudi Arabia in e-G2B. *Government Information Quarterly*, v. 36, n. 1, p. 39-50, 2019. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2018.10.007>.

¹³ LUNA-REYES, Luis Felipe; GIL-GARCÍA, Ramón, y CELORIO, José Antonio. *El mundo del e-gob local: evidencias de municipios digitales en el mundo*. Ciudad de México: Infotec I+D+i, 2010.

¹⁴ ALFARO, Rodrigo; BUSTOS, Guillermo; GONZÁLEZ, Alejandra y LOROÑO, Joseba. *Introducción al gobierno electrónico: actores y dimensiones*. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Disponible en: http://www.euv.cl/archivos_pdf/gobierno-electronico.pdf. Acceso en: 02 feb. 2005.

¹⁵ MISHRA, Alok, y MISHRA, Deepti. E-Government – Exploring the Different Dimensions of Challenges, Implementation, and Success Factors. *The Data Base for Advances in Information Systems*, v. 42, n. 4, p. 23-37, 2011. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/220627546>. Acceso en:

Fig. 1. Actores y Dimensiones del e-gobierno.



Fuente: elaboración propia.

La infraestructura, que en la era del internet se puede entender como una red suficientemente dimensionada, de fácil acceso, barata, abierta a ciudadanos y organizaciones e incluye todos los mecanismos de acceso como: redes, computadoras, internet, entre otros¹⁶, y;

La infoestructura consiste en todo aquello que permite sacar rendimiento de la infraestructura¹⁷, un componente básico es el conocimiento derivado de la educación y de la alfabetización educativa, elementos que van asociados a elementos culturales, de información y de educación y aprendizaje.

En México, en los diferentes niveles de gobierno se han implementado este tipo de plataformas (e-servicios), impulsados por una estrategia de acceso como el programa México Conectado que fue parte de la Estrategia Digital Nacional (EDN) que entró en vigor en el año 2015, programa que buscó se otorgara el acceso gratuito a internet a toda la ciudadanía a través de infraestructura de internet móvil, fue colocada en las diversas plazas públicas de estados y municipios de México, así mismo, en materia de infoestructura, dotaron al país de centros de apoyo en materia de alfabetización digital que fueron puestos físicamente en las principales ciudades de cada estado de la republica mexicana.

Sin embargo, a pesar de ello, en materia de usabilidad de los e-servicios, aún hay mucha exclusión de los ciudadanos de las plataformas, pese a que se tiene definido un esquema y diversos modelos para el éxito del e-gobierno, por lo tanto, es importante conocer algunos de los factores que limitan a la población hacer uso de estos recursos.

En este sentido, la brecha digital juega un papel sumamente importante¹⁸, ya que genera exclusión, por lo cual, primero es importante explicar que derivado del surgimiento de la era de la informática y las telecomunicaciones, surgió un nuevo elemento de desigualdad denominado brecha digital¹⁹, la cual, se refería a la desigualdad entre aquellos que tenían o no tenían acceso físico a las TIC, pero hoy en día se tienen diferentes tipos de brechas digitales, en primer lugar, aquella que representa la brecha de acceso, en segundo lugar, la brecha de uso o también denominada brecha de segundo nivel²⁰ y, por último, la brecha de apropiación.

¹⁶ SAURABH, Chandra. Infrastructure for e-Government Development Issues and Challenges in India. *Dynamics of Public Administration*, v. 35, n. 1, p. 129-149, 2018. Doi: 10.5958/0976-0733.2018.00010.X.

¹⁷ ABDUL, Aliza; HABIBAH, Noor y JANOM, Norjansalika. Understanding and Building the Definition for Infostructure in Disaster Management. *Journal of Advanced Management Science*, v. 4, n. 6, p. 511-514, 2016. Doi: 10.18178/Joams.4.6.511-514.

¹⁸ MURITALA, Olaseni; ROWLE, Jennifer y JOHNSON, Frances. The multi-dimensional digital divide: Perspectives from an e-government portal in Nigeria. *Government Information Quarterly*, v. 34, n. 2, p. 329-339, 2017. Doi: 10.1016/j.giq.2017.02.002.

¹⁹ GÓMEZ, Dulce Angelica; ALVARADO, Raúl Arturo; MARTÍNEZ, Marlen y DÍAZ DE LEÓN, Christian. La brecha digital: una revisión conceptual y aportaciones metodológicas para su estudio en México. *Entreciencias: Diálogos en la Sociedad del Conocimiento*, v. 6, n. 16, p. 49-64, 2018. DOI: <https://doi.org/10.22201/enesl.20078064e.2018.16.62611>.

²⁰ SEONG-JAE, Min. From the Digital Divide to the Democratic Divide: Internet Skills, Political Interest, and the Second-Level Digital Divide in Political Internet Use. *Journal of Information Technology & Politics*, v.7, n. 1, p. 22-35, 2010. DOI: 10.1080/19331680903109402.

Estas brechas propician límites, tanto de acceso a la infraestructura que afectan los canales de comunicación con los servicios públicos electrónicos, como al uso y la apropiación que se origina por otros factores que limitan la usabilidad, de hecho, según Ebbers, Jansenb y Van Deursena²¹ en los países desarrollados, ni el acceso, ni la situación socioeconómica son factores únicos de exclusión en el uso, también lo son las aptitudes digitales, por lo cual, el análisis del origen de estos factores es primordial para comprender como se generan estos límites, así mismo, la pobreza entendida como un elemento multidimensional es un elemento clave para comprender el origen de esos factores que conforman las brechas que como consecuencia generan exclusión de la ciudadanía en el uso de los e-servicios.

En este sentido, el uso del e-gobierno resulta una estrategia calificada como prioritaria por parte del gobierno de México para tratar de incluir a toda la ciudadanía en los procesos de dotación de servicios públicos, en esa tesitura, se incluye a los sectores sociales considerados dentro de los estratos de pobreza y pobreza multidimensional en el país. La estrategia gubernamental se alinea a los objetivos del desarrollo sostenible 2030, principalmente en el objetivo 9 que describe “industria, innovación e infraestructura” y el 10, “Reducción de la desigualdad”, desde el sexenio del Presidente Enrique Peña Nieto (2012 – 2018) se estableció un programa denominado “Red compartida” que manejaba un esquema en donde el gobierno federal vendía a empresas privadas el servicio de banda ancha y, esta como una especie de intermediario, vendía Internet a bajo costo a los usuarios finales, al final del sexenio, se alcanzó a cubrir el 32.3% de la población, sin embargo, significativamente, no tuvo un éxito en sus metas, ya que metodológicamente contabilizo por porcentaje de población y no por número de usuarios, por lo que se concentró el uso del internet en áreas urbanas, pero no se extendió a mayores zonas poblacionales con dispersión territorial, bajos índices económicos, es decir zonas marginadas.

Con la llegada del Presidente Andrés Manuel López Obrador (2018 – 2024) se implementó una nueva estrategia que se llama “Internet Para Todos”, el cual cambia radicalmente la estrategia, la cual es; conectar gratis a la red inalámbrica a la población del país a través de el cableado de fibra óptica con que cuenta la Comisión Federal de Electricidad (CFE) de México a través de una nueva empresa “CFE Telecomunicaciones e Internet para Todos”, siendo una inversión completamente pública. Esta fue creada el 2 de agosto del 2019, y su objetivo según el Diario Oficial de la Federación (DOF) es “prestar y proveer servicios de telecomunicaciones, sin fines de lucro, para garantizar el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, incluido el de banda ancha e internet”²².

Sin embargo, este proyecto Impulsado por el Presidente López Obrador nació técnicamente muerto, ya que en este año y medio de gestión gubernamental no se ha mostrado un incremento significativo en el número de usuarios de telefonía con Internet, ni de conexión de en los hogares, ni en mejores servicios, según datos del Instituto Federal de telecomunicaciones (IFT)²³ el número de celulares paso de 91 a 96 en el primer semestre de 2019, pero esta cifra nos dice mucho si hacemos notar que en la ciudad de México para este trimestre había 109 celulares por cada 100 habitantes, mientras que en Chiapas y Oaxaca cuentan con 60, es decir, al igual que el programa de Peña Nieto, este programa se concentra en poblaciones que ya cuentan con el servicio de Internet, más no en la población en condiciones de pobreza.

Y es que si bien en México ha crecido el número de usuarios de internet al pasar de 71.3 millones en 2017 a 74.3 millones en 2018, según datos de la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)²⁴, las diferencias son claras, el uso del internet es un fenómeno

²¹ EBBERS, Wolfgang; JANSSEN, Marloes y VAN DEURSENA, Alexander. Impact of the digital divide on e-government: Expanding from channel choice to channel usage. *Government Information Quarterly*, v. 33, n. 4, p. 685-692, 2016. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2016.08.007>.

²² MÉXICO. Diario Oficial de la Federación. 2019. Disponible en: <https://www.dof.gob.mx>. Acceso en:

²³ MÉXICO. Instituto Federal de Telecomunicaciones. 2019. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/pagina-de-inicio/informes-estadisticos-trimestrales>. Acceso en:

²⁴ MÉXICO. Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH). 2019. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2019/>. Acceso en:

urbano, puesto que el 73.1% del total de la población urbana son usuarios de este servicio, en cambio, sólo 40.6% de la población conectada está en zonas rurales. Según la encuesta hay 29.9 millones que no tienen acceso a este servicio, y de ellos, 4 de cada 10 dicen que es por falta de recursos para costearlo, mientras que 2% no lo usa por falta de cobertura. Esto demuestra como la brecha digital tiene una relación directa con la brecha económica.

Entonces el programa actual parte de implementar la conectividad del internet en áreas donde ya existía, es decir, ofreciendo servicios a los que ya lo tenían y sólo a mediano y largo plazo, según la IFT en promedio en 10 años se calcula que se pueda llegar a zonas sin conectividad. Para que funcione la estrategia y se pueda llegar a las zonas rurales en 2024, se deberá desplegar infraestructura, pero también atraer a concesionarios o comercializadores autorizados por el IFT con el fin de reventa de la capacidad y servicios de la red a la población. Sólo así podría conseguirse que el proyecto sea exitoso. La idea del proyecto es alcanzar las 47 mil localidades donde vive 5% de la población en el país a donde no ha llegado ninguna empresa de telecomunicaciones. Sin embargo, hacerlo con fibra óptica resulta poco viable, pues este tipo de usos es muy útil cuando se aplica en contextos en que la densidad poblacional es muy alta, pero cuando, por ejemplo, según el proyecto, se va a llegar a poblaciones con 50 habitantes, el costo del uso de la fibra óptica es muy alto, en donde funcionarían mejor otro tipo de tecnologías, como por ejemplo la satelital.

Así, el uso de estos programas tendría que pensarse muy bien en cómo implementarlos, de tal forma que las políticas públicas creadas para esta discusión sean basadas no solo en elementos técnicos, sino también en la consideración de diversos factores que son generados por una condición de pobreza, con lo cual estos individuos solo se abocaran a la utilización de las herramientas del e- gobierno.

Una exhaustiva revisión de la literatura ha permitido identificar que los estudios de e-gobierno en los últimos años centran su atención principalmente en dos aspectos (ver Tabla 1), primero, los factores y elementos requeridos y derivados de la implementación, por lo cual, cuando se realizan en conjunto con la variable de pobreza, teniendo como objeto de estudio las limitantes para su implementación como lo es: la brecha digital, que genera exclusión de los ciudadanos, los desafíos y oportunidades que estos representan, así mismo, se observa la implementación del e-gobierno como un elemento que debe buscar la erradicación de la pobreza, el segundo aspecto o dimensión de estudio, es el uso o usabilidad, una vez que el e-gobierno esta implementado, las investigaciones versan sobre indagar todos aquellos factores que favorecen tras la usabilidad del mismo, por lo tanto, el objeto de estudio principal ha sido verificar el impacto de estos mecanismos en la pobreza, así como, indagar como el e-gobierno favorece la reducción de la pobreza.

Tabla 1. Dimensiones de estudio del e-gobierno con objeto de estudio la pobreza

Dimensiones de Estudio	Objeto de estudio	Autores
a) Implementación del E-gobierno	<ul style="list-style-type: none"> • Políticas públicas para erradicar la pobreza. • Desafíos y Oportunidades. • Brecha digital 	<ul style="list-style-type: none"> • EBBERS, Wolfgang; JANSEN, Marloes y VAN DEURSENA, Alexander. 2016 • MISHRA, Alok, y MISHRA, Deepti. 2011. • MUKHOPADHYAY, Sandip; BOUWMAN, Harry y PRASAD, Mahadeo. 2019. • MURITALA, Olaseni; ROWLE, Jennifer y JOHNSON, Frances. 2017. • SAURABH, Chandra. 2018
b) Uso del E-gobierno	<ul style="list-style-type: none"> • Impacto en la pobreza. • Reducción de la pobreza. 	<ul style="list-style-type: none"> • LASAINE, Emma. 2015. • LIANG Li; KUI Du; WEI Zhang y JI-YE Mao. • MUTULA, Stephen. 2013. • SANJO, Faniran y KAYODE, Olaniyan. 2008. • SAXENA, K.B.C., y CHAHUAN, Kalpana. 2013. • SPENCE, Randy y SMITH, Matthew. 2010.

Fuente: elaboración propia.

Si embargo, con este estudio no solo se trata de señalar a la pobreza como un fenómeno de exclusión que es restrictivo del uso de las TIC y decidirse por visualizar otros escenarios. La propuesta de este estudio radica en abordar como estas condicionantes definidas como variables o factores que surgen de una condición

de pobreza tienen una causalidad específica sobre la usabilidad del e-gobierno que necesita hacerse explícita, representado a través de un diagrama causal, acción que pudiera permitir a los hacedores de políticas públicas tener una noción más clara de todos los factores y variables que pueden surgir como una limitante en la usabilidad de las TIC, posterior a la implementación de estos mecanismos.

2.2 La pobreza en México

El entendimiento de la pobreza es fundamental, ya que, gran parte de la población en México tiene ingresos en el límite o por debajo de la línea de bienestar económico, lo que lleva a la ciudadanía en situación de pobreza a cubrir necesidades básicas generando diversas barreras de exclusión²⁵. La pobreza es un problema que no se ha podido erradicar durante décadas a nivel mundial, por lo cual en este análisis no se buscó definir alternativas para combatirla, si no comprender los factores que emanan de ella para favorecer al diseño de alternativas que permitan a la ciudadanía en esa situación acceder a los e-servicios, pudiendo ver al e-gobierno como un elemento potencial para acercar la administración pública a las personas en condición de pobreza²⁶.

Desafortunadamente, cuando se habla de pobreza el pensamiento nos dirige inmediatamente a una situación o condición en la que una persona no puede acceder a una serie de recursos, principalmente los económicos, pero también nos debería dirigir el pensamiento hacia alternativas y estrategias para mitigarla²⁷, sin embargo, es claro que hay muchas formas de definirla, por ello es importante analizar las diferentes dimensiones para su abordaje, por lo tanto, en este análisis la concepción sobre pobreza²⁸ concebida en los objetivos de desarrollo sostenible “Fin de la pobreza” representa una perspectiva adecuada para comprenderla, ya que explica que la pobreza va más allá de la falta de ingresos y recursos para garantizar unos medios de vida sostenibles, considerando como pobreza también a la falta de servicios básicos, la discriminación, la exclusión social y la falta de participación en la adopción de decisiones públicas.

No obstante, los paradigmas de la pobreza según los ingresos son fundamentales para comprender de inicio algunos factores derivados de carencias y necesidades básicas del ser humano que llevan a una comprensión e interpretación del medio para poder establecer como hay factores de la pobreza que limitan la participación de la ciudadanía en diversas áreas del consenso público y de servicios públicos como el e-gobierno.

En México el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Nacional (CONEVAL), es el encargado de establecer los patrones para la medición de pobreza económica, definiendo para su análisis dos líneas de ingreso: primero, la Línea de Pobreza Extrema por Ingresos, que equivale al valor de la canasta alimentaria por persona al mes; y segundo, la Línea de Pobreza por Ingresos, que equivale al valor total de la canasta alimentaria y de la canasta no alimentaria por persona al mes.

En ese sentido, en México según datos del CONEVAL²⁹, el 41.9% de la población que equivale a 52.4 millones de personas se encuentran en situación de pobreza, el 7.4% que equivale a 9.3 millones de personas esta en situación de pobreza extrema, así mismo, un 6.9% es vulnerable por ingresos y el 29.3% que equivale a 36.7 millones de personas es una población vulnerable por carencias sociales, lo cual deja de manifiesto que el 48.8% de la población tiene un ingreso inferior a la línea de pobreza por ingresos, en consecuencia, prác-

²⁵ UNITED NATIONS. Objetivos de desarrollo sostenible. 2019. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/>. Acceso en:

²⁶ LIANG Li; KUI Du; WEI Zhang y JI-YE Mao. Poverty alleviation through government-led e-commerce development in rural China: An activity theory perspective. *Information System Journal*. <https://doi.org/10.1111/isj.12199>.

²⁷ SANJO, Faniran y KAYODE, Olaniyan. e-Governance in Community-Based Poverty Reduction Strategies. *Rights link*, p, 144-148, 2008. Disponible en: Acceso en:

²⁸ UNITED NATIONS. Objetivos de desarrollo sostenible. 2019. Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/poverty/>. Acceso en:

²⁹ MÉXICO. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Pobreza en México, medición de la pobreza*. Disponible en: <http://webdrp.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza-2018.aspx>. Acceso en: 03 feb. 2018.

ticamente en la mitad de la población los factores definidos en esta investigación tienen algún efecto sobre la ciudadanía. “El hecho de que en 2016 el 43,6% de la población viviera en pobreza, describe un panorama poco alentador y una gran fragilidad del tejido social del país”³⁰.

Sin embargo, “puede haber dos países con igual tasa de pobreza según ingresos, pero desigual cobertura en los servicios sociales”³¹, por lo cual es importante dimensionar la pobreza desde diferentes ángulos y perspectivas para un análisis más profundo.

2.2.1 Dimensiones de la pobreza

La pobreza no es un elemento unidimensional, por ello para su estudio es necesario comprender y establecer las diferentes dimensiones que abarca, la definición de indicadores y umbrales en dimensiones distintas al ingreso entregaría una visión más completa respecto del bienestar de la población considerando dos dimensiones^{18 32}: primero, bienestar económico, representado por el indicador “ingreso corriente per cápita del hogar”; y segundo, derechos sociales, que abarca seis indicadores a) Rezago educativo, b) Acceso a los servicios de salud, c) Acceso a la seguridad social, d) Calidad y espacios de la vivienda, e) Acceso a los servicios básicos en la vivienda y f) Acceso a la alimentación.

Por otra parte, está el Índice de Pobreza Humana (IPH) definido por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo que abarca tres dimensiones básicas, vida larga y saludable, educación y nivel de vida digna. Y, por último, tenemos a la Oxford Poverty & Human Development Initiative (OPHI)³³ que destaca cinco dimensiones, basadas en el método Alkire y Foster para la medición multidimensional de pobreza, mismo que ha sido utilizado por los formuladores de políticas en países de todo el mundo para crear medidas nacionales de pobreza y bienestar, las dimensiones son a) Condiciones educativas, b) Condiciones de la niñez y la juventud, c) El trabajo, d) La salud y e) Las condiciones de la vivienda.

Por lo cual, dadas todas esas dimensiones y variables que se pueden presentar, la condición de pobreza puede derivar en factores de exclusión de la ciudadanía en los e-servicios, mismos que es necesario comprenderlos para generar alternativas que permitan reducir la problemática de exclusión.

En cuanto a los indicadores de la pobreza multidimensional, también hay diferentes perspectivas, sin embargo, para esta investigación se tomaron dos en particular, primero, la del Oxford Poverty & Human Development Initiative (OPHI) organización que plantea 10 indicadores: nutrición, mortalidad infantil, años de escolaridad, asistencia escolar, electricidad, saneamiento, bienes, alimentación, agua potable y vivienda, y segundo, la del CONEVAL³⁴ que plantea la medición a partir de ocho indicadores, en donde, “considera el ingreso y seis dimensiones en el enfoque de los derechos sociales. Esta perspectiva se complementa con la incorporación de la cohesión social, para reconocer la importancia de factores contextuales y relacionales”.

El interés particular de buscar la inclusión de las personas en esta condición, se debe a que la prestación

³⁰ VALERA, Rogelio y HERNÁNDEZ, Juan Manuel. Pobreza multidimensional y mercado laboral en México. *Cuadernos de Economía*, v. 39, n. 79, p. 144, 2019. DOI: 10.15446/cuad.econ.v39n79.71201.

³¹ LARRAÑAGA, Osvaldo. La medición de la pobreza en dimensiones distintas al ingreso. *CEPAL: Serie Estudios estadísticos y prospectivos*, n. 58, p. 11, 2007. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4760/S0700697_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acceso en:

³² SCOTT, John; GUTIÉRREZ, Aida, y CHÁVEZ, Carolina. *Medición multidimensional de la pobreza rural en México acceso efectivo y nuevas dimensiones*. Instituto de Estudios Peruanos. 2019. Disponible en: <http://repositorio.iep.org.pe/handle/IEP/9>. Acceso en:

³³ OXFORD POVERTY AND HUMAN DEVELOPMENT INITIATIVE. *Global multidimensional poverty index 2019: illuminating inequalities*. United Nations Development Programme and Oxford Poverty and Human Development Initiative. 2019. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/mpi_2019_publication.pdf. Acceso en:

³⁴ MÉXICO. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Medición multidimensional de la pobreza en México: un enfoque de bienestar económico y de derechos sociales*. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/InformesPublicaciones/FolletoInstitucionales/Documents/Medicion-multidimensional-de-la-pobreza-en-Mexico.pdf>. P. 2. Acceso en: 05 feb. 2019.

eficiente de servicios gubernamentales a los pobres, se enfrenta a muchos desafíos³⁵, debido a que, la situación de pobreza tiene una profunda relación con los límites de la ciudadanía con el uso del e-gobierno en cuanto a las diferentes dimensiones de infraestructura como de infoestructura y, lamentablemente, en los países en desarrollo como México muchas familias marginadas no tienen acceso a la información básica que necesitan para tomar decisiones críticas y aprovechar los programas de bienestar social y hacer uso de los e-servicios tan necesarios³⁶.

Así mismo, autores³⁷ manifiestan que el aumento del acceso a la asistencia federal basada en TIC ofrece a los ciudadanos empobrecidos un medio para mejorar su calidad de vida, reduciendo la incidencia general de la pobreza, ya que un servicio basado en TIC permite reducir los costos de traslado para el ciudadano y los relacionados con la prestación de servicios, liberando así, recursos para ofrecer un mayor volumen de asistencia por parte del gobierno, así mismo, al facilitar el acceso, el e-gobierno pone los servicios gubernamentales a disposición de un mayor número de personas de lo que antes era posible.

Por lo tanto, hay diferentes elementos o indicadores que afectan la usabilidad o la intención de uso de la ciudadanía, mismos que se derivan de una situación de pobreza, ya que las personas en situación de pobreza toman todas sus decisiones en un contexto de escasez, en este contexto la escasez se traduce en términos de la infraestructura y la infoestructura definidas en párrafos anteriores.

3 Metodología

La presente es una investigación de tipo descriptivo – explicativo y se fundamentó en lo siguiente:

3.1 Dimensiones e indicadores de la pobreza en México

Para poder establecer un marco de trabajo (ver Fig. 1) que permita definir las variables que tienen un efecto sobre la usabilidad del e-gobierno, se tomó como dimensión de estudio de la pobreza para esta investigación a la clasificación descrita la Oxford Poverty & Human Development Initiative³⁸ que destaca cinco dimensiones y para los indicadores han sido abstraídos de las variables definidas por el Índice de Desarrollo Humano,³⁹ el OPHI⁴⁰ y el CONEVAL⁴¹, permitiendo plantear los diferentes indicadores que se agrupan en cada una de las dimensiones del e-gobierno. De esta forma, es como se establecen los indicadores surgidos de la pobreza que afectan la usabilidad del e-gobierno (ver Fig. 2).

³⁵ MUKHOPADHYAY, Sandip; BOUWMAN, Harry y PRASAD, Mahadeo. An open platform centric approach for scalable government service delivery to the poor: the Aadhaar case. *Government Information Quarterly* v. 36, n. 3, p. 437-448, 2019. Doi: 10.1016/j.giq.2019.05.001.

³⁶ SAXENA, K.B.C., y CHAHUAN, Kalpana. E-Governance for Rural Poor: Issues & Challenges. *FIIB Business Review*, v. 2, n. 4, 2013. Doi: 10.1177/2455265820130402.

³⁷ SPENCE, Randy y SMITH, Matthew. ICT, Development, and Poverty Reduction: Five Emerging Stories. *Information Technologies & International Development*, v. 6, Special Edition, p. 11-17, 2010.

³⁸ OXFORD POVERTY AND HUMAN DEVELOPMENT INITIATIVE. *Global multidimensional poverty index 2019: illuminating inequalities*. United Nations Development Programme and Oxford Poverty and Human Development Initiative. 2019. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/mpi_2019_publication.pdf. Acceso en:

³⁹ Índice de Desarrollo Humano. Índices e indicadores de desarrollo humano. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update_es.pdf. Acceso en:

⁴⁰ OXFORD POVERTY AND HUMAN DEVELOPMENT INITIATIVE. *Global multidimensional poverty index 2019: illuminating inequalities*. United Nations Development Programme and Oxford Poverty and Human Development Initiative. 2019. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/mpi_2019_publication.pdf. Acceso en:

⁴¹ MÉXICO. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Medición multidimensional de la pobreza en México: un enfoque de bienestar económico y de derechos sociales*. <https://www.coneval.org.mx/InformesPublicaciones/FolletosInstitucionales/Documents/Medicion-multidimensional-de-la-pobreza-en-Mexico.pdf>. Acceso en: 05 feb. 2019.

Fig. 2. Dimensiones e indicadores de la pobreza en México

Dimensión de Estudio de la Pobreza Multidimensional	Indicadores de pobreza multidimensional					
Trabajo	Empleo	Ingreso				
Condiciones de la vivienda	Acceso a electricidad	Acceso a internet	Computadora en el hogar	Telefonía fija	Telefonía móvil	
Salud	Acceso a los servicios de salud		Acceso a la seguridad social			
Condiciones Educativas	Alfabetización	Alfabetización digital	Conocimientos	Hábitos de Lectura	Nivel de estudios	
Condiciones de la niñez y la juventud	Grado de cohesión social					

Fuente: elaboración propia.

3.2 Dimensiones de estudio del e-gobierno

Las causas que acentúan la usabilidad del e-gobierno, derivadas de la pobreza, se analizan a partir de una noción del pensamiento sistémico, como lo es la dinámica de sistemas; metodología que permite comprender la operación de sistemas complejos, como los sociales, por medio de la modelación y la simulación por computadora, permitiendo analizar cómo las interrelaciones de un sistema afectan el comportamiento y sus cambios en el tiempo^{42 43 44}, ver Fig. 3.

Por lo que, la investigación presenta únicamente un diagrama causal basado en la dinámica de sistemas que permitan identificar de manera cualitativa la inferencia de los indicadores de la pobreza en las dimensiones de éxito del e-gobierno.

La dinámica de sistemas, es una metodología utilizada en escasas investigaciones de e-gobierno en México, por su origen cualitativo, no obstante, existen avances en el tema de diferentes autores⁴⁵ quienes utilizan la simulación dinámica para comprender el e-gobierno bajo un caso de estudio de los portales *web* del sistema e-México; así mismo “una teoría de colaboración basada en la retroalimentación, que contribuya a la comprensión de la interacción entre desarrollo de confianza y colaboración en proyectos interorganizacionales dentro del sector público” a través del e-gobierno⁴⁶.

⁴² ROBLEDO, Jorge y FERNANDO, Yony. Estudio de un proceso de innovación utilizando la dinámica de sistemas. *Cuadernos de Administración*, v. 21, n. 35, p. 127-159, 2008. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/cadm/v21n35/v21n35a06.pdf>. Acceso en:

⁴³ QUINTERO, Danny y LÓPEZ, Sandra. Análisis estructural: un apoyo para el modelado con dinámica de sistemas. *Revista Avances en Sistemas e Informática*, v. 7, n. 3, 2010. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/28807/1/26663-93574-1-PB.pdf>. Acceso en:

⁴⁴ MORLAN, Iñaki. *Modelo de dinámica de sistemas para la implantación de tecnologías de la información en la gestión estratégica universitaria*. Tesis – Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, 2010.

⁴⁵ GIL-GARCÍA, Ramón y LUNA, Luis Felipe. *Teoría institucional y simulación dinámica para una mejor comprensión del gobierno electrónico: el caso de los portales web del sistema e-México*. *Gestión y Política Pública*, México, CIDE, n. 247, 2010.

⁴⁶ LUNA-REYES, Luis Felipe. Trust and collaboration in interorganizational information technology projects in the public sector. *Gestión y Política Pública*, Volumen Temático sobre Gobierno Electrónico, p. 171-210, 2013. p. 172. Disponible en: http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/VolTem_Gobierno_Electronico/LunaReyes_2013_eng.pdf. Acceso en:

Fig. 3. Dimensiones de estudio del e-gobierno

Dimensión de estudio del e-gobierno	Área de Estudio de la brecha digital
Infraestructura	Acceso
Infoestructura	Uso y apropiación

Fuente: elaboración propia.

4 Resultados

4.1 Indicadores de la Pobreza que afectan al e-gobierno

Las dimensiones de estudio de la pobreza multidimensional para este análisis han sido clasificadas de acuerdo con su efecto en las áreas de estudio de la brecha digital y estas a su vez, relacionadas con las dimensiones de estudio del e-gobierno, con la finalidad de tener claro la relación de los indicadores de la pobreza que tienen un efecto en la usabilidad del e-gobierno (ver Fig. 4), lo cual lleva a la construcción de un diagrama causal.

Fig. 4. Indicadores de la pobreza que afectan al e-gobierno

Dimensión de estudio del e-gobierno	Área de Estudio de la brecha digital	Dimensión de Estudio de la Pobreza Multidimensional	Indicadores de pobreza multidimensional				
Infraestructura	Acceso	Trabajo	Empleo	Ingreso			
		Condiciones de la vivienda	Acceso a electricidad	Acceso a internet	Computadora en el hogar	Telefonía fija	Telefonía móvil
		Salud	Acceso a los servicios de salud		Acceso a la seguridad social		
Infoestructura	Uso y apropiación	Condiciones Educativas	Alfabetización	Alfabetización digital	Conocimientos	Hábitos de Lectura	Nivel de estudios
		Condiciones de la niñez y la juventud	Grado de cohesión social				

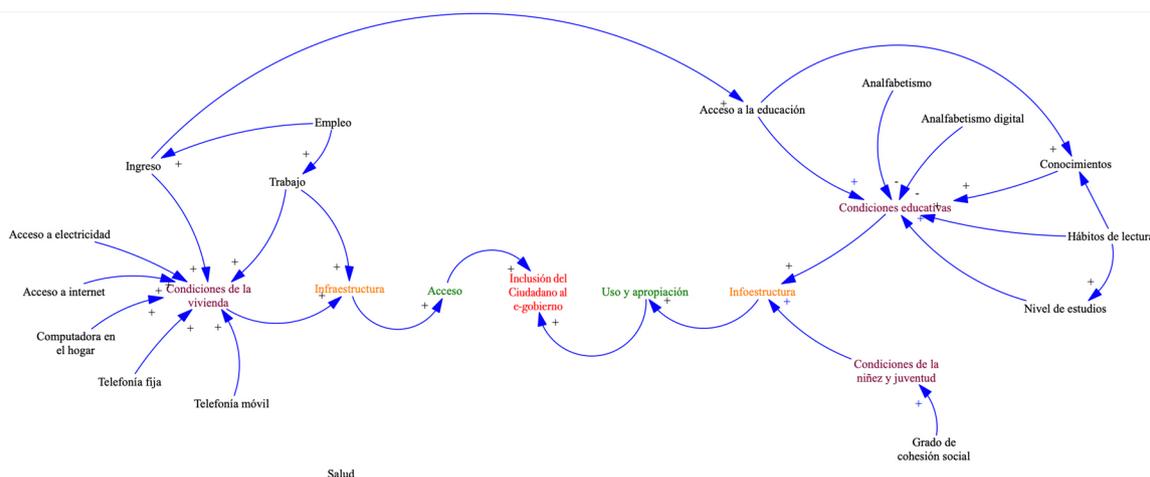
Fuente: elaboración propia.

Por lo tanto, la construcción de este marco de trabajo, permite visualizar a través de categorías la relación de las cinco dimensiones y de sus indicadores, cabe mencionar que la dimensión de la pobreza multidimensional de salud, no es utilizada en este estudio, ya que no tiene una relación directa ni con la brecha digital, ni con el e-gobierno, la salud tiene definitivamente un efecto en la capacidad económica de las personas y otras variables más, pero no es una relación directa, motivo por el cual se excluye del diagrama causal.

4.2 Causalidad de la pobreza en la usabilidad del e-gobierno

La comprensión de la causalidad de cada factor de la pobreza con el uso del e-gobierno se puede comprender a través del diagrama causal —diagrama de Forrester— (ver Fig. 5), en el cual, los indicadores de la pobreza se convierten en variables que afectan a las dimensiones del e-gobierno, por ejemplo, se puede observar que a mayor (+) ingreso de los ciudadanos, existe un mayor acceso a la educación propiciando mejores condiciones educativas, pero también mejores condiciones de vivienda, afectando tanto a la dimensión de infraestructura como de infoestructura. Por lo tanto, si existe mayor pobreza (moderada y extrema), existirá una mayor brecha digital, a causa de las necesidades primarias de bienestar que contraen los ciudadanos al tener ingresos inferiores a la línea de bienestar⁴⁷.

Fig. 5. Diagrama causal de factores que afectan la usabilidad del e-gobierno.



Fuente: elaboración propia.

Por otra parte, tenemos que, si existe mayor analfabetismo, las condiciones educativas tienen un decremento (-), impidiendo mejorar la capacidad de infoestructura de la ciudadanía, lo cual tiene un claro efecto en el uso y apropiación de la tecnología. De tal modo que, con este diagrama causal, es posible advertir a los diseñadores de las políticas públicas las bases necesarias para el mejor funcionamiento y éxito en la implementación de mecanismos de e-gobierno.

En estudios previos realizados por otros autores en cuanto a brecha digital⁴⁸ y de las dimensiones de la pobreza^{49 50}, los ingresos y el rezago educativo (entendido como analfabetismo), son variables que resaltan a la hora de visualizar una posible disminución de la pobreza y la brecha digital, debido a que son elementos que limitan las posibilidades de resarcir ambas problemáticas, por tal motivo, se infiere que estas variables también son causales del aumento en la exclusión social en el e-gobierno. Por lo cual, a través de este contexto, y los ejes teóricos se puede percibir una relación de las variables a) bajos ingresos y b) analfabetismo, con las dimensiones de la pobreza, con la imposibilidad de disminuir la brecha digital y con la falta de inclusión de la ciudadanía al e-gobierno.

⁴⁷ MÉXICO. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Medición de la pobreza en México y en las entidades federativas*. Disponible en: http://www.coneval.gob.mx/Medicion/Documents/Pobreza%202014_CONEVAL_web.pdf. Acceso en: 04 feb. 2014.

⁴⁸ SANDOVAL, Rodrigo. Explorando la brecha digital en México: Diagnóstico del proyecto e-México en el Estado de México. *Espacios Públicos*, p. 292-306, 2006. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67601717>. Acceso en:

⁴⁹ MÉXICO. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Medición de la pobreza en México y en las entidades federativas*. Disponible en: http://www.coneval.gob.mx/Medicion/Documents/Pobreza%202014_CONEVAL_web.pdf. Acceso en: 04 feb. 2014.

⁵⁰ MÉXICO. Instituto Nacional de Geografía y Estadística. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/datos/2018>. Acceso en:

5 Conclusiones

En esta investigación se parte de establecer un análisis de la correlación entre el e – gobierno, la pobreza y su utilidad en los procesos de gestión pública en el país, aunque la correlación podría ser aparentemente muy simple, la intención de este artículo es el hacer un primer acercamiento al tema para que sirva de punto de partida para futuras investigaciones sobre el tema.

Las líneas en que se desarrolla el artículo son tres:

- A) Empezar a desarrollar una visión metodológica desde el enfoque sistémico para el análisis del ciclo de las políticas públicas, el cual nos permita analizar los escenarios previos al diseño y/o ejecución de la política pública para favorecer la usabilidad del e-gobierno, permitiendo con estos escenarios proporcionar datos cercanos a la realidad del éxito o fracaso de la decisión a tomar, teniendo como efecto de ello, la disminución en los costos de transacción, una toma de decisiones más asertiva y un panorama futuro de la inclusión social en el e-gobierno a generar.
- B) Desarrollar una conceptualización teórica acerca del e-gobierno y su utilización en México, el cual, el desarrollo de los posicionamientos académicos está apenas vinculando el contexto en el uso de las plataformas digitales utilizadas en el servicio público, por lo que se usa el enfoque sistémico para hacer esa vinculación de las herramientas tecnológicas con el sentido social del uso de estas herramientas, estableciendo un marco analítico multidimensional y complejo.
- C) A partir del estudio multidimensional mencionado líneas arriba, se incorpora el análisis de la pobreza como un factor del éxito o no del gobierno electrónico, tratando de dar propuestas para poder revertir esta situación, ya que el uso de las herramientas del e – gobierno pueden ser una estrategia muy positiva para tratar de establecer políticas públicas exitosas en un entorno social con alta marginación como es México, por lo que el poder presentar propuestas que logran articular el uso del e – gobierno con la toma de decisiones más allá del uso que se le dé en relación al poder adquisitivo o el nivel educativo de sectores de la sociedad.

Por esta razón se inicia esta línea de investigación, la cual consideramos que puede ser una alternativa muy exitosa para empezar a realizar políticas públicas exitosas, las cuales, a partir de un enfoque de gobernanza, con un presupuesto participativo, con transparencia y rendición de cuentas, puede ser una herramienta que permita sacar de la pobreza y generar buenas políticas en el país.

Finalmente, es importante señalar que en este momento la investigación presentó variables generadas de una forma cualitativa, que son importantes para un conocimiento general de aquellos elementos originados por una condición de pobreza que tienen un efecto tanto positivo como negativo en la usabilidad del e-gobierno, sin embargo, esta línea de investigación permitirá en un siguiente ensayo ponderar cada una de las variables y a través de la misma metodología de dinámica de sistemas, se intentara presentar en un futuro escenarios simulados tanto optimistas como pesimistas que faciliten realizar predicciones de los resultados obtenidos al implementar políticas publicas que ayudan a intentar favorecer en las variables de la pobreza identificadas en este estudio como factores limitantes de la usabilidad del e-gobierno, pudiendo con ello trazar estrategias claras.

Fuentes de información

ABDUL, Aliza; HABIBAH, Noor y JANOM, Norjansalika. Understanding and building the definition for infostructure in disaster management. *Journal of Advanced Management Science*, v. 4, n. 6, p. 511-514, 2016. Doi: 10.18178/joams.4.6.511-514.

ALFARO, Rodrigo; BUSTOS, Guillermo; GONZÁLEZ, Alejandra y LOROÑO, Joseba. *Introducción al gobierno electrónico: actores y dimensiones*. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Disponible en: http://www.euv.cl/archivos_pdf/gobierno-electronico.pdf. Acceso en: 02 feb. 2005

AS'AD, As'ad, KHAZAEI, Babak; AKHGAR, Babak y ALQATAWNA, Ja'far. importance of service integration in e-government implementations. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON INFORMATION AND COMMUNICATION, 7., 2016. *Anales electrónicos [...] [S.L.]: SYSTEMS (ICICS)*, 2016. p. 56-61. DOI: 10.1109/IACS.2016.7476086.

CARRERA-MORA, Oscar Yahev; OVANDO, María Catalina y VILLAFUERTE, Luis Fernando. La relación de la perspectiva de eficiencia del ciudadano con su comportamiento de uso de los servicios de e-gobierno municipal. *Innovar*, v. 29, n.74, p. 133-146, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.15446/innovar.v29n74.82096>. Acceso en: 03 feb. 2019.

CRUZ, Christian y ZAMUDIO, Ayesha. Municipios y gobierno abierto, más allá del gobierno electrónico. *Opera*, v. 21, p. 55-77, 2017. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3114492>. Acceso en:

EBBERS, Wolfgang; JANSEN, Marloes y VAN DEURSENA, Alexander. Impact of the digital divide on e-government: expanding from channel choice to channel usage. *Government Information Quarterly*, v. 33, n. 4, p. 685-692, 2016. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2016.08.007>.

GIL-GARCÍA, Ramón y LUNA, Luis Felipe. Teoría institucional y simulación dinámica para una mejor comprensión del gobierno electrónico: el caso de los portales *web* del sistema e-México. *Gestión y Política Pública*, México, CIDE, n. 247, 2010.

GÓMEZ, Dulce Angélica; ALVARADO, Raúl Arturo; MARTÍNEZ, Marlen y DÍAZ DE LEÓN, Christian. La brecha digital: una revisión conceptual y aportaciones metodológicas para su estudio en México. *Entreciencias: Diálogos en la Sociedad del Conocimiento*, v. 6, n. 16, p. 49-64, 2018. DOI: <https://doi.org/10.22201/enesl.20078064e.2018.16.62611>.

ÍNDICE DE DESARROLLO HUMANO. Índices e indicadores de desarrollo humano. 2018. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update_es.pdf. Acceso en:

LARRAÑAGA, Osvaldo. La medición de la pobreza en dimensiones distintas al ingreso. CEPAL. Serie Estudios estadísticos y prospectivos, n. 58, 2007. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4760/S0700697_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acceso en:

LASAINÉ, Emma. e-government: a tool for poverty reduction?. *Borgen Magazine*, 2015. Disponible en: <https://www.borgenmagazine.com/e-government-tool/>. Acceso en:

LIANG Li; KUI Du; WEI Zhang y JI YE Mao. Poverty alleviation through government led e-commerce development in rural China: an activity theory perspective. *Information System Journal*, 2018. <https://doi.org/10.1111/isj.12199>.

LUNA-REYES, Luis Felipe. Trust and collaboration in interorganizational information technology projects in the public sector. *Gestión y Política Pública*, Volumen Temático sobre Gobierno Electrónico, p. 171-210, 2013. Disponible en: http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/VolTem_Gobierno_Electronico/Luna-Reyes_2013_eng.pdf. Acceso en:

LUNA-REYES, Luis Felipe; GIL-GARCÍA, Ramón, y CELORIO, José Antonio. *El mundo del e-gob local: evidencias de municipios digitales en el mundo*. Ciudad de México: Infotec I+D+i, 2010.

MÉXICO. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Medición de la pobreza en México y en las entidades federativas*. Disponible en: http://www.coneval.gob.mx/Medicion/Documents/Pobreza%202014_CONEVAL_web.pdf. Acceso en: 04 feb. 2014.

MÉXICO. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Pobreza en México, medición de la pobreza*. Disponible en: <http://webdrp.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza-2018.aspx>. Acceso en: 03 feb. 2018.

MÉXICO. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. *Medición multidimensional de la pobreza en México: un enfoque de bienestar económico y de derechos sociales*. <https://www.coneval.org.mx/InformesPublicaciones/FolletosInstitucionales/Documents/Medicion-multidimensional-de-la-pobreza-en-Mexico.pdf>. Acceso en: 05 feb. 2019.

MÉXICO. *Diario Oficial de la Federación*. Disponible en: <https://www.dof.gob.mx>. 2019. Acceso en:

MÉXICO. Instituto Nacional de Geografía y Estadística. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/datos/2018>. Acceso en:

MÉXICO. Instituto Federal de Telecomunicaciones. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/pagina-de-inicio/informes-estadisticos-trimestrales>. 2019. Acceso en:

MÉXICO. Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH). 2019. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2019/>. Acceso en:

MISHRA, Alok, y MISHRA, Deepti. E-Government: exploring the different dimensions of challenges, implementation, and success factors. *The Data Base for Advances in Information Systems*, v. 42, n. 4, p. 23-37, 2011. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/220627546>. Acceso en:

MORLAN, Iñaki. *Modelo de dinámica de sistemas para la implantación de tecnologías de la información en la gestión estratégica universitaria*. Tesis –Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, 2010.

MUKHOPADHYAY, Sandip; BOUWMAN, Harry y PRASAD, Mahadeo. An open platform centric approach for scalable government service delivery to the poor: The Aadhaar case. *Government Information Quarterly*, v. 36, n. 3, p. 437-448, 2019. Doi: 10.1016/j.giq.2019.05.001.

MURITALA, Olaseni; ROWLE, Jennifer y JOHNSON, Frances. The multi-dimensional digital divide: perspectives from an e-government portal in Nigeria. *Government Information Quarterly*, v. 34, n. 2, p. 329-339, 2017. Doi: 10.1016/j.giq.2017.02.002.

MUTULA, Stephen. E-Government's Role in Poverty Alleviation: Case study of South Africa. In: MUTULA, Stephen. *Cases on progressions and challenges in ICT utilization for citizen-centric governance*. Botswana: University of Botswana, 2013. p. 44-68. Doi: 10.4018/978-1-4666-2071-1.ch003.

OXFORD POVERTY AND HUMAN DEVELOPMENT INITIATIVE; UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Global multidimensional poverty index 2019: illuminating inequalities*. 2019. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/mpi_2019_publication.pdf. Acceso en:

ESTADOS UNIDOS. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Informe sobre desarrollo humano 2019*. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf. Acceso en:

QUINTERO, Danny y LÓPEZ, Sandra. Análisis estructural: un apoyo para el modelado con dinámica de sistemas. *Revista Avances en Sistemas e Informática*, v. 7, n. 3, 2010. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/28807/1/26663-93574-1-PB.pdf>. Acceso en:

RIVERA, Eugenio. Concepto y problemas de la construcción del gobierno electrónico. *Revista Gestión y Política Pública*, CIDE, México, v. 15, n. 2, p. 259-305, 2006.

ROBLEDO, Jorge y FERNANDO, Yony. Estudio de un proceso de innovación utilizando la dinámica de sistemas. *Cuadernos de Administración*, v. 21, n. 35, p. 127-159, 2008. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/cadm/v21n35/v21n35a06.pdf>. Acceso en:

SANDOVAL, Rodrigo. Explorando la brecha digital en México: diagnóstico del proyecto e-México en el Estado de México. *Espacios Públicos*, p. 292-306, 2006. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67601717>. Acceso en:

SANJO, Faniran y KAYODE, Olaniyan. e-Governance in Community-Based Poverty Reduction Strategies. *Rights link*, p. 144-148, 2008. Disponible en: Acceso en:

SANTA, Ricardo; MACDONALD, Jason y FERRER, Mario. The role of trust in e-Government effectiveness, operational effectiveness and user satisfaction: lessons from Saudi Arabia in e-G2B. *Government Information Quarterly*, v. 36, n. 1, p. 39-50, 2019. Doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2018.10.007>.

SAURABH, Chandra. Infrastructure for e-Government Development Issues and Challenges in India. *Dynamics of Public Administration*, v. 35, n. 1, p. 129-149, 2018. Doi: 10.5958/0976-0733.2018.00010.X.

SAXENA, K.B.C., y CHAHUAN, Kalpana. E-Governance for rural poor: issues & challenges. *FIIB Business Review*, v. 2, n. 4, 2013. Doi: 10.1177/2455265820130402.

SEONG-JAE, Min. From the digital divide to the democratic divide: internet skills, political interest, and the second-level digital divide in political internet use. *Journal of Information Technology & Politics*, v.7, n. 1, p. 22-35, 2010. DOI: 10.1080/19331680903109402.

SCOTT, John; GUTIÉRREZ, Aida, y CHÁVEZ, Carolina. *Medición multidimensional de la pobreza rural en México acceso efectivo y nuevas dimensiones*. Instituto de Estudios Peruanos. 2019. Disponible en: <http://repositorio.iep.org.pe/handle/IEP/9>. Acceso en:

SPENCE, Randy y SMITH, Matthew. ICT, development, and poverty reduction: five emerging stories. *Information Technologies & International Development*, v. 6, Special Edition, p. 11-17, 2010.

UNITED NATIONS. Designing e-Government for the Poor. Economic and Social Commission for Asia and The Pacific Asian Development Bank Institute. 2005 Disponible en: <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/159381/adbi-e-gov-poor.pdf>. Acceso en:

UNITED NATIONS. *Objetivos de desarrollo sostenible*. 2019. Disponible en: <https://www.un.org/sustainable-development/es/poverty/>. Acceso en:

VALERA, Rogelio y HERNÁNDEZ, Juan Manuel. Pobreza multidimensional y mercado laboral en México. *Cuadernos de Economía*, v. 39, n. 79, 2019. DOI: 10.15446/cuad.econ.v39n79.71201.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

¿Qué ha pasado con los principios de Universalidad, Solidaridad y Eficiencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia?

What has happened to the principles of Universality, Solidarity and Efficiency of the General System of Social Security in Health of Colombia?

David Mendieta

Carmen Elena

¿Qué ha pasado con los principios de Universalidad, Solidaridad y Eficiencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia?*

What has happened to the principles of Universality, Solidarity and Efficiency of the General System of Social Security in Health of Colombia?

David Mendieta**

Carmen Elena***

Resumen

La Constitución de Colombia en su artículo 48 establece que los principios rectores del derecho a la Seguridad Social son la Universalidad, la Solidaridad y la Eficiencia. En 1993 se creó el actual Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Ley 100. ¿Qué ha pasado con estos principios durante estos 25 años? Con una metodología descriptivo- analítica se llegó a la conclusión que hemos alcanzado la universalidad y solidaridad, pero tenemos un sistema ineficiente.

Palabras clave: Salud. Derecho humano. Seguridad social. Colombia.

Abstract

The Constitution of Colombia in its article 48 establishes that the guiding principles of the right to Social Security are universality, solidarity and efficiency. In 1993 the current General System of Social Security in Health was created through law 100. What has happened to these principles during these 25 years? With a descriptive-analytical methodology it was concluded that we have achieved universality and solidarity, but we have an inefficient system.

Keywords: Health. Human rights. Social security. Colombia.

1 Introducción

En Colombia con la expedición de la Constitución de 1991, se elevaron a rango constitucional por primera vez, los derechos a la Seguridad Social y Salud, consagrados en los artículos 48 y 49 de nuestra carta magna, ambos categorizados como servicios públicos a cargo del Estado e incluidos bajo la denominación de “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, sujetos a

* Recibido em 22/01/2020

Aprovado em 07/04/2020

** Doctor en Derecho Constitucional. Director del Doctorado en Derecho de la Universidad de Medellín, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Medellín- Colombia. E-mail: dmendieta@udem.edu.co <https://orcid.org/0000-0002-6944-6815>

*** Magister en Derecho de la Universidad de Medellín. Doctoranda en Derecho de la misma universidad. E-mail: carmenelenaj@hotmail.com

los principios de Universalidad, Solidaridad y Eficiencia. En conjunto, dichas normas, y el artículo 44 constitucional referente a la salud de los niños, elevado a derecho fundamental desde 1991, comprenden el marco constitucional de la salud en Colombia.

Además, el país andino adquirió varios compromisos internacionales en materia de Seguridad Social y Salud, a través de convenios, pactos y declaraciones que ha ratificado con diferentes organismos internacionales de protección de derechos humanos y que han ingresado a su ordenamiento jurídico como parte del bloque de constitucionalidad. Una de estas obligaciones, es el deber de respeto de las disposiciones y derechos contenidos en los diferentes instrumentos normativos del Sistema Interamericano, entre esos, las decisiones proferidas por la Corte Interamericana:

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene antecedentes en materia de protección a la seguridad social, relacionados especialmente con las pensiones y la salud; por tal razón, se constituyen en antecedentes obligatorios para las autoridades judiciales y administrativas de Colombia al revisar los asuntos propios de la seguridad social.¹

Cabe anotar, que el derecho a la salud en Colombia ha sufrido varios cambios importantes tendientes al ejercicio de su reclamación. Desde la década de los 90, fue concebido inicialmente como un servicio público, que dependía de las posibilidades económicas del Estado, ya que se trataba de un derecho de segunda generación, más tarde, evolucionó a derecho fundamental, exigible a través de acción de tutela cuando por conexidad se afectaran otros derechos fundamentales, hasta que la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008 declara la salud como derecho fundamental autónomo. En el año 2015 se expidió la Ley Estatutaria 1751, la cual reitera su rango de derecho fundamental y establece las bases para su prestación y exigencia.²

Mediante la Ley 100 de 1993, se crea de forma general el Sistema de Seguridad Social en Salud de Colombia, en adelante SGSSS. Conformado por un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, destinados a dignificar la vida de las personas, mediante la protección de las contingencias que los afecten, principalmente las que menoscaban la salud y capacidad económica³. Pasados 27 años de haber sido creado el SGSSS de Colombia, se hace importante determinar ¿qué ha pasado con los principios de Universalidad, Solidaridad y Eficiencia que inspiraron la creación del sistema? Responder esta pregunta es el objetivo de este trabajo⁴, pero antes se procederá describir algunas particularidades del SGSSS colombiano, así:

¹ “Podemos afirmar que, en materia de seguridad social, hacen parte del bloque de constitucionalidad las siguientes normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador; la cidh; y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”. BARONA, Ricardo. Protección de la seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Páginas de seguridad social. *Revista Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, v. 1, n. 1, p. 58-59, 2017.

² “Sobre a Colômbia, o Fundo de Solidariedade e de Garantia (Fosyga) recebe contribuições dos segurados e um ‘subsídio’ para os beneficiários não contribuintes, sendo que o montante financeiro é transferido às administradoras de seguros (em geral – privadas), conforme o número de segurados. É da responsabilidade das administradoras o pagamento aos prestadores das ações e serviços de saúde, tais ações e serviços são divididas em dois grupos: (i) para segurados, e; (ii) para segurados subsidiados pelo Estado. Esse modelo não pareceu guardar compatibilidade com a progressão dos direitos humanos fundamentais, tanto que sofreu reformas nos anos de 2007, 2009 e 2011, e não obstante tivessem natureza incremental, não foram capazes de romper com a estrutura vigente de participação do setor privado na administração dos recursos do seguro social e na prestação de serviços de saúde, bem como a ênfase no Estado regulador e contratual. Contudo, merece destaque que, num contexto de defesa dos direitos humanos, de políticas sociais assecuratórias, a Sentença T – 760 de 2008, exarada pela Corte Constitucional, trouxe mudanças importantes ao cenário do setor saúde na Colômbia. Mesmo que tenha havido a declaração oficial de emergência em saúde (2009), passou-se a reconhecer o direito constitucional à saúde, com equiparação entre o regime contributivo e subsidiado, com aprovação de Lei Fundamental – Lei Estatutária da Saúde, em 2015. Mas, ainda assim, foi mantida a segmentação.” SANTOS, Alethele de Oliveira *et al.* O novo constitucionalismo na América Latina e Caribe, e a construção do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCEUB, Brasília, p. 450, 2019.

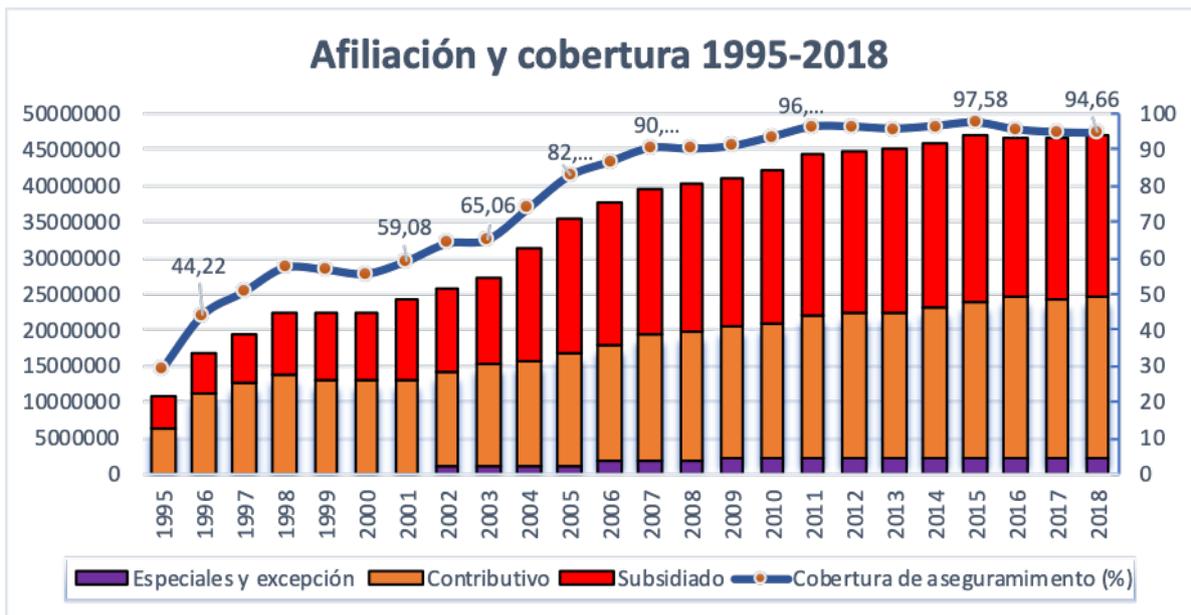
³ Ley 100 de 1993. Preámbulo.

⁴ “Mantener ambigüedades en la definición de los principios suele ser un arma política para los consensos a corto plazo, pero sin capacidades en el medio y largo plazo para hacerlos operativos y tutelar su cumplimiento.” LÓPEZ I CASASNOVAS, Guillem. *Mecanismos y principios para la protección del derecho a la salud*. 2018. p. 6.

2 Funcionamiento del Sistema General en Seguridad Social en Salud de Colombia

El SGSSS existente en Colombia data de 1993, año de expedición de la Ley 100, la cual creó un modelo en el que interactúan entidades del Estado como el Ministerio de Salud y Protección Social -MSPS-, la Superintendencia de Salud -Supersalud-, los departamentos y los municipios, junto con Entidades Prestadoras de Salud -EPS- e Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud -IPS-, que pueden ser del sector público, privado o mixtas.⁵ Se puede ingresar al sistema de tres maneras: siendo parte del régimen contributivo -RC-, en aquellos casos en que se es trabajador dependiente formalizado mediante un contrato de trabajo, pensionado o trabajador independiente con capacidad de pago y que hoy en promedio representan el 41% de la población del país. Siendo parte del régimen subsidiado -RS-, que son aquellas personas que carecen de recursos económicos y están identificadas en los niveles 1 y 2 del SISBEN⁶ y representan en promedio el 47% de la población colombiana y finalmente, a los regímenes especiales -RE- a los que pertenecen trabajadores de algunas entidades del Estado como el magisterio, fuerzas militares, Policía Nacional y la empresa de petróleos del país -ECOPETROL- y representan un 5.5% de la población.⁷ La siguiente gráfica muestra el aumento gradual de afiliados al SGSSS de Colombia desde la década de los 90 hasta el año 2018 y evidencia la Universalidad que ha alcanzado el sistema.

Tabla 1



Fonte: Gráfica elaborada con datos obtenidos de la página oficial del Ministerio de Salud.

En Colombia algunas personas no hacen parte de ninguno de los tres regímenes porque carecen de capacidad de pago, pero no han ingresado al RS, también son atendidos por el SGSSS con cargo a los entes

⁵ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Dirección de Epidemiología y Demografía. *Guía conceptual y metodológica para la caracterización de la población afiliada a las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB)*. Bogotá, 2017.

⁶ “En Colombia la vulnerabilidad de la población se mide con un sistema de puntos que determina el acceso a los programas de asistencia social del Estado denominado SISBEN. Para ser parte del RS se requiere estar inscrito en este sistema en los niveles 1 y 2, lo que significa estar censado como población pobre o que requiere atención prioritaria (niños abandonados o afectados por el conflicto, desplazados, indígenas, inmigrantes como es el caso de los venezolanos, entre otros).” MENDIETA, David; JARAMILLO, Carmen. El Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia: universal, pero ineficiente: a propósito de los veinticinco años de su creación. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, UNAM, p. 207, 2019. Disponible em: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2019.29.13905>.

⁷ OCAMPO, Juan Guillermo; OSLEY, María. El sistema de riesgos laborales frente al trabajador del sector informal. *Revista Opinión Jurídica*, p. 183-204, 2016. Disponible em: <https://doi.org/https://doi.org/10.22395/ojum.v15n30a9>.

territoriales y se estima que son un 6.5% de la población.

Cuando fue creado el SGSSS en 1993, había diferencias el RC y el RS, pues los miembros del primero tenían acceso a un Plan Obligatorio en Salud -POS- que tenía diferentes medicamentos y procedimientos más complejos que los que contenía el POS de quienes eran parte del segundo, con lo que se estableció un trato discriminatorio en el país por razones económicas. En el año 2008, la Corte Constitucional expidió la Sentencia T 760, la cual acabó con esta discriminación y en aras de garantizar los derechos a la igualdad y la dignidad humana le ordenó al Gobierno Nacional unificar ambos planes.⁸

En lo que respecta a los planes de beneficios, se impartirán ocho órdenes. A saber, [...] (6) ordenar que se unifique el POS de los menores de edad; (7) ordenar que se adopte un programa y un cronograma para unificar el POS en el caso de las demás personas [...]⁹

En el año 2015, el Congreso de la República expide la Ley Estatutaria 1751, que regula el derecho fundamental de la salud, dicha norma ordenó la desaparición del POS y estableció que los usuarios del SGSSS tienen derecho a todos los medicamentos y procedimientos que sean necesarios para prevenir y enfrentar una enfermedad, excepto aquellos que están expresamente excluidos. Así los colombianos pasamos de tener un listado de medicamentos y procedimientos a los que teníamos acceso a tener otro de servicios y productos excluidos.¹⁰

En este sentido el MSPS expidió la resolución 5267 de 2017, que buscó excluir algunos medicamentos, pero también servicios y productos como colegios e instituciones educativas, educación especial, toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico, entre otros¹¹ Lo que ha llevado a muchos usuarios del SGSSS a acudir a la acción de tutela, llamada en otras latitudes acción de amparo, para que sea un juez quien les garantice el goce efectivo de su derecho a la salud.¹²

Cuando el sistema fue creado el POS solo cubría enfermedades generales y algunas denominadas graves o congénitas, pero con la ayuda de los jueces en general y la Corte Constitucional en particular, mediante decisiones de tutela se fue ampliando dicho POS a otras enfermedades y medicamentos que en muchos casos podían ser onerosos para las EPS.¹³ En Colombia es evidente la relación existente entre la salud y la acción de tutela, pues gracias a este mecanismo de protección de derechos fundamentales se amplió y unificó el POS y muchos colombianos han logrado hacer efectivo este derecho.¹⁴

⁸ MENDIETA, David; TOBÓN, Mary Luz. La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos, p. 95-108, 2018.

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T 760 de 2008.

¹⁰ Ley 1751, artículo 15, parágrafo 1º.

¹¹ RESOLUCIÓN 5267 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹² Hay quienes cuestionan las particularidades de un mecanismo rápido para la protección del derecho a la salud, es el caso de Santana y Filho que afirman; “Argumenta-se que não é suficiente o recurso a expressões como *dignidade da pessoa humana e mínimo existencial*, por exemplo, para fundamentar, adequadamente, uma decisão em que se discuta o dever jurídico do Estado em garantir direito à saúde aos sujeitos de direito. A postulação pretende, além disso, amparar a hipótese de que intervir em políticas públicas prestacionais, como a relativa ao direito à saúde, especialmente por meio do uso de instrumentos processuais de cognição estreita, caso do mandado de segurança, leva a resultados que promovem, coletivamente, mais dificuldades do que soluções.” SANTANA, Héctor Valverde; FREITAS FILHO, Roberto. Os limites e a extensão da defesa de direitos fundamentais por meio de instrumentos processuais de cognição estreita: mandado de segurança e o caso da saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCEUB, Brasília, p. 95, 2018.

¹³ En otros países también se discute si el acceso a la salud debe estar sujeto a las condiciones económicas del Estado, un ejemplo es Brasil: “Ao deparar-se com uma demanda individual ajuizada por um autor hipossuficiente que pede ao Estado o fornecimento de medicação prescrita por um médico, o juiz não deverá esbarrar em entraves de ordem econômica. Ao contrário, com fundamento na dignidade da pessoa humana, deverá resguardar o direito à saúde. A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no processo de efetivação de políticas públicas dos direitos sociais e que são de competência dos Poderes Executivo e Legislativo advém da aplicação do texto constitucional e da própria lei que regulamenta o Sistema Único de Saúde no país. Ambos os diplomas, em nenhum momento, trazem a expressão “limitado ao teto da lei orçamentária” para cumprir a assistência à saúde, o que possivelmente não deixaria dúvidas para o seu intérprete para conciliar a saúde com o custo estatal daquele direito.” LEITÃO, Andre Studart *et al.* A escolha do Estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCEUB, Brasília, p. 778, 2018.

¹⁴ La salud sigue siendo en la región latinoamericana uno de los derechos más exigidos por vías judiciales y no judiciales, un ejemplo es México: “Esta incidencia de documentos de recomendación sobre el derecho a la salud representa el 29.5% del total de las resoluciones que en los últimos años ha emitido la CNDH; esto es, casi una tercera parte del total, y constituye el derecho vulnerado

Otro aspecto importante en el funcionamiento del SGSSS colombiano es la concentración de recursos y tecnologías en uno de los niveles de complejidad del sistema. El decreto 1011 de 2006, les exige a los prestadores del servicio sean del sector público o del privado a constituirse como IPS e inscribirse en el Registro Especial de Prestadores de Servicios en Salud –REPSS-. A 2018, hubo en Colombia 11.500 de ellas inscritas. Estas instituciones prestan el servicio según tres niveles de complejidad.¹⁵ Los tratamientos más complejos, pero también más costosos son realizados por las del tercer nivel. Esto ha llevado a que las IPS públicas que deberían tener vocación de servicio a todos los colombianos, en la práctica hayan descuidado la atención en el primer y segundo nivel y enfoquen sus esfuerzos humanos, económicos y tecnológicos para la atención en el tercero.

Con respecto a los prestadores públicos, se observa una disminución en la oferta de servicios de los primeros niveles de atención, a partir de la información del Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, la cual ha disminuido entre 2013 y 2016 en un 2.8%; en el segundo nivel se presenta el mismo comportamiento con una disminución del 1.5%; llama la atención el crecimiento significativo de las IPS públicas de tercer nivel de atención las cuales crecen durante el mismo periodo en 9.8%.¹⁶

Algunos prestadores han hecho un gran esfuerzo para certificarse como IPS de alta calidad. En julio de 2010 se contaba con 19 de estos prestadores acreditados, a diciembre de 2019 ya había en el país 48 avaladas en estándares excelencia, de las cuales 11 eran del sector público, 36 del privado y una mixta.¹⁷ Este es uno de los aspectos contradictorios de la salud en Colombia, al mismo tiempo que vivimos la mayor crisis de credibilidad del sector ante la sociedad, en el 2019 veinticuatro de nuestros hospitales se posicionaron entre los 58 mejores de América Latina.¹⁸

Como se dijo antes, la Constitución colombiana de 1991 en su artículo 48 establece como principios del derecho a la seguridad social la Universalidad, la Solidaridad y la Eficiencia, a continuación, buscaremos responder que ha pasado con cada uno de estos principios, pasados 29 años de haber sido expedida la Constitución y más de 27 de haber sido creado el SGSSS mediante la Ley 100 de 1993.

3 ¿Es el Sistema General de Seguridad Social en Salud universal en Colombia?

La ley de 1993 en su artículo 2° define la Universalidad en los siguientes términos: “Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.”

La cobertura universal en materia de salud es el principal logro del modelo colombiano, pues en 25 años

más recurrente. Esa especial centralidad que este derecho social ha tenido para la Comisión Nacional es de suma importancia para la justiciabilidad de este derecho social, y representa un avance sustancial en la eficacia que este tipo de órganos de protección tienen frente a salvaguardas judiciales. Por tanto, la cuestión no es un tema menor, considerando la dificultad que aun en las democracias contemporáneas conlleva el reto de garantizar con mayores niveles el derecho a la salud.” DÍAZ, Alejandro. Reflexiones sobre la protección no judicial del derecho a la salud. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Ciudad de México, p. 67, 2019.

¹⁵ RESOLUCIÓN 5261 DE 1994 del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹⁶ MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. *Política de atención integral en salud*. Bogotá, 2016.

¹⁷ El ICONTEC entidad encargada de conceder la acreditación de los prestadores de salud en Colombia, la define así: “El Sistema Único de Acreditación es un componente del Sistema de Garantía de Calidad que se pone a disposición de los prestadores de servicios de salud, EPS, ARS y empresas de medicina pre pagada que voluntariamente quieran demostrar cumplimiento de altos niveles de calidad, es decir, por encima de las condiciones mínimas que establece el Sistema Único de Habilitación (por ejemplo, educación personalizada al paciente y su familia y procesos para identificar las necesidades y el cuidado del paciente después de su egreso de una entidad hospitalaria).” Disponible em: <http://www.acreditacionensalud.org.co/Documents/IPSAcreditadas.pdf>.

¹⁸ Hace parte del ranking cualquier hospital o clínica de alta complejidad latinoamericana que preste múltiples servicios en una amplia gama de especialidades médicas, y que haya sido mencionado como referente por los ministerios de Salud de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela u otras fuentes pertinentes. Pueden ser instituciones públicas, privadas o universitarias. Para el año 2019 se invitaron a más de 200 entidades de esos países y el primer lugar lo ocupó el Hospital Israelita Albert Einstein, de San Pablo (Brasil). Disponible em: <https://clustersalud.americaeconomia.com/gestion-hospitalaria/ranking-de-clinicas-y-hospitales-estos-son-los-mejores-de-latinoamerica-2019>.

se pasó de un 23.7% en 1993 a un 94.6% en 2018. Es importante aclarar que un 6.5% de personas no están afiliadas al sistema, pero no significa que estén excluidas, pues como se dijo antes en caso de emergencias deben ser atendidos con cargo a los entes territoriales.

El sistema ha ido cubriendo progresivamente la mayor parte de la población colombiana, en la siguiente tabla se muestra la evolución de esta cobertura. Se debe aclarar que los RC y RE se han valorado en un solo ítem. Se han tomado los años de los que consta información por parte del Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-, así:

Tabla 2

Año	Porcentaje de la población total del país cubierta por el SGSSS	De los que se encuentran cubiertos por el SGSSS que porcentaje pertenecen a los RC y RE	De los que se encuentran cubiertos por el SGSSS que porcentaje pertenece al RS	Porcentaje de la población total del país NO cubierta por el SGSSS
1993	23.7	22.4		76.3
1997	57.2	37.6	19.6	42.8
2003	61.8	38.9	22.9	38.2
2008	86	41.71	43.95	13.8
2010	88.7	42.13	46.12	11.1
2011	90.1	45.14	44.78	9.7
2012	90.6	43.04	47.3	9.2
2013	91.3	44.83	46.38	8.6
2014	94.1	45.07	48.83	5.8
2015	94.6	47.87	46.54	5.2
2016	95.4	47.8	47.4	4.4
2017	94.6	47.02	47.3	5.2
2018	93.5	45.44	47.87	6.5

Fonte: Elaboración propia con información suministrada por el DANE, excepto el año 1993 pues la información fue obtenida del texto de Carlos Agudelo que consta en las referencias.

Sobre el logro de la Universalidad se le han hecho reconocimientos al país, por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, en su *“Informe mundial sobre la protección social – La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2017 – 2019”*, se refirió a los avances de Colombia en los siguientes términos:

Colombia es uno de los casos recientes de América Latina en que se ha avanzado en la extensión de la protección de la salud. El sistema de salud se basa en el principio de universalidad, que obliga a todos los ciudadanos a afiliarse sea al régimen contributivo, si tienen capacidad para hacerlo, sea al régimen subsidiado en el caso de los trabajadores de ingresos bajos. Los afiliados a uno u otro de los regímenes tienen derecho a las mismas prestaciones. Este sistema ha ayudado a alcanzar altas tasas de cobertura legal y reducir los gastos por pagos directos.¹⁹

Pero es importante no equiparar la cobertura universal con la accesibilidad. La gran mayoría de los colombianos pertenece a un régimen de salud, ya sea RC, RE o RS, pero esto no significa que todos tengan acceso efectivo a IPS acreditadas por sus estándares de alta calidad y profesionales especialistas en las muchas áreas de la medicina. Es diferente cobertura que accesibilidad.

¹⁹ OIT. *Informe mundial sobre la protección social: 2017-2019: la protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. OIT, Suiza, 2017. Disponible em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_605075.pdf.

Lo anterior refleja que existe una inequitativa distribución de la oferta de prestadores de servicios de salud en Colombia que impide un acceso equitativo a la atención médica.²⁰

Es tan abstracta la accesibilidad a los servicios de salud que se han generado diversas barreras que impiden que la atención en salud se materialice de una manera efectiva.²¹

Es innegable el logro de alcanzar en 25 años la cobertura universal en salud para los colombianos. Pero no todos los colombianos tienen acceso efectivo a la misma calidad del servicio, pues existen muchas variables tales como: lugar de residencia, si la EPS a la que se pertenece tiene o no contrato vigente con las IPS que poseen mejor experticia y tecnología, si la EPS tiene o no créditos con las IPS. Lo que significa que estamos frente a un sistema que de nuevo estratifica a los colombianos.²²

[...] En economías con fuertes disparidades distributivas, el problema más importante es la tendencia natural que genera el mercado a que el sector privado oriente su oferta —en cantidad y especialmente en calidad— hacia los sectores de mayores ingresos. Este problema no se soluciona necesariamente con un esquema de subsidios a la demanda y exige, por lo tanto, que el Estado diseñe instrumentos para aumentar la oferta dirigida a los sectores de bajos ingresos.²³

4 ¿Es el Sistema General de Seguridad Social en Salud Solidario en Colombia?

La definición del principio de Solidaridad dada por la Ley 100 de 1993 en el artículo 2° se centra en la mutua ayuda de los colombianos y el deber del Estado de asistir a los grupos más vulnerables en los siguientes términos:

Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

El artículo 242 de la ley 1955 de 2.019 reduce la solidaridad del SGSSS a la existencia del RS, así:

Los afiliados al Régimen Subsidiado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. La población que sea clasificada como pobre o vulnerable según el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén), recibirá subsidio pleno y por tanto no deberá contribuir. Los afiliados al Régimen Subsidiado de salud que, de acuerdo al Sisbén, sean clasificados como no pobres o no vulnerables deberán contribuir solidariamente al sistema, de acuerdo a su capacidad de pago parcial, definida según el mismo Sisbén [...]

El RS fue creado con el propósito de financiar la vinculación al SGSSS de aquellas personas en situación de pobreza o vulnerabilidad, que carecen de capacidad económica para cotizar al RC. Es así, que se configura un sistema de salud que tiene como base, que quienes poseen recursos económicos deban subsidiar solidariamente la salud de aquellos que no tienen ingresos. En este aspecto, la doctrina considera:

²⁰ AYALA, Jhorland. *La salud en Colombia: más cobertura, pero menos acceso*, en: documentos de trabajo sobre la economía regional. n. 204. Bogotá: Banco de la República, 2014.

²¹ ÁLVAREZ, Gabriel. Crisis de la salud en Colombia: limitantes del acceso al derecho fundamental a la salud de los adultos mayores. *Revista CES Derecho*, v. 7, n. 2, p. 106-125, 2016.

²² DUQUE, Sandra; QUINTERO, María; DUQUE, Derfrey. La seguridad social como un derecho fundamental para las comunidades rurales en Colombia. *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, p. 89-209, 2018. Disponible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a8>.

²³ OCAMPO, José Antonio. Distribución del ingreso, pobreza y gasto social en América Latina. *Revista de la CEPAL*, n. 65, 1998.

Así, el Régimen Subsidiado en armonía con el principio de solidaridad, debe responder por la satisfacción de las necesidades de salud de la población más pobre y vulnerable del país, de lo cual se sigue que las entidades de previsión social o las entidades territoriales del acuerdo al ámbito de competencia obligadas a brindar tales prestaciones, no pueden oponer argumentos como la imposibilidad de cubrimiento de los tratamientos, procedimientos y medicamentos, que tornen nugatorio el derecho a la salud²⁴.

Los recursos del SGSSS tienen varios orígenes. En primer lugar, los aportes de los trabajadores asalariados y sus empleadores, los independientes con capacidad de pago y los pensionados y, en segundo lugar, con contribuciones del Estado, que se obtienen a través de impuestos. En la siguiente tabla se hace una relación del origen de los recursos que sirven para sostener al SGSSS en Colombia, conforme a lo establecido por el artículo 67 de la ley 2.015.

Tabla 3

ARTÍCULO 67. LEY 1753 DE 2015	Recursos del Sistema General de Participaciones en Salud
	Recursos del Sistema General de Participaciones que financian Fonsaet
	Recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar (novedosos y localizados) que explota, administra y recauda Coljuegos de propiedad de las entidades territoriales destinados a financiar el aseguramiento, los cuales se contabilizarán individualmente a nombre de las entidades territoriales
	Las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)
	Recursos correspondientes al monto de las Cajas de Compensación Familiar
	Recursos del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) destinados al SGSSS
	Recursos del Presupuesto General de la Nación asignados para garantizar la universalización de la cobertura y la unificación de los planes de beneficios
	Recursos por recaudo del IVA definidos en la Ley 1393 de 2010
	Recursos del Fonsaet creado por el Decreto–ley 1032 de 1991
	Recursos correspondientes a la contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)
	Recursos recaudados por Indumil correspondientes al impuesto social a las armas y de municiones y explosivos y los correspondientes a las multas
	Los recursos del monopolio de juegos de suerte y azar, diferentes a los que hace referencia el literal c), rentas cedidas de salud y demás recursos generados a favor de las entidades territoriales destinadas a la financiación del Régimen Subsidiado, incluidos los impuestos al consumo que la ley destina a dicho régimen
	Los copagos que por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo paguen los destinatarios de tales servicios
	Los rendimientos financieros generados por la administración de los recursos del Sistema y sus excedentes
	Los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Entidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)
Los demás recursos que se destinen a la financiación del aseguramiento obligatorio en salud, de acuerdo con la ley o el reglamento y los demás que en función a su naturaleza recaudaba el Fosyga.	
RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.	

Fonte: Cuadro realizado con información obtenida de la ley 1753 de 2015 artículo 67.

²⁴ DUQUE, S.; GÓMEZ, N.; RIVERA, C. Sobre la materialización del principio de solidaridad en el sistema general de salud colombiano. *Revista CES Derecho*, v. 4, n. 2, p. 62, 2013.

Como se dijo antes, en el RC se financia con los aportes de los trabajadores, cuya contribución es obligatoria y equivale a 12.5% de los ingresos laborales o salario base de cotización de los cuales al trabajador se le descuenta un 4% de su salario, mientras que el empleador se encarga de pagar el restante 8.5%.²⁵ Los trabajadores independientes y los pensionados deben pagar la totalidad de la contribución. El RS se financia con 1.5% que aportan los trabajadores, el 1% que dan los pensionados y otros actores del RC²⁶, más recursos de las entidades territoriales y demás fuentes establecidas en la ley²⁷. Los RE afilian a los trabajadores de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional, la Empresa Colombiana de Petróleos –ECOPETROL-, los docentes que laboran para el Estado y las universidades públicas, entre otros. Los RE operan con recursos de las cotizaciones de los funcionarios públicos más los aportes del Estado.²⁸ Los recursos públicos con destinación a la salud son inembargables, tienen destinación específica y no se les podrá dar uso diferente al que se establece en la Constitución y en la Ley.²⁹

El sistema fue creado bajo la premisa que muchos fueran los aportantes al RC y poco los vinculados al RS. Lo anterior requería de un aumento importante del número de trabajadores formalizados en Colombia y una disminución ostensible de la población en condiciones de vulnerabilidad. De acuerdo con las tablas No 1 y 2, de la presente investigación con la primera condición no se cumplió, pues en los últimos 20 años solo se ha formalizado un 8% de los trabajadores en Colombia pasando de un 37,6% en 1997 a un 45.44% en 2018. Para el mismo periodo el número de integrantes del RS creció más del doble, pasando 19.6% a 47.87%, no significa que haya crecido la pobreza, sino como lo muestran las tablas, más personas en condiciones de vulnerabilidad que estaban por fuera del sistema ingresaron al RS. En el país el 50% de la población cubre con sus aportes y cotizaciones cerca del 70% de los gastos del sistema y el otro 30% es asumido por el Estado.

En Colombia, los recursos financieros que se obtienen por medio de cotizaciones y aportes representan cerca del 70% del total, mientras que más del 50% de los afiliados se encuentran en el régimen subsidiado.³⁰

En este mismo sentido, el artículo 77 de la ley 1955 de 2019, prevé un ambicioso programa de saneamiento fiscal y financiero para las Empresas Sociales del Estado -ESE- que pagará las deudas que el SGSSS fue acumulando por años, ya sea por sus problemas estructurales, corrupción o negligencia. Dicha norma define el programa así:

Se entiende por Programa de Saneamiento Fiscal y Financiero de Empresas Sociales del Estado, un programa integral, institucional, financiero y administrativo, que tiene por objeto restablecer la solidez económica y financiera de estas Empresas y asegurar la continuidad, la calidad y la oportunidad en la prestación del servicio público de salud, respetando, en todo caso, lo señalado por el artículo de la Ley 1751 de 2015 [...].³¹

Lo anterior nos lleva a concluir que el SGSSS de Colombia también es Solidario, pues la salud de la mitad de los colombianos es pagada con recursos de la otra mitad y con otros públicos, como es el caso de los impuestos. Además, con recursos de todos los colombianos se está salvando un número importante de entidades públicas que prestan el servicio de la salud. Ahora que tenemos un sistema universal y solidario, los esfuerzos deben ir encaminados a consecución de un modelo eficiente, lo anterior es todo un reto.

Tal vez el principal desafío de los procesos de reforma sea el conciliar los requerimientos de eficiencia

²⁵ Ley 1122 de 2007, artículo 10º.

²⁶ Ley 1122 de 2007, artículo 10º.

²⁷ Ley 1122 de 2007, artículo 11.

²⁸ La ley 1955 de 2019 en sus artículos 77 y 234 al 245, restablece algunos parámetros de funcionamiento, financiación y estabilidad financiera del SGSSS.

²⁹ Ley 1751 de 2015, artículo 25.

³⁰ AGUDELO, Carlos *et al.* El sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, p. 2817-2828, 2011.

³¹ Artículo 77 de la ley 1955 de 2019.

con los de solidaridad. En el ámbito del financiamiento, la introducción de seguros de riesgos debe ir acompañada con medidas que eviten la selección (discriminación) de riesgos, y sistemas de subsidios que permitan combinar la solidaridad en el financiamiento con contribuciones en función del riesgo.³²

5 ¿Es el Sistema General de Seguridad Social en Salud eficiente en Colombia?

La eficiencia es el tercer principio enunciado por el artículo 48 de la Constitución colombiana y la Ley 100 de 1991 la define de la siguiente manera:

Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

Los recursos económicos destinados al sector salud en Colombia son millonarios. Representan un porcentaje importante del producto interno bruto (PIB) y cuyo promedio en los 25 años que se tienen datos es 6.4%. El siguiente cuadro muestra el porcentaje del PIB destinado a la salud en Colombia entre 1.993 y 2.017.

Tabla 4

1.993	1.994	1.995	1.996	1.997	1.998	1.999	2.000	
6.2	6.8	6.8	8.2	9	8.7	8.7	5.7	
2.001	2.002	2.003	2.004	2.005	2.006	2.007	2.008	
6.0	5.8	5.8	5.8	6.1	6.7	6.5	6.9	
2.009	2.010	2.011	2.012	2.013	2.014	2.015	2.016	2.017
7.3	7.1	6.8	6.8	7.3	7.1	7.3	7.2	7.2 ³³

Para muchos el SGSSS ha convertido la salud en un negocio, cuya cobertura es universal y los recursos con los que funciona son obtenidos de manera solidaria, pero su prestación en muchos casos es de mala calidad y excluyente pues muchas EPS establecen trabas al goce efectivo del derecho por parte de sus usuarios, obligándolos a tener que acudir a la vía judicial para acceder al derecho a través de la acción de tutela.

Para el año 2018 se presentaron en el país un total de 607.308 tutelas y en el 2.019 fueron 662.709, de las cuales 207.734 y 198.087 respectivamente, fueron contra el sector salud.³⁴ Es decir, una de cada tres tutelas presentadas busca hacer efectivo el derecho en cuestión. En Colombia al igual que en otros países de la región como Brasil se habla de la judicialización del derecho a la salud.³⁵ En palabras del expresidente

³² TITTELMAN, Daniel. *Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud: los casos de Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile, Colombia, México*. Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 48.

³³ El porcentaje del PIB con destinación a la salud en Colombia fue obtenido con información encontrada en: BARÓN-LEGUIZAMÓN, Gilberto. Gasto nacional en salud de Colombia: 1993-2003: composición y tendencias. *Rev. Salud Pública*, v. 9, n. 2, p. 167-179, 2007. y la CEPAL. Disponible em: <http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegrada.asp?idIndicador=55&idioma=e>. Se debe aclarar que para la fecha de construcción del texto no se encontraron datos de los años 2018 y 2019.

³⁴ Cifras obtenidas de la página de la Corte Constitucional de Colombia. Disponible em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>. Acceso em: 4 abr. 2020.

³⁵ “Contudo, visualizou-se que, embora haja um excesso de ações judiciais no setor saúde, crescente quantitativamente a cada ano, não são apresentadas propostas para reversão desse fenômeno ou reavaliação/ reformulação de políticas públicas assistenciais na saúde, o que denota um vício entre busca judicial, garantia do direito a saúde, deficit orçamentário e pouca resolutividade da judicialização da saúde.” DIAS, Maria Socorro de Araújo *et al.* Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas*

de la Corte Constitucional Alejandro Linares, la crisis de la salud se evidencia por el alto número de tutelas instauradas por los colombianos.

Creemos que la situación del Sistema de Salud sigue siendo crítica, eso se manifiesta en el número de tutelas que sigue la gente interponiendo en materia de acceso a la salud en todas sus formas.³⁶

Desconocer o entorpecer al acceso al goce efectivo del derecho a la salud por el ánimo de lucro ha llevado a que el SGSSS colombiano esté siendo cuestionado y muchos lo tilden de fallido y desprestigiado. Desde hace mucho tiempo los colombianos sabemos que nuestro SGSSS está en crisis. Es común que los titulares de los periódicos y demás medios de comunicación nos lo recuerden y no nos hemos repuesto de un escándalo en el sector cuando tenemos que enfrentar uno nuevo. Tenemos un sistema Solidario y Universal, pero los usuarios se quejan de la mala calidad del servicio prestado.

El fenómeno financiero de la integración vertical, el uso indebido de recursos públicos, los sospechosos recobros de las eps al Fosyga e innumerables casos en los que se evidencia la muerte de pacientes debido a la pésima calidad del servicio, son apenas la punta del iceberg de un problema social caracterizado por su crisis en variables estructurales.³⁷

El modelo de intermediación de las EPS en Colombia lleva mucho tiempo en entredicho. Recursos de la salud han sido utilizados en actividades ajenas a garantizar el derecho. Frente a la mala prestación del servicio, denuncias por corrupción y la incapacidad económica, varias aseguradoras han tenido que ser intervenidas y liquidadas, dejando deudas multimillonarias a las IPS e incluso llevando a su quiebra.

La combinación de crisis de legitimidad, crisis regulatoria generalizada e incapacidad de las aseguradoras en salud para responder por sus obligaciones fue generando condiciones percibidas por los agentes públicos y privados como una crisis sectorial que afecta las expectativas futuras para el desarrollo del derecho a la salud y la garantía del goce efectivo al acceso, uso y calidad de los servicios [...] ³⁸

El gran número de tutelas contra los sujetos prestadores de la salud en Colombia no es la causa de la ineficiencia del sistema, sino consecuencia de la misma, la principal causa es la corrupción que ha llevado a la pérdida de credibilidad del SGSSS, en este sentido el tercer informe del Monitor Ciudadano de la Corrupción (“plataforma de curaduría de información, investigación y seguimiento de la corrupción en nuestro país”), sitúa la salud como uno de los sectores donde más recursos públicos se invierten, pero al mismo tiempo es una de las actividades donde más actos de corrupción se presentan:

Más de la mitad de los hechos de corrupción reportados por la prensa afectaron los sectores de Educación (16 %), Infraestructura y Transporte (15 %), Salud (14 %) y Función Pública (12 %) [...]

Preocupa que a los tres primeros se destina la mayor parte de los recursos públicos y determinan en mayor medida el mejoramiento de la calidad de vida y bienestar de los ciudadanos.³⁹

De la siguiente gráfica, se puede apreciar en general, los porcentajes de los sectores mayormente afectados por hechos de corrupción incluido la salud:

Públicas, UniCEUB, Brasilia, p. 136, 2016.

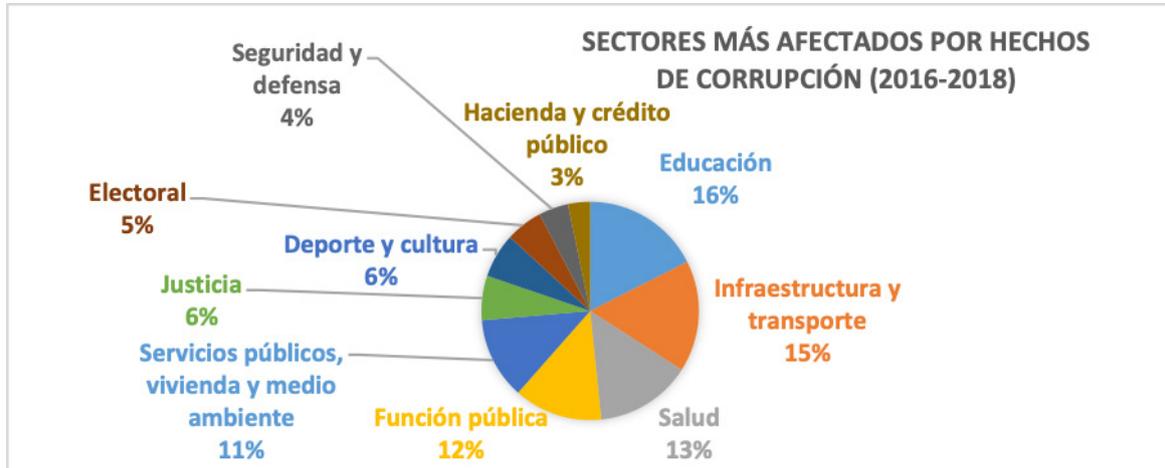
³⁶ LINARES, Alejandro. *Expresidente de la Corte Constitucional de Colombia*. Entrevista dada la cadena radial Caracol el 18 de diciembre de 2018. Disponible en: http://caracol.com.co/radio/2018/12/19/judicial/1545179479_836263.html.

³⁷ RIVERA, Andrés. Coyuntura del sistema de salud en Colombia: caracterización de una crisis, desde las particularidades financieras de las EPS. *Gestión & Desarrollo*, v. 10, n. 1, p. 103-116, 2013.

³⁸ SUÁREZ-ROZO, Luisa Fernanda *et al.* La crisis del sistema de salud colombiano: una aproximación desde la legitimidad y la regulación. *Rev. Gerenc. Polít. Salud*, Bogotá, p. 34-50, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgps16-32.cssc>.

³⁹ CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. *Así se mueve la corrupción: radiografía de los hechos de corrupción en Colombia 2016-2018*. Bogotá, 2019. Disponible en: <https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/2019/Informe-Monitor-Ciudadano-Corrupcion-18.pdf>.

Tabla 5



Fonte: Gráfica elaborada con datos derivados del tercer informe del Monitor Ciudadano de la Corrupción a partir de registros de prensa nacional y regional.

Muchos acusan del mal estado de la salud en Colombia al SGSSS surgido de la ley 100 de 1993. En 27 años de su existencia ha habido intentos por sacarlo de una situación endémica. Mientras se alcanzaban la Solidaridad y la Universalidad, no se lograba la eficiencia.⁴⁰ Los recursos económicos limitados han tenido que ser destinados para cubrir una gran población y en este proceso, mucho dinero se ha perdido en actos de corrupción y mercantilismo. Perjudicando a los aportantes y a los no aportantes. Las aseguradoras y sus prestadores han visto la salud más como un negocio que como un derecho.

[...] es claro considerar la crisis de la salud en Colombia como un problema moral que nace de la Reforma de 1993, la cual fue solicitada por organismos financieros internacionales con base en un proyecto de reforma realizado por un agente extraño a nuestra idiosincrasia [...]⁴¹

el derecho a la salud aun siendo considerado como fundamental e inescindible de la dignidad humana se ha visto desplazado por el ejercicio de la libertad de empresa vía contención de costos, barreras de acceso, en especial de tipo económicas y de índole administrativo [...]⁴²

Hemos logrado la cobertura universal, gracias a que tenemos un sistema solidario, pero tenemos que hacer un alto en el camino y preguntarnos: ¿es así como queremos alcanzar la universalidad? Pues el ideal es que se logre con el ingreso de la mayoría de los colombianos al RC y que pocos requirieran de una salud subsidiada. Tenemos que aumentar y optimizar los recursos para que todos los colombianos puedan acceder de manera efectiva a medicamentos y procedimientos idóneos sin importar la EPS a la que estén afiliados, la zona del país donde residan y el nivel socioeconómico al que pertenezcan.

⁴⁰ En otros países como Brasil y Ecuador también hubo avances en la materialización del derecho a la salud y como en Colombia, también se reclama mejores niveles de eficiencia: “Nesse tocante, verificou-se que apesar do avanço de reconhecimento da tutela pública de saúde, torna-se essencial garantir, no que tange às políticas públicas, a sua *efetividade*, mediante não apenas o oferecimento do serviço público, mas o acesso *generalizado, contínuo e eficiente*, do atendimento hospitalar e ambulatorial.” MOURA, Emerson Afonso da Costa; ORDACGY, Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt. Direito à saúde, políticas públicas do Sistema Único de Saúde e acesso ao serviço público hospital e ambulatorial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCEUB, Brasília, p. 58. y “El sistema de salud ecuatoriano sin duda se ha fortalecido con el profundo y ambicioso proceso de reforma, el cual ha sido posible gracias a un apoyo político explícito y sostenido, expresado en la priorización de la salud como un derecho de todos y de todas. No obstante, existen grandes retos aún pendientes, entre los cuales se destacan la implementación de un modelo de financiamiento sostenible con un fondo mancomunado para el sistema público, que permita una mayor eficiencia en el gasto en salud y garantice la sostenibilidad del sistema en el mediano plazo”. ESPINOSA, Veronica; ACUÑA, Cecilia; DE LA TORRE, Daniel; TAMBINI, Gina. La reforma en salud del Ecuador. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 41, n. 96, 2017. Disponible em: <https://doi.org/10.26633/RPSP.2017.96>.

⁴¹ GÓMEZ, Floro. La crisis de la salud en Colombia: un problema moral. *Revista Colombiana Salud Libre*, p. 8-56, 2016.

⁴² GAÑAN, Jaime. *Los muertos de la ley 100*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2013. p. 248-249.

GÓMEZ, Floro. La crisis de la salud en Colombia: un problema moral. *Revista Colombiana Salud Libre*, p. 8-56, 2016.

GAÑAN, Jaime. *Los muertos de la ley 100*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2013. p. 248-249.

Como se ha dejado constancia en el presente escrito, el principal obstáculo para el logro de la eficiencia es la corrupción que está desangrando el SGSSS, lo anterior seguirá sucediendo mientras unos pocos vean la salud no como un derecho sino como la manera de enriquecerse rápidamente y quienes sirven al Estado colombiano no hagan lo necesario para evitarlo, en muchos casos por complicidad.

Tras los escándalos de corrupción, se ha demostrado que estas entidades no garantizan la atención integral en salud, pero sí han logrado anteponer los márgenes de utilidad o intereses económicos sobre las medidas que toman el Gobierno y el Congreso de la República para tratar de mejorar el sistema⁴³

El afán por apropiarse de las utilidades económicas de este mercado es, en el fondo, el factor que ha impulsado y mantenido el modelo sanitario de Colombia a pesar de sus evidentes fallos y su desprestigio.⁴⁴

6 Conclusiones

La Universalidad es uno de los principios que regulan la seguridad social en Colombia y pasados 25 años de vigencia del SGSSS podemos afirmar que se alcanzó esta meta, pues pasamos tener un 23.7% en 1991 a un 94.6% de población asegurada y un 6.5% restante con acceso al derecho a la salud a cargo de las entidades territoriales, conforme a datos del 2018.

Como se dejó constancia en la parte final de este escrito, el SGSSS fue concebido para que el número de afiliados al RC fuese muy superior a los del RS, pero esto no se ha cumplido y hoy cerca del 50% de los colombianos tienen acceso a la salud de manera subsidiada.

La Solidaridad es el otro principio alcanzado por el SGSSS colombiano, los recursos con los que funciona el sistema provienen un 70% de la mitad de la población y el otro 30% es cubierto con dineros públicos provenientes de impuestos. Además, deudas millonarias que por años fue acumulando el sistema están siendo pagadas con recursos de todos los colombianos. Como se dijo antes, si fueran más los afiliados al RC y pocos los del RS y el sistema sería auto sostenible y los recursos que hoy aporta el Estado podrían destinarse para solucionar otros problemas y así, mejorar la calidad de vida de los colombianos.

La eficiencia del SGSSS colombiano está en entredicho, siendo la corrupción el principal problema que le aqueja y el alto número de tutelas que contra el sistema se instauran un elemento que evidencia esta crisis.

Tenemos más personas afiliadas, pero no todas tienen acceso efectivo a la salud. El país sigue siendo increíblemente desigual a la hora de acceder a centros hospitalarios y profesionales de la salud. Para el año 2019 tenemos 24 de los mejores 58 hospitales de Latinoamérica, es decir el 41.37%, pero están concentrados en Bogotá, Medellín, Cali, Bucaramanga, mientras que un número importante de colombianos que se encuentran en regiones como la Orinoquia, Pacífica o Amazonia no tienen acceso ni siquiera a un centro de salud básico. En materia de salud el país está dividido en castas, los que contribuyen y los subsidiados, los ricos y los pobres, los que viven en zonas donde hay buenos hospitales y el resto.

El SGSSS colombiano lleva mucho tiempo en cuidados intensivos, se han hecho esfuerzos, pero no los suficientes para salvar al enfermo. El Estado colombiano (especialmente el Congreso de la República y el Gobierno Nacional) ha buscado salvar a la salud de su grave enfermedad con pañitos de agua tibia y mientras tanto los grandes perjudicados son aquellos quienes tienen menos recursos ya sean del régimen subsidiado, pero también del contributivo. Tenemos un sistema universal, solidario, pero ineficiente.

⁴³ DÍAZ, Gloria. Se necesita una reforma estructural del sistema de salud que resalte los valores de los colombianos. In: *Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre salud en Colombia*. Bogotá, 2013.

⁴⁴ GÓMEZ-ARIAS, Rubén. Colombia: ¿qué ha pasado con su reforma de salud? *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, Lima, v. 31, n. 4, 2014.

Bibliografía

- AGUDELO, Carlos *et al.* El sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, p. 2817-2828, 2011.
- ÁLVAREZ, Gabriel. Crisis de la salud en Colombia: limitantes del acceso al derecho fundamental a la salud de los adultos mayores. *Revista CES Derecho*, v. 7, n. 2, p. 106-125, 2016.
- AYALA, Jhorland. La salud en Colombia: más cobertura, pero menos acceso. *In: Documentos de trabajo sobre la economía regional*. n. 204. Bogotá: Banco de la República, 2014.
- BARÓN-LEGUIZAMÓN, Gilberto. Gasto nacional en salud de Colombia: 1993-2003: composición y tendencias. *Revista Salud Pública*, v. 9, n. 2, p. 167-179, 2007.
- BARONA, Ricardo. Protección de la seguridad social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Páginas de seguridad social. *Revista Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, v. 1, n. 1, p. 31-59, 2017.
- CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. *Gasto corriente total en salud como porcentaje del PIB*. Disponible em: <http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegrada.asp?idIndicador=55&idioma=e>.
- CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. *Así se mueve la corrupción: radiografía de los hechos de corrupción en Colombia: 2016-2018*. Bogotá, 2019. Disponible em: <https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/2019/Informe-Monitor-Ciudadano-Corrupcion-18.pdf>.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Estadísticas*. Disponible em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>.
- DIAS, Maria Socorro de Araújo *et al.* Judicialização da saúde pública brasileira. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCEUB, Brasília, p. 125-138, 2016.
- DÍAZ, Alejandro. Reflexiones sobre la protección no judicial del derecho a la salud. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Ciudad de México, v. 28, p. 35-70, 2019.
- DÍAZ ORTIZ, Gloria. Se necesita una reforma estructural del sistema de salud que resalte los valores de los colombianos. *In: Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre salud en Colombia*. Bogotá, 2013.
- DUQUE, Sandra; GÓMEZ, Natalia; RIVERA, Christian. Sobre la materialización del principio de solidaridad en el sistema general de salud colombiano. *Revista CES Derecho*, Medellín, v. 4, n. 2, 2013.
- DUQUE, Sandra; QUINTERO, María; DUQUE, Derfrey. La seguridad social como un derecho fundamental para las comunidades rurales en Colombia. *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, p. 89-209, 2018. Disponible em: <https://doi.org/https://doi.org/10.22395/ojum.v16n32a8>.
- ESPINOSA, Verónica; ACUÑA, Cecilia; DE LA TORRE, Daniel; TAMBINI, Gina. La reforma en salud del Ecuador. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 41, n. 96, 2017.
- GAÑAN, Jaime. *Los muertos de la ley 100*. Medellín: Universidad de Antioquia, 2013.
- GÓMEZ-ARIAS, Rubén; NIETO, Emmanuel. Colombia: ¿qué ha pasado con su reforma de salud? *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, Lima, v. 31, n. 4, p. 733-739, 2014.
- GÓMEZ, Floro. La crisis de la salud en Colombia: un problema moral. *Revista Colombiana Salud Libre*, Bogotá, p. 48-56, 2016.
- LEITÃO, Andre Studart *et al.* A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCEUB, Brasília, p. 766-780, 2018.

LINARES, Alejandro. *Expresidente de la Corte Constitucional de Colombia*. Entrevista dada la cadena radial Caracol el 18 de diciembre de 2018. Disponible em: http://caracol.com.co/radio/2018/12/19/judicial/1545179479_836263.html.

LÓPEZ I CASASNOVAS, Guillem. *Mecanismos y principios para la protección del derecho a la salud*. Alcalá de Henares, 2018.

MENDIETA, David; TOBÓN, Mary Luz. La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Unisinos, v. 10, n. 3, p. 278-789, 2018.

MENDIETA GONZÁLEZ, David; JARAMILLO, Carmen Elena. El sistema general de seguridad social en salud de Colombia: universal, pero ineficiente: a propósito de los veinticinco años de su creación. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Ciudad de México, p. 201-218, sep. 2019.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Dirección de Epidemiología y Demografía. *Guía conceptual y metodológica para la caracterización de la población afiliada a las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud (EAPB)*. Bogotá, 2017.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. *Política de atención integral en salud*. Bogotá, 2016.

MOURA, Emerson Affonso da Costa; ORDACGY, Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt. Direito à saúde, políticas públicas do Sistema Único de Saúde e acesso ao serviço público hospital e ambulatorial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCEUB, Brasília, p. 49-58, 2014.

OCAMPO, José Antonio. Distribución del ingreso, pobreza y gasto social en América Latina. *Revista de la CEPAL*, n. 65, 1998.

OCAMPO, Juan Guillermo; OSLEY, María. El sistema de riesgos laborales frente al trabajador del sector informal. *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, p. 183-204, 2016.

OIT. Organización Internacional del Trabajo. *Informe mundial sobre la protección social: 2017-2019: la protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Suiza, 2017. Disponible em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_605075.pdf.

RIVERA, Andrés. Coyuntura del sistema de salud en Colombia: caracterización de una crisis, desde las particularidades financieras de las EPS. *Revista Gestión & Desarrollo*, v. 10, n. 1, p. 103-116, 2013.

SANTANA, Héctor Valverde; FREITAS FILHO, Roberto. Os limites e a extensão da defesa de direitos fundamentais por meio de instrumentos processuais de cognição estreita: mandado de segurança e o caso da saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCEUB, Brasília, p. 75-100, 2018.

SANTOS, Alethele de Oliveira. O novo constitucionalismo na América Latina e Caribe, e a construção do direito à saúde. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, UniCEUB, Brasília, p. 443-458, 2019.

SUÁREZ-ROZO, Luisa Fernanda *et al.* La crisis del sistema de salud colombiano: una aproximación desde la legitimidad y la regulación. *Rev. Gerenc Polít Salud*, Bogotá, p. 34-50, 2017. Disponible em: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgps16-32.cssc>.

TITTELMAN, Daniel. Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud: los casos de Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile, Colombia. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

Normas jurídicas

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

Ley 1122 de 2007. Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 46.506 de 9 de enero de 2007.

Ley 1751 de 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.427 de 16 de febrero de 2015.

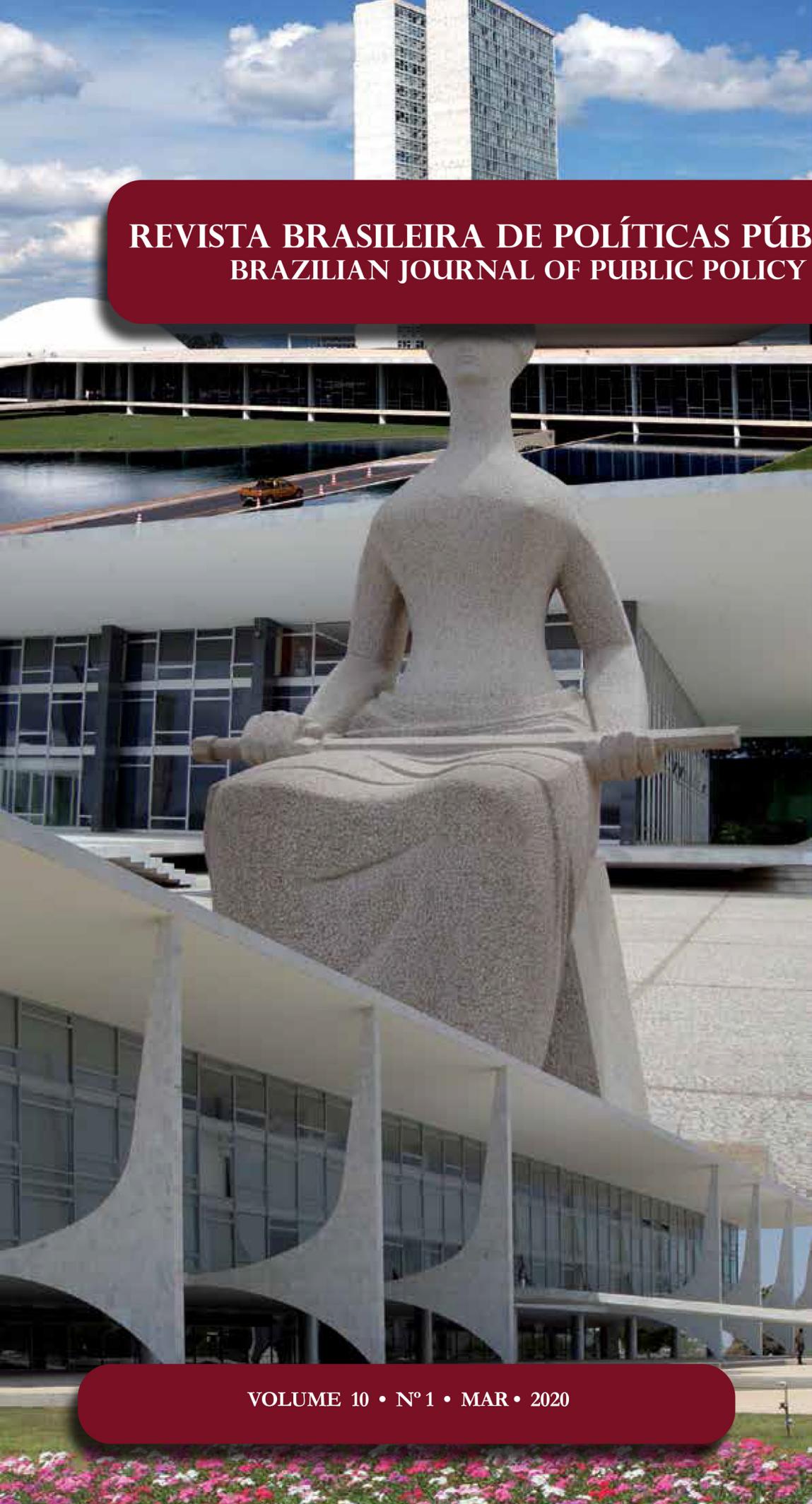
Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.

Ley 1955 de 2019. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”. Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

Sentencia T 760 de 2008, Corte Constitucional de Colombia.

Resolución 5261 de 1994, Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia.

Resolución 5267 de 2017, Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia.



REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Changing the bench for a handshake: litigation, administrative resolution and mediation in freedom of information complaints in Chile

Mudar os tribunais por um aperto de mão: contencioso, resolução administrativa e mediação em reclamações de liberdade de informação no Chile

Pablo Contreras

Changing the bench for a handshake: litigation, administrative resolution and mediation in freedom of information complaints in Chile*

Mudar os tribunais por um aperto de mão: contencioso, resolução administrativa e mediação em reclamações de liberdade de informação no Chile

Pablo Contreras**

Abstract

The paper discusses how Chile has moved between different models of enforcement regarding freedom of information complaints. It shows how the creation of a specialized agency to decide access to public information complaints impacts on the increase of cases and, in turn, the administrative implementation of alternative dispute resolution mechanisms influences the increase of decisions and user satisfaction. By employing a method combining both quantitative and qualitative criteria, the paper evaluates the data available from 20 years of access to information laws. First, it examines how freedom of information was established in Chile by statute, legally entrusting its guarantee through judicial enforcement. Second, the paper reviews the creation of an administrative agency –called Consejo para la Transparencia– in charge of reviewing transparency complaints and expanding the exercise of the right. Finally, the paper describes how the model of conflict resolution has evolved and has received forms of mediation that allow faster resolution of cases and grant greater satisfaction to citizens and public officials.

Keywords: Transparency. Freedom of information. Dispute resolution.

Resumo

O documento discute como o Chile tem se movimentado entre diferentes modelos de aplicação em relação às reclamações sobre liberdade de informação. Mostra como a criação de uma agência especializada para decidir sobre o acesso às queixas de informação pública tem impacto no aumento dos casos e, por sua vez, a implementação administrativa de mecanismos alternativos de resolução de litígios influencia o aumento das decisões e a satisfação dos utilizadores. Ao utilizar um método que combina critérios quantitativos e qualitativos, o documento avalia os dados disponíveis a partir de 20 anos de acesso às leis de informação. Em primeiro lugar, examina como a liberdade de informação foi estabelecida no Chile por lei, confiando

* Recebido em 04/01/2020

Aprovado em 07/04/2020

** Doctor of Juridical Science (SJD), Northwestern University. Professor of Law and Director of the Center for Regulations and Consumers, Universidad Autónoma de Chile. E-mail: pablo.contreras@uautonoma.cl.

legalmente sua garantia através da execução judicial. Em segundo lugar, o documento analisa a criação de um órgão administrativo - chamado Consejo para la Transparencia- encarregado de analisar as queixas sobre transparência e expandir o exercício do direito. Finalmente, o documento descreve como o modelo de resolução de conflitos evoluiu e recebeu formas de mediação que permitem uma resolução mais rápida dos casos e proporcionam maior satisfação aos cidadãos e funcionários públicos.

Palavras-chave: Transparência. Liberdade de informação. Resolução de litígios.

1 Introduction

The enforcement of freedom of information (FOI) laws is part of one of the central challenges to achieve higher levels of transparency. How can we ensure that the promise of transparency obligations comes true? When does a citizen effectively access the information that is required? Recent institutional designs have favored the creation of independent agencies to resolve complaints regarding access to public information. Agencies are a key feature of FOI laws. The approach and decisions adopted by these agencies impacts on a reduction of transactional costs for an effective access to information. Therefore, and without the need of legal change, the decisions agencies make will forge the way to make the recollection of public information easier.

How can we assess the impact of agencies in FOI enforcement? One way to analyze the influence and impact of an independent agency is to examine the evidence of cases decided under such institutional arrangement. In other words, the creation of an independent agency should impact on the number of FOI cases decided.

The case of Chile is particularly illustrative for this approach, since it shows a 20-year continuum in which it is possible to study the transition from a legal recognition of FOI to the creation of an independent agency as an enforcement game changer. The right of access to public information was recognized in Chile in 1999, through a legal reform. However, a mere legal right was not sufficient to bring about a change in the conditions of state transparency. If the requested state agency did not reply or deliver the information, the requester had to file a suit before courts which entails attorneys' fees to begin charging. Time and legal costs were considerable obstacles to access public information. For a decade, only a few disputes reached the courts with meagre results, as it is examined in section II of the paper.

In the meantime, in 2005, Chile amended its Constitution to enshrine a constitutional principle of publicity applicable to all State bodies and agencies. And then, in 2006, the Inter-American Court of Human Rights found Chile responsible for violating the right of access to public information of one of its citizens, as part of the human rights obligations to which States parties of the American Convention on Human Rights are subjected to¹. Contrary to what one might think, the constitutional recognition of the principle and the international protection of FOI as a human right, did not bring about a significant change in the number of cases. The normative change occurred at the level of primary norms –to use Hart's terminology–² but it did not make any significant impact on more transparency claims.

The real change will take place with the creation of a state agency specialized in transparency and access to public information. In 2009, the Law No. 20,285 on access to public information came into force, which created the Council for Transparency. The Council became the main tool for the promotion of the right. The law also created a procedure that made it possible to qualitatively expand the exercise of the right and the levels of transparency in the country. If in the first year of operation, the Council resolved 274 cases,

¹ Case of Claude Reyes *et al.* v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 19, 2006. Series C No. 151.

² HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 79ff.

but in 2018, the Council solved 5,805 cases, which shows an increase of 2118.6% in the number of cases³. This explosion alone demonstrates the explosion of demands for access to information.

The access to information requests procedure has been facilitated both at the legal level and through administrative changes and technological tools. From a legal point of view, the procedure allows any person to make information requests and if the request is not fully satisfied, the same person can complaint before the Council for Transparency. Both procedures do not require legal assistance of lawyers and they are completely free. And from an administrative and technological point of view, the Transparency Council has implemented a Transparency Portal—a website that allows requests for access to information, cases follow-up and, eventually, to direct complaints before the Council. The digitalization of the administrative process made it possible to reduce transaction costs associated with both requests and the complaint process.

These developments have expanded FOI, but the new turn in terms of access to public information is being generated beyond the creation of an agency and legal and technological changes. In 10 years of the Law No. 20,285, the experience accumulated by the Council for Transparency and the type of cases solved by the Council, have allowed managing FOI complaints switching the adjudicatory decision of the Council for a mediation that anticipates the resolution of the complaint itself. This process is known as “Anticipated Conflict Resolution System” (in Spanish, “Sistema Anticipado de Resolución de Conflictos” or SARC). The SARC process seeks to solve the case with the agreement of the required state body, in matters of “less complexity”.⁴ Although there have been some precedents of the use of this system since 2010, its intensive use has been implemented since 2016. From that year, the composition of the type of cases decided by the Council for Transparency has changed. In simple terms, in that year, the number of cases decided under SARC amounted to 1,158, out of a total of 4,277, which is equivalent to 27,05% of the total number of cases in 2016. This percentage keeps rising, as it is examined in section IV of this paper. The evolution of the type of cases decided and their composition allow us to understand how the Council has mutated in its functions, from an administrative agency that mainly adjudicated cases to one that manages complaints through mediation mechanisms.

This paper provides a look at dispute resolution for requests and complaints about access to public information. Unlike the reflection on this issue, for example, in the United States—where academic debate focuses on the litigious phase and its operating costs—,⁵ the Chilean case allows us to examine how the change in the enforcement model improves access to public information, by increasing the number of complaints that were inhibited under a judicial model and by facilitating their resolution through a successful administrative mediation process.

This paper studies the change in the model of enforcement of transparency obligations, from a litigation model to an increasingly mediation model. The transformation of the model is based on the analysis of the figures of 20 years in which Chile has gone through different legal rules and institutional designs to promote access to public information. In the last phase, the Council for Transparency has changed the management of complaints to strongly favor mediation as a way of resolving cases.

The hypothesis is as follows: the creation of a specialized agency to decide access to public information complaints impacts on the increase of cases and, in turn, the administrative implementation of alternative dispute resolution mechanisms influences the increase of decisions and user satisfaction.

³ The data has been obtained from the same Council for Transparency through a freedom of information request. Every file can be found and downloaded here: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 june 2019.

⁴ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Dirección Jurídica. Unidad de Admisibilidad y SARC. *Procedimiento*: Admisibilidad. 2018. p. 9.

⁵ GRUNEWALD, M. Freedom of information act dispute resolution. *Administrative Law Review*, v. 40, n. 1, p. 34, 1988.; VAUGHN, R. Administrative alternatives and the Federal Freedom of Information Act. *Ohio State Law Journal*, v. 45, p. 202-208, 1984.; RELYEA, H. Federal freedom of information policy: highlights of recent developments. *Government Information Quarterly*, v. 26, p. 317, 2009.; KWOKA, M. The Freedom of Information Act trial. *American University Law Review*, v. 61, n. 2, 2011.

The methodology used is diverse, incorporating both quantitative and qualitative criteria. This paper evaluates the data available from 20 years of access to information laws. The information was obtained in the following way. For the first decade of the regulation of the law (1999-2009), we have chosen to collect the data from the secondary literature that has studied the judicial resolution of access to information claims. Based on the sample obtained, judicial decisions –as primary sources– were collected both from official sources, such as the Judicial Archive, and from electronic search platforms, using VLex. Two methods were carried out to review the jurisprudence of the second decade (2009-2019), in which the Council for Transparency plays a leading role. First, the Transparency Portal, administered by the Council, was used to extract its open data on requests and complaints. Secondly, a request for access to public information was made to the very same Council for Transparency, in particular to obtain the samples made by the Directorate of Studies. The examination and analysis of the data was carried out under qualitative criteria of institutional design, that is, by examining the incentives that hindered or favored the number of cases resolved –both in the judicial model and in the Council’s model–, as well as in user satisfaction, measured by the Council’s Directorate of Studies.

The paper is structured as follows. Section II explains the origin of the right of access to public information in Chile but demonstrates how legal –and even constitutional– recognition did not have a significant impact on the number of cases litigated but, rather, complaints were scarce. Section III analyses the creation of the Council for Transparency and its role as a game changer, reviewing case data and its explosion in relation to the first decade of the right of access to information. Section IV examines a new shift in the resolution of transparency cases: the creation and intensive use of SARC as a method of resolving complaints through mediation. The paper concludes that the Chilean model of enforcement of access to public information demonstrates increasing requests and complaints by citizens and that its exercise has been facilitated by the creation of an independent agency that today favors mediation mechanisms in the resolution of disputes.

2 Creating a new right: freedom of information as a legal right and its constitutional transformation

In Chile, FOI is a fundamental right, recognized by the Constitutional Court,⁶ and, at the same time, a human right, as declared by the Inter-American Court of Human Rights.⁷ To understand the status of the right, it is necessary to review the historical trajectory of several reforms and changes that led to this recognition.

The original text of the Constitution did not contain any express reference to a principle of publicity of the acts of State bodies or a FOI right. The incorporation of rules of transparency and FOI, would be done progressively through different reforms to the legal system. The direct antecedent of FOI begins at the legislative level, in 1999, with the amendment of the Organic Constitutional Law No. 18,575,⁸ which created a right of access to public information for every person. The right allowed anyone to request information from any agency of the Executive branch of the government. This right was limited on the grounds of secrecy or reservation established by the law, and its violation was subject to complaint before the courts.

The new legal right –though it changed the paradigm regarding public authorities’ conduct–, had several limitations. At least three of them should be highlighted.⁹ In the first place, the right was only enforceable

⁶ Decision of the Chilean Constitutional Court (hereinafter, “STC”), R. 634-06, c. 9-10.

⁷ Case of Claude Reyes *et al.* v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of September 19, 2006. Series C No. 151.

⁸ Law N° 19.653, on Administrative Integrity.

⁹ See, in general, HARASIC, D. Historia de la consagración del derecho fundamental de acceso a la información pública en Chile. In: LETELIER, R.; REJEVIC, E. (eds.). *Transparencia en la administración pública*. Santiago: Thomson Reuters, 2010.; OLMEDO, J.

against agencies inside the Executive branch of the government, excluding the National Congress or the Judiciary and other state bodies that have constitutional autonomy –such as the Central Bank or the Constitutional Court. Secondly, although the grounds for secrecy were established in the law, the President of the Republic was allowed to create new cases of secrecy which were expanded by the equivalent to an executive order, reversing the general rule of publicity. Finally, the legislation placed the burden of enforcement upon individuals: there was not an independent agency in charge of enforcing FOI obligations, nor a special procedure for the protection of the right.

Progress towards the constitutionalization of FOI will take a decisive step with the constitutional amendments of 2005. In particular, article 8, paragraph 2, which created the constitutional principle of publicity. Such principle provides the following:

The acts and resolutions of the organs of the State, as well as their foundations and the procedures they use, are public. However, only a law of qualified quorum may establish the reservation or secrecy of those or of them, when the publicity affects the due fulfillment of the functions of said organs, the rights of persons, the security of the Nation, or the national interest.

Although transparency and publicity was considered as part of an implicit principle of Chilean constitutionalism,¹⁰ the constitutional reform clearly established the scope and limits of transparency. Given its location in the constitutional text and the literal text of the provision, every state body is bound by this principle (and not only the Executive branch of the government, as was the case with Law No. 19,653 mentioned above).¹¹ In addition, the Constitution prescribes that information can be secret but only if it is established by a law of qualified quorum –that is, those that require an absolute majority of the deputies and senators (art. 66 of the Chilean Constitution)– and under four strictly defined grounds: the due fulfillment of the functions of the organ, the rights of persons, the security of the Nation or the national interest.

At the same time, there were two events that ended up sealing the fundamental character of FOI: its recognition as a human right under the American Convention on Human Rights and its recognition as a constitutional right by the case law of the Chilean Constitutional Court.

In the first case, the Inter-American Court of Human Rights – precisely in a case against Chile – would declare that freedom of expression includes not only a freedom in terms of a non-interference state obligation, but also the right to *seek, receive* and impart information and ideas of all kinds.¹² It will be the first international tribunal to recognize FOI as a positive obligation of States. Subsequently, it will be followed by the Human Rights Committee¹³ and, albeit with hesitations and nuances, by the European Court of Human Rights.¹⁴

Acerca del proceso de institucionalización del derecho de acceso a la información pública en Chile. In: LETELIER, R.; RAJEVIC, E. (eds.) *Transparencia en la administración pública*. Santiago: Thomson Reuters, 2010.; VVAA. *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*. Santiago: Fundación Pro Acceso, 2008. p. 9-67; ALLESCH, J.; OBANDO, I. El amparo del derecho de acceso a la información pública. *Ius et Praxis*, v. 11, n. 2, 2015.

¹⁰ EVANS ESPINERA, E. *La Constitución explicada*. Santiago: Lexis Nexis, 2006. p. 14; CONTESE, J. La opacidad del legislador y la indulgencia judicial: jurisprudencia y práctica sobre el acceso a la información pública en Chile. In: GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Libertad de expresión en Chile*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2006. p. 103ff.

¹¹ SÁNCHEZ, Moisés. Nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile: comentarios legales. In: VVAA. *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*. Santiago: Fundación Pro Acceso, 2008. p. 19; FERNÁNDEZ, M. Causales de secreto o reserva en el ordenamiento jurídico chileno. In: VVAA. *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*. Santiago: Fundación Pro Acceso, 2008. p. 38; RUIZ-TAGLE, P. Los derechos fundamentales ante la reforma del 2005. *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, v. 68, p. 47, 2006.

¹² Claude Reyes *et al.* v. Chile (2006) §76.

¹³ HRC. *General comment No. 34: Article 19 (Freedoms of opinion and expression)*. 102nd session 2011, CCPR/C/GC/34, at ¶18; Toktakov v. Kyrgyzstan, Comm. No. 1470/2006, 7.4 (2011).

¹⁴ GISBERT, R. Bustos. The right to freedom of expression. In: GARCÍA ROCA, J.; MACHETTI, P. Santolaya (eds.). *Europe of rights: a compendium on the European Convention of Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 374; CONTRERAS, P. *Secretos de Estado: transparencia y seguridad nacional*. Santiago: Thomson Reuters, 2014. p. 26-28; HERNÁNDEZ, M. El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico español: legitimación subjetiva, derecho aún no fundamental y balance crítico. *Transparencia & Sociedad*, v. 4, 2016.

In the second case, the Chilean Constitutional Court recognized the constitutional nature of FOI.¹⁵ The Court affirmed that it is an “implicit” right under the Constitution, “as an essential mechanism for the full validity of the democratic regime [...]”¹⁶ The ruling interpreted the right as deriving from the democratic clause of the Constitution (article 4), freedom of expression (article 19 No. 12) and the constitutional principle of publicity (article 8). For the Court, the purpose of the right is “to guarantee a democratic republican regime that guarantees the control of power, obliging the authorities to be held accountable by individuals”.¹⁷

The strategy of legalizing and recognizing FOI in the Constitution, but under a judicial enforcement model, did not have a major impact or penetration in Chilean society. In this stage of FOI developments, there was not a unified effort to promote this right. For example, from the point of view of the number of requests for access to information, it is not possible to determine reliable data since the request procedures were not centrally administered nor processed on a digital basis. Therefore, between 1999 and 2009, it is not possible to determine the number of requests for access to public information.

Despite the fact of the lack of central data concerning FOI requests, it is possible to investigate the number and type of claims about the denial of access to public information. These are judicial disputes that were initiated on the occasion of a refused request. From a qualitative point of view and as a part of a doctrinal analysis, the studies by Contesse¹⁸ and Allesch and Obando¹⁹ can be reviewed. On the basis of the information reconstructed by these studies and the direct inspection of the Judicial Archive, it is possible to determine the following figures.

In ten years, only few FOI legal disputes can be traced. Table 1 summarizes the data found:

Table 1 – List of FOI cases between 1999 and 2009

First instance tribunal	Id. No.	Date	Name of the case	Decision	Appeals court	Id. No.	Date	Decision
3° Juzgado Civil Valparaíso	C-3767-2004	3/17/05	Casas Cordero con Dirección Nacional de Aduanas	Access	C.A. Valparaíso	755-2005	5/25/05	Denies
25° Juzgado Civil Santiago	C-2755-2002	11/19/02	Moral con Superintendencia Energía y Combustible	Partial access	C.A. Santiago	585-2003	10/15/03	Access
7° Juzgado Civil Santiago	C-7195-2006	8/11/06	Operaciones El Escorial S.A. con Superintendencia Casinos y Juegos	Access	C.A. Santiago	7321-2006	11/27/06	Access
3° Juzgado Civil Valparaíso	C-394-2004	6/9/04	Olmedo Bustos con Dirección General de Aduanas	Access	Unappealed	Not applicable	Not applicable	Not applicable
23° Juzgado Civil Santiago	C-32-2002	7/31/02	Vigneaux Bravo con Contraloría General de la República	Access	Unappealed	Not applicable	Not applicable	Not applicable
Corte Suprema	1380-2007	7/3/07	Lagos Lira y Pajardo Rojas con Ministro Relaciones Exteriores	Denies	Not applicable	Not applicable	Not applicable	Not applicable
7° Juzgado Civil Santiago	C-19-2003	6/23/03	Claude Reyes con Banco Central de Chile	Access	C.A. Santiago	6016-2003	9/26/03	Denies
29° Juzgado Civil Santiago	C-4173-2000	6/12/01	Claude Reyes con Corporación Nacional Forestal (CONAF)	Access	C.A. Santiago	5226-2001	12/11/01	Access
26° Juzgado Civil Santiago	C-3449-2001	12/7/01	Manzur Nazal y otros con Servicio Agrícola Ganadero	Access	C.A. Santiago	1295-2002	12/4/02	Denies
1° Juzgado Civil Valparaíso	C-3326-2005	7/31/06	Casas Cordero con Dirección General de Aduanas	Access	C.A. Valparaíso	2336-2006	8/29/07	Denies
10° Juzgado Civil Santiago	C-2961-2003	6/30/03	Colbún S.A. con Secretaría Ejecutiva de Comisión de Energía	Denies	C.A. Santiago	308-2004	3/25/04	Denies
30° Juzgado Civil Santiago	C-3019-2001	8/9/01	Baquedano Muñoz con Dirección de Relaciones Económicas Internacionales	Denies	Unappealed	Not applicable	Not applicable	Not applicable
12° Juzgado Civil Santiago	C-3673-2001	12/26/01	Morales con Subsecretaría de Bienes Nacionales	Denies	C.A. Santiago	1899-2002	4/16/02	Denies
16° Juzgado Civil Santiago	C-12090-2004	8/31/05	González con Gendarmería de Chile	Access	C.A. Santiago	10487-2005	8/29/06	Access
7° Juzgado Civil Valparaíso	C-796-2001	6/15/01	Bartucevic Saánchez con Intendente V Región	Denies	Unappealed	Not applicable	Not applicable	Not applicable
29° Juzgado Civil Santiago	C-12695-2004	(IM)	Olmedo con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (IM)	(IM)	(IM)	(IM)	(IM)	(IM)
26° Juzgado Civil Santiago	C-2449-2001	(IM)	(IM)	(IM)	(IM)	(IM)	(IM)	(IM)

Source: own representation based on data collected from Contesse (2006), Allesch & Obando (2005) and the Judicial Archive.

This sample allows us to observe the behavior of the courts in the resolution of transparency disputes. First, based on the information collected, it is possible to find 17 court cases but in two cases it is not possible to reconstruct the information. Based on the 15 cases in which information was obtained, 10 were reviewed in the second instance by an appellate court. The results, in terms of access to public information, are limited. Most of the courts ordered the denial of access to information. 9 of the 15 cases (60%) rejected access to information and only 6 cases (40%) ordered the release of information.

¹⁵ STC R. 634-07.

¹⁶ STC R. 634-07, cons. 9°.

¹⁷ STC R. 1990, cons. 25.

¹⁸ CONTESSÉ, J. La opacidad del legislador y la indulgencia judicial: jurisprudencia y práctica sobre el acceso a la información pública en Chile. In: GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Libertad de expresión en Chile*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2006.

¹⁹ ALLESCH, J.; OBANDO, I. El amparo del derecho de acceso a la información pública. *Ins et Praxis*, v. 11, n. 2, 2015.

While it is not possible to accurately confirm all possible FOI litigation in this period, this sample allows us to understand that the enforcement of a legally recognized right through courts is practically anecdotal and required overcoming the obstacles of the various judicial processes, both in the first and second instance. The scarce numbers presented here will contrast with the enormous progress and increase in requests for access to information and its subsequent enforcement through the Council for Transparency.

3 The Council for Transparency as a game changer

In 2009 – a decade after the creation of FOI as a legal right in Chile – the promise of transparency was yet to be fulfilled. Congress passed a special law aimed at protecting FOI. Law No. 20,285 on Access to Public Information was published on August 20, 2008 and entered into force on April 21, 2009. Law No. 20,285 embodied the right of access and the principle of publicity through rules and institutions, including the creation of the Council for Transparency as the body that guarantees the right. This section describes how the law and the creation of the Council was a game changer in terms of FOI.

The law created a new procedure for information requests. State bodies must deliver the requested information, if it exists, if it is in their possession, if it does not affect a cause for secrecy, and in the manner required by law. The State has a period of 20 working days to deliver the information, and it is exceptionally extendable for 10 more working days, when “circumstances exist that make it difficult to gather the requested information” (article 14 of the Transparency Law). The procedure is free of charge and does not require the legal assistance of an attorney.

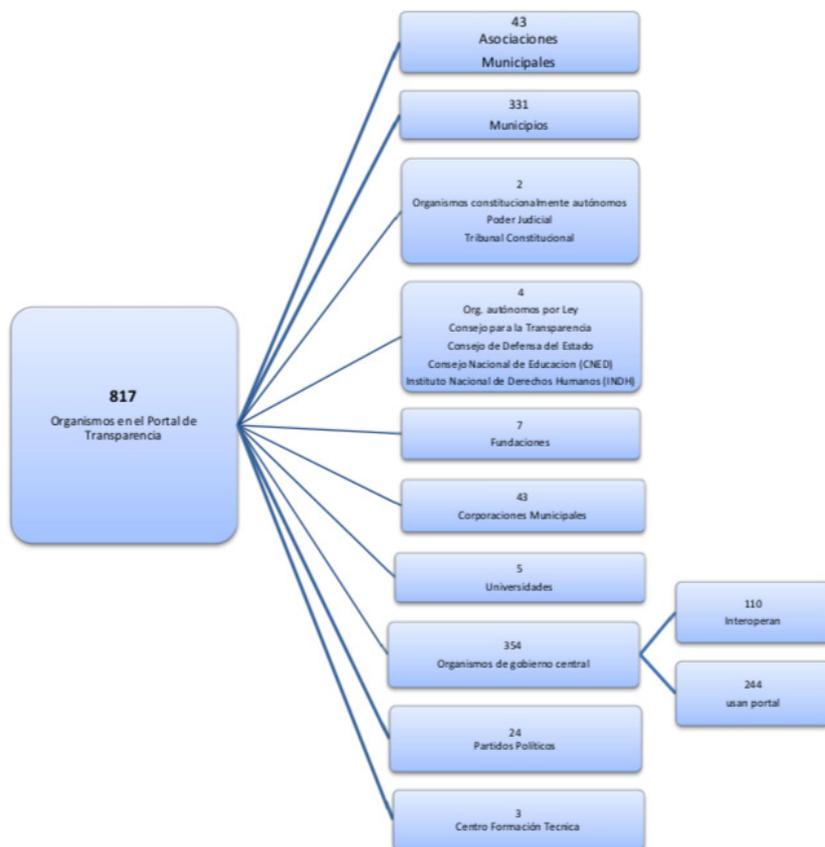
Beyond the law and the new procedure created, the fact that a new specialized entity was in charge of the administration of the system brought significant changes in a short time. One of the measures with the greatest impact was the creation of a Transparency Portal, a website that allows people to easily and quickly exercise their rights.²⁰ The Transparency Portal, as such, is administered by the Council and has been developed from agreements with different public agencies that have been integrated into the platform, since there is no legal obligation to do so.²¹ By simplifying the procedure for managing requests, both for users and for public officials, the Portal has quickly added numerous agencies. The Portal started its operations in 2013. As of April 2019, the Portal has a total of 817 public bodies using the Portal.²²

²⁰ See: www.portaltransparencia.cl. Last visited: 01 june 2019.

²¹ From: <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/web/guest/quienes-somos>. Last visited: 01 june 2019.

²² CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Informe Mensual de Estadísticas. Abril, 2019. p. 4.

Table 2 – Public agencies that use the Transparency Portal

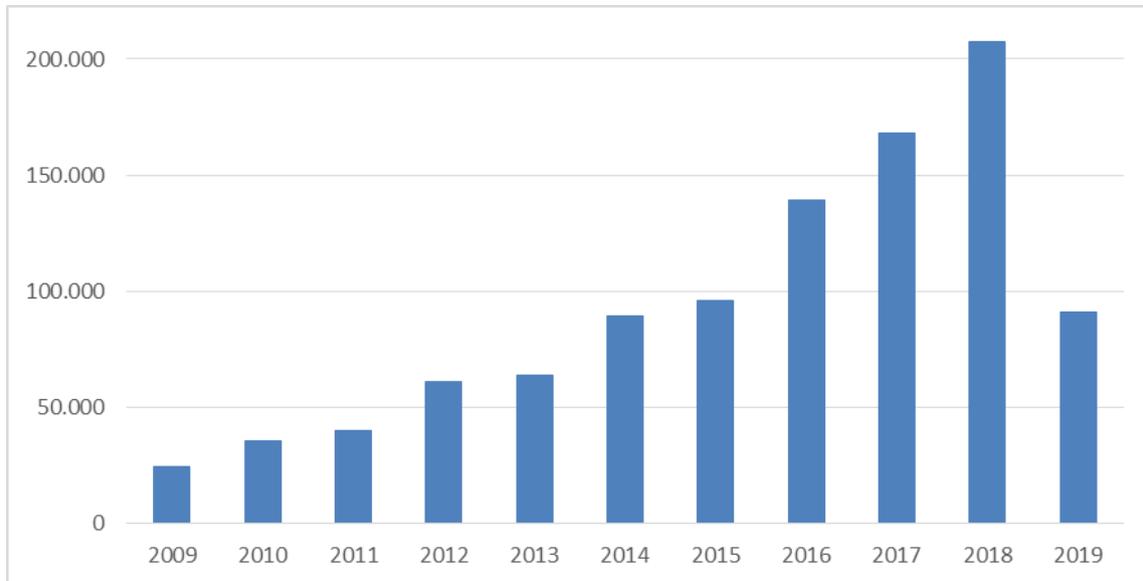


Source: Consejo para la Transparencia (2019), p. 7.

The site allows the creation of a profile and enter requests for access to information. Through a system of alerts, if the request is not answered within the deadline or the information is denied, the person can immediately file a complaint with the Council for Transparency, whose procedure, although not completely electronic, allows the process to be followed and the information to be obtained electronically once the complaint is favorably resolved.

The figures obtained from the Council for Transparency allow us to conclude that Law No. 20,285 and its digital implementation has allowed a significant number of requests for access to information to be made. In comparison with other countries, the figures for recent years far exceed the use of similar laws to make requests for access to information. This may have multiple explanations. In the case of Chile, in the decade of 1999-2009 there were no figures that would allow comparison with the last 10 years (2009-2019). However, since Law No. 20,285 came into force and then, since the implementation of the Portal, the number of requests has increased systematically over time.

Table 3 – Number of FOI requests, 2009-2019



Source: own representation based on data collected from Consejo para la Transparencia (2019b). Information collected from the year 2019 is updated to 26.04.2019.

The digital implementation of the requests and claims, together with an independent and specialized agency, allowed a leap in the use of the law and its enforcement. Unlike the decade of 1999-2009, when we did not have records regarding requests for access to information, there is now a digital repository of almost all requests, whose information can be downloaded and is available in open data.²³ With regard to the number of requests for access to information, the Council has stated that in 10 years of the law a number of 1,000,000 requests have been made.²⁴ According to the then President of the Council, “[t]he country can be proud to have the most intensely used transparency system by citizens in the world[,]” adding that Chile has “four times more requests for information per capita than Mexico, 10 times more than England, which are the international benchmarks in the matter and left long before us”.²⁵

To check the information, access to the reports of the Council’s Directorate of Studies was gained.²⁶ The report reconstructs the figures from different sources, since the Portal only began operating in 2013. Through a projection and reconstruction of the figures of the Ministry of the General Secretariat of the Presidency, it determines that as of April 2019, 1,016,647 requests for access to public information were made.²⁷ In relation to the comparison with other countries, the Council collected statistical information from England, Mexico, Uruguay and Serbia, but it is not based on this selection. In any case, the available information is easily contrastable with the official sites of the Information Commissioner’s Office of England,²⁸ the National Institute of Transparency, Access to Information of Mexico,²⁹ the Unit of Access to Public Information of Uruguay,³⁰ and the Commissioner for Public Importance and Personal Data Protection.³¹ According to

²³ From: <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/web/guest/opendata-y-analisis>. Last visited: 01 June 2019.

²⁴ From: <https://www.consejotransparencia.cl/cplt-celebro-1-millon-de-solicitudes-de-acceso-a-la-informacion-a-organismos-del-estado/>. Last visited: 01 June 2019.

²⁵ From: <https://www.consejotransparencia.cl/cplt-celebro-1-millon-de-solicitudes-de-acceso-a-la-informacion-a-organismos-del-estado/>. Last visited: 01 June 2019.

²⁶ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Sin título [Estadísticas de solicitudes de acceso a la información], 2019b and CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Minuta comparación internacional: sistema de transparencia. 2019c.

²⁷ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Sin título [Estadísticas de solicitudes de acceso a la información]. 2019b.

²⁸ From: <https://ico.org.uk/about-the-ico/our-information/annual-reports>. Last visited: 01 June 2019.

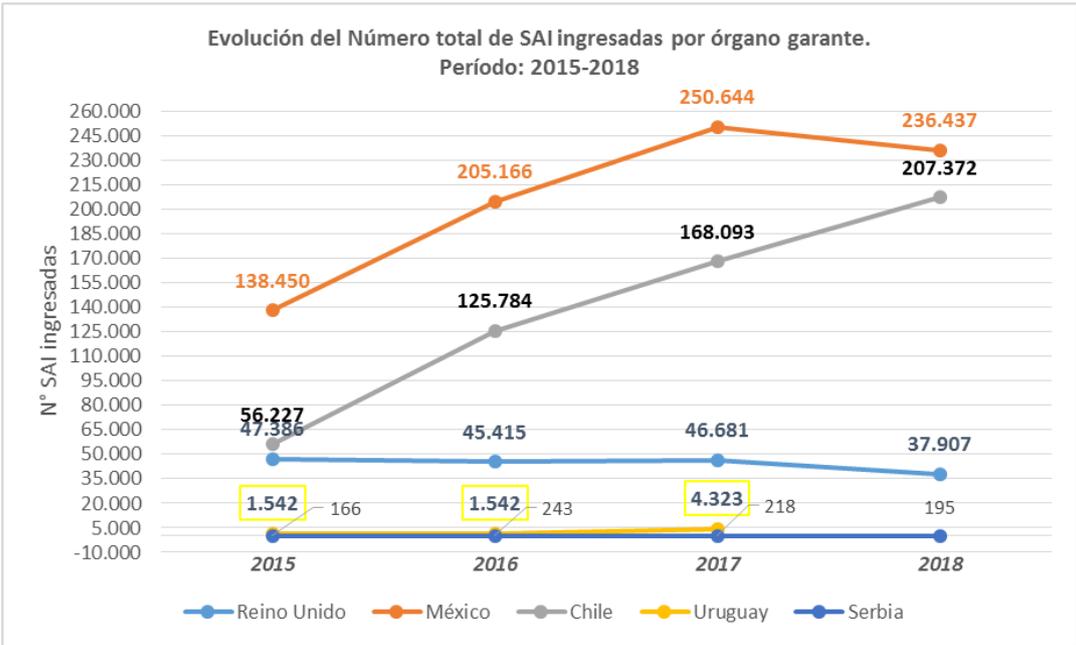
²⁹ From: <http://snt.org.mx/index.php/informacioninteres/estadisticas>. Last visited: 01 June 2019.

³⁰ From: <https://www.gub.uy/unidad-acceso-informacion-publica/datos-y-estadisticas/datos/responsables-de-transparencia>. Last visited: 01 June 2019.

³¹ From: <https://www.poverenik.rs/en/o-nama/monthly-statistical-reports.html>. Last visited: 01 June 19.

the report, the number of requests for access to information can be summarized in the following table:

Table 4 – Evolution of the total number of requests for access to information in the United Kingdom, Mexico, Chile, Uruguay and Serbia

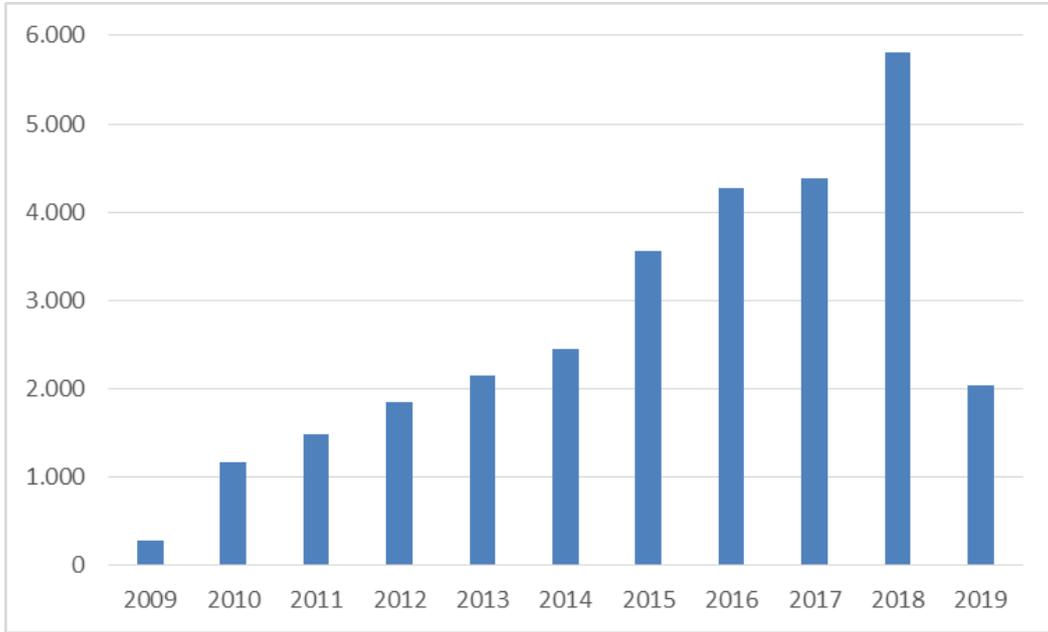


Source: Consejo para la Transparencia (2019c), p. 5.

Based on the information collected, it is possible to determine that there are more than 200,000 requests for access to information per year, starting in 2016. By year and in total, there are far more countries with legislations that served as a source for the creation of Law No. 20,285 –such as England and Mexico – and other countries that have specialized agencies – such as Uruguay or Serbia.

The intensive use of the law is manifested in its enforcement through demands for transparency. According to information obtained from the Council for Transparency, the number of FOI claims made in this decade totals 29,419 (including active transparency claims and access to information protections). Over the years, we have grown from 274 transparency complaints resolved in 2009 to a total of 5,805 in 2018. This information can be graphed as follows:

Table 5 – Number of FOI decisions, 2009-2019



Source: own representation from the data collected from Consejo para la Transparencia (2019e). Information collected from the year 2019 is updated to 26.04.2019.

The numbers of transparency claims continue to grow over time, along with the increase in requests for information. In this case, one can observe the distance between the sample of 17 cases litigated in courts in the decade 1999-2009 and only the first year of Law No. 20,285, in which the Council for Transparency resolved 274 claims, that is, an increase of more than 1,600% in a single year, approximately. The system created by Law No. 20,285 has turned what once was a province of the judiciary into an administrative management of FOI conflicts and complaints. With an independent agency, not only has the number of cases litigated and resolved increased –now before the Council and not the courts– but the figures show a steady growth in administrative or quasi-judisdictional resolution on the part of the Council.

4 Changing courts for mediation

The procedure for legal claims under Law No. 20, 285 does not currently have rules that enable the use of alternative dispute resolution (ADR) mechanisms, unlike other countries.³² As it has been pointed out, one of the factors that allow this type of mechanism to be more successful is that “it is preferable for the legislation on access to information to expressly state that the body competent to resolve complaints, appeals or amparo is empowered to seek an agreement between the parties”.³³ To date, such a mechanism has been adapted by the Council for Transparency without a clear legal mandate consistent with the basic rules that govern complaints proceedings. In any case, Congress is discussing an amendment to the Law No. 20,285 which, among other matters, includes an express rule on the matter.³⁴

³² DUNION, K.; ROJAS, H. Sistemas alternativos de resolución de conflictos y derecho de acceso a la información pública: análisis de las experiencias escocesa, inglesa e irlandesa. *Transparencia & Sociedad*, n. 3, p. 80-81, 2015.
³³ DUNION, K.; ROJAS, H. Sistemas alternativos de resolución de conflictos y derecho de acceso a la información pública: análisis de las experiencias escocesa, inglesa e irlandesa. *Transparencia & Sociedad*, n. 3, p. 80, 2015.
³⁴ See: Cámara de Diputados, Boletín 12.100-07. Available at: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=12616&prmBoletin=12100-07. Last visited: 01 June 2019.: “Article 24 bis: From the presentation of the claim or *amparo*, the Council may

Shortly after its creation, the Council for Transparency decided to mount an ADR pilot.³⁵ This plan sought to anticipate the resolution of the case through the introduction of negotiation and mediation techniques between the Council and the required state body.³⁶ The central idea was that officials trained with the Harvard's negotiation method³⁷ could embark on an early exit from the procedure before the award decision by the Board of Commissioners of the Transparency Council. According to Rojas, the criteria for selecting cases at the time were as follows: (i) that the cases were of low or medium complexity, (ii) that it would only apply to claims for access to information (and not for breach of active transparency obligations), and (iii) that the request wasn't fulfilled by the State and the deadline for doing so was already expired.³⁸ As we will review below, criterions have not varied considerably in the current SARC formulation as stated in the original Council for Transparency documentation.³⁹

The purpose of the pilot program was described as follows in the Council's 2010 Institutional Report: "[t]he Alternative Case Resolution System procedure was developed to contribute to decongesting the workload in the processing of substantive cases, give greater prominence, control and satisfaction of the parties, reduce processing times (opportunity principle), give greater flexibility in the search for solutions (facilitation principle) and selectivity and efficiency in the use of resources (procedural economy principle)".⁴⁰ Accordingly to the report, "anticipated processes of conflict resolution were implemented [...], promoting preliminary instances of agreements between citizen-public organization streamlining the processes of information delivery. In this process, 80% of the cases presented were successful".⁴¹ In accordance with the study by Rojas,

[t]he implementation of SARC had a positive impact on case management: increasing the number of cases resolved, increasing the level of satisfaction of complainants and liaisons, decreasing processing times, decreasing the number of pending cases, contributing to the increase in substantive decisions, increasing efficiency in the use of resources.⁴²

SARC is now formalized in the official documents of the Council for Transparency. In a procedural manual of the unit in charge of the admissibility analysis of cases, it is stated that the SARC procedure may be applied according to the following. First, "less complex" cases. The document does not give a definition of this concept but it does give examples: these are cases in which "information that has already been declared public is denied; arguments are invoked that do not innovate with respect to the consolidated jurisprudence of the Board of Commissioners, or when the basis of the protection is that the body did not respond to the request for information".⁴³ Under such hypotheses, the unit initiates negotiations with the requested body.

The SARC procedure is completely informal and depends only on the steps that the official can take

promote alternative instances of conflict resolution between the applicant, the requested body and the third party involved, if any. If the parties are not satisfied with a proposed solution, in the event that any of the parties has opted to provide information or opinions, this may not be considered as evidence in the final resolution of the case. Likewise, the provisional decisions adopted by the Council, during this instance, shall not disqualify it from deciding the case definitively".

³⁵ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Memoria institucional*. 2009. p. 39.

³⁶ ROJAS, H. Sistema alternativo de resolución de amparos al derecho de acceso a la información en el Consejo para la Transparencia. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 7, p. 195-196, 2016.

³⁷ See: Harvard Negotiation Project. Available at: https://www.pon.harvard.edu/category/research_projects/harvard-negotiation-project/. Last visited: 01 June 2019.

³⁸ ROJAS, H. Sistema alternativo de resolución de amparos al derecho de acceso a la información en el Consejo para la Transparencia. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 7, p. 196, 2016.

³⁹ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Dirección Jurídica. Unidad de Admisibilidad y SARC. *Procedimiento: admisibilidad*. 2018.

⁴⁰ Consejo para la Transparencia Memoria institucional, 2010, p. 41.

⁴¹ Consejo para la Transparencia Memoria institucional, 2010, p. 16.

⁴² ROJAS, H. Sistema alternativo de resolución de amparos al derecho de acceso a la información en el Consejo para la Transparencia. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 7, p. 201, 2016.

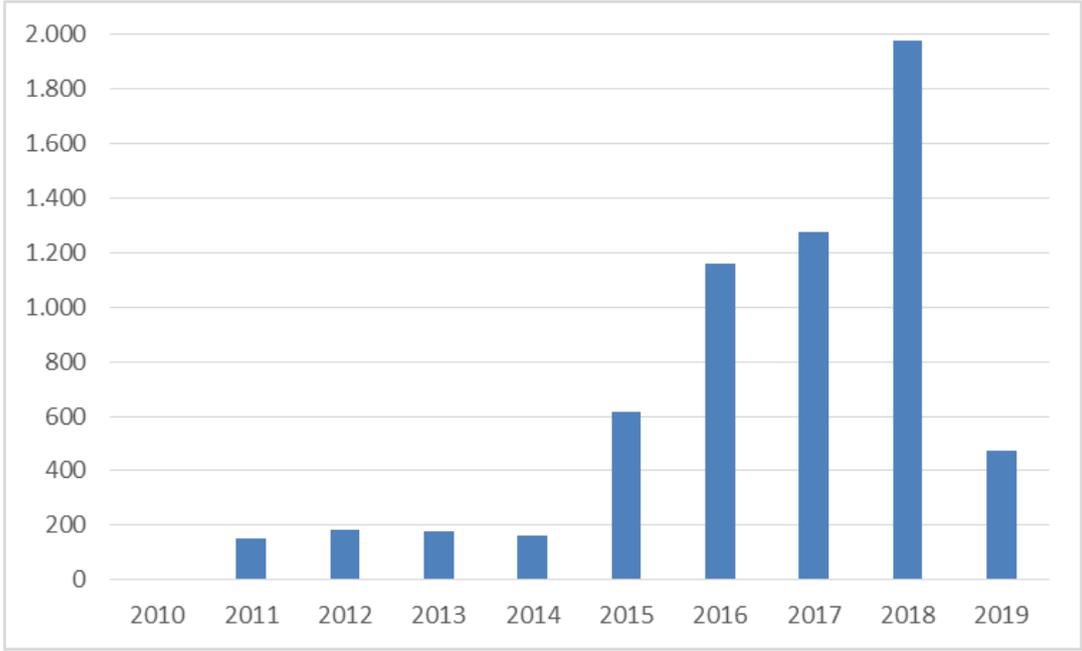
⁴³ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Dirección Jurídica. Unidad de Admisibilidad y SARC. *Procedimiento: admisibilidad*. 2018. p. 9.

among the interested parties. This can be done by contacting the public body via email or phone call and presenting arguments as to why the information should be provided or how to assist the public body in responding to the request for access. This informality of the administrative procedure has allowed for “conversation” between the independent enforcement agency and the public body required to comply with the law. Based on the conversations, the jurisprudential criteria of the Transparency Council itself are clarified in order to guide the action of the public body. It is also allowed to clarify when the information does not exist or when a response must simply be given to the information requestor’s concern. In short, SARC mediated information for the management of the conflict and its prompt resolution.

The alternatives that can be generated with this mechanism are the following: i) withdrawal, in which the information applicant agrees with the information obtained through SARC; ii) declaration of delivery of the information, when the information corresponds to that requested but the applicant has not declared its withdrawal; iii) decision of inadmissibility, when the body accredits that it complied with its delivery obligations in a timely manner; and iv) the failure of SARC, when the information is not provided, does not satisfy the applicant or what was provided does not correspond to what was requested, thus the claim for access to the information follows its procedure for an effective decision by the Board of Commissioners.

This procedure has only intensified in recent times. Starting in 2015, the Transparency Council adopts an institutional decision to hire personnel to initiate procedures exclusively within the framework of SARC, aiming to reduce the time taken to decide cases and favor the expectations and satisfaction of those involved in the procedure.⁴⁴ Although there was already a pilot that worked the first 5 years of the Council,⁴⁵ it wouldn’t be until 2015 that the numbers of cases closed through SARC would start to change dramatically. The following graph explains the evolution of cases decided through SARC.

Table 6 – Number of SARC decisions, 2009-2019



Source: own representation from the data collected from Consejo para la Transparencia (2019e). Information collected from the year 2019 is updated to 26.04.2019.

⁴⁴ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Memoria institucional*. 2015, §2, 7.

⁴⁵ ROJAS, H. Sistema alternativos de resolución de amparos al derecho de acceso a la información en el Consejo para la Transparencia. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 7, p. 203-216, 2016.

Since 2010, a total of 6,183 cases have been resolved by the SARC mechanism. This figure represents 21% of the total number of cases resolved by the Transparency Council in its 10 years of operation. Although a fifth of all decisions have been mediated through SARC, the interesting thing is to review the trend and the numbers that have been generated since 2015, in which SARC's work in the solution of cases is resolutely installed. In the first 5 years of operation of the Council (2009-2014), 9,366 cases were resolved but only 679 cases were mediated by SARC, which constitutes 7% of the total number of cases in that period. From 2015 onwards, the ratio changes considerably. Between 2015 and 2019⁴⁶ a total of 20,053 cases have been resolved, of which 5,504 correspond to those mediated by SARC, i.e. 27% of the total cases. If one looks only at 2018, one can analyze how SARC is increasing its case resolution rate, since of the total of 5,805 cases resolved, 1,980 were mediated by SARC, which constitutes 34% of the total number of cases in that year. The next third corresponds to inadmissible cases and the last third to cases meriting a substantive decision.⁴⁷ In conclusion, today SARC represents a third of the type of cases resolved by the Council for Transparency.

Its relevance in the process of resolution of cases it is not only demonstrated by its growth, on the part of the Council. In addition, it shows better numbers of satisfaction of users and public officials. Accordingly to the Council's "2018 Public and Private Client Satisfaction Study", 90% of public officials charged with responding to requests for access to information prefer SARC to the regular case-decision procedure.⁴⁸ Users value the SARC instance because it makes it faster to have an outcome on the complaint.⁴⁹

5 Conclusion

The Chilean model of FOI enforcement has moved from a litigious model to a model of mediation. It has changed the bench for a handshake. In 20 years of different legal regulations on transparency and access to information matters, Chile has legally recognized FOI, first with legal rank, but later under a constitutional basis. However, legal recognition alone does not make FOI effective. The following lessons can be drawn from a review of existing data in Chile.

First, that implementing a transparency law with an independent agency is a game changer. The Council for Transparency, through various actions, enabled an unprecedented extension in access to public information requests. The numbers obtained from the Council's 10 years of operation show a system in expansion and with a considerable growth of FOI requests, per capita, in relation to countries with similar legislations.

Second, that the administrative management of transparency conflicts has been transformed from a quasi-judicial adjudicatory model to a model of increasingly mediation among the participants of a transparency complaint process. The expansion of mediated solutions today reaches a third of the total decisions of the Council for Transparency and exhibits high rates of satisfaction among those who enter this procedure.

The evidence of the Chilean case provides empirical basis to the theoretical advantages of ADR, in managing administrative processes such as transparency and access to information. The volume of data allows confirming the trends in this matter and contrasting the success of enforcement models based on judicial litigation and those that favor the intervention of a specialized agency with ADR mechanisms.

⁴⁶ Information collected from the year 2019 is updated to 26.04.2019.

⁴⁷ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *10 Años*. 2019f. p. 65.

⁴⁸ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Estudio de satisfacción de clientes privados y públicos: resultados generales*. 2018b. p. 43.

⁴⁹ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Estudio de satisfacción de clientes privados y públicos: resultados generales*. 2018b. p. 25.

Bibliography

- ALLESCH, J.; OBANDO, I. El amparo del derecho de acceso a la información pública. *Ius et Praxis*, v. 11, n. 2, 2015.
- GISBERT, R. Bustos. The right to freedom of expression. In: GARCÍA ROCA, J.; MACHETTI, P. Santolaya (eds.). *Europe of rights: a compendium on the European Convention of Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Memoria institucional*. 2009. Available at: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 June 2019.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Memoria institucional*. 2010. Available at: https://www.consejo-transparencia.cl/wp-content/uploads/2018/01/memoria_2010.pdf. Last visited: 01 June 2019.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Memoria institucional*. 2015. Available at: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 June 2019.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Dirección Jurídica. Unidad de Admisibilidad y SARC. *Procedimiento: admisibilidad*. 2018. Available at: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 June 2019.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Estudio de satisfacción de clientes privados y públicos: resultados generales*. 2018b. Available at: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 June 2019.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Informe Mensual de Estadísticas. Abril, 2019. Available at: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 June 2019.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Sin título* [Estadísticas de solicitudes de acceso a la información]. 2019b. Available at: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 June 2019.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Minuta comparación internacional: sistema de transparencia*. 2019c. Available at: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 June 2019.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Respuesta a solicitud de acceso a la información No. CT001T0008485*. 2019d. Available at: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 June 2019.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *Respuesta a solicitud de acceso a la información No. CT001T0008485*. [Archivo con datos]. 2019e. Available at: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 June 2019.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. *10 Años*. 2019f. Available at: <https://bit.ly/2wuOHqe>. Last visited: 01 June 2019.
- CONTESE, J. La opacidad del legislador y la indulgencia judicial: jurisprudencia y práctica sobre el acceso a la información pública en Chile. In: GONZÁLEZ, Felipe (ed.). *Libertad de expresión en Chile*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2006.
- CONTRERAS, P. *Secretos de Estado: transparencia y seguridad nacional*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
- DUNION, K.; ROJAS, H. Sistemas alternativos de resolución de conflictos y derecho de acceso a la información pública: análisis de las experiencias escocesa, inglesa e irlandesa. *Transparencia & Sociedad*, n. 3, 2015.
- EVANS ESPÍÑEIRA, E. *La Constitución explicada*. Santiago: Lexis Nexis, 2006.
- FERNÁNDEZ, M. Causales de secreto o reserva en el ordenamiento jurídico chileno. In: VVAA. *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*. Santiago: Fundación Pro Acceso, 2008.
- GRUNEWALD, M. Freedom of information act dispute resolution. *Administrative Law Review*, v. 40, n. 1, 1988.
- HARASIC, D. Historia de la consagración del derecho fundamental de acceso a la información pública en

Chile. In: LETELIER, R.; REJEVIC, E. (eds.). *Transparencia en la administración pública*. Santiago: Thomson Reuters, 2010.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HERNÁNDEZ, M. El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico español: legitimación subjetiva, derecho aún no fundamental y balance crítico. *Transparencia & Sociedad*, v. 4, 2016.

KWOKA, M. The Freedom of Information Act trial. *American University Law Review*, v. 61, n. 2, 2011.

OLMEDO, J. Acerca del proceso de institucionalización del derecho de acceso a la información pública en Chile. In: LETELIER, R.; RAJEVIC, E. (eds.). *Transparencia en la administración pública*. Santiago: Thomson Reuters, 2010.

RELYEA, H. Federal freedom of information policy: highlights of recent developments. *Government Information Quarterly*, v. 26, 2009.

ROJAS, H. Sistema alternativo de resolución de amparos al derecho de acceso a la información en el Consejo para la Transparencia. *Derecho Público Iberoamericano*, n. 7, 2016.

RUIZ-TAGLE, P. Los derechos fundamentales ante la reforma del 2005. *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, v. 68, 2006.

SÁNCHEZ, Moisés. Nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile: comentarios legales. In: VVAA. *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*. Santiago: Fundación Pro Acceso, 2008.

VAUGHN, R. Administrative alternatives and the Federal Freedom of Information Act. *Ohio State Law Journal*, v. 45, 1984.

VVAA. *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*. Santiago: Fundación Pro Acceso, 2008.

Acknowledgement

I would like to thank Leonardo Ortiz for his assistance in compiling the data presented in this study. All errors are mine.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A evolução identitária da Controladoria-Geral da União: polifonia e decisões em políticas de transparência e acesso à informação

The identity evolution of the Office of the Comptroller General: polyphony and decisions in policies of transparency and access to information

Érica Bezerra Queiroz Ribeiro

Bruno Amaral Machado

A evolução identitária da Controladoria-Geral da União: polifonia e decisões em políticas de transparência e acesso à informação*

The identity evolution of the Office of the Comptroller General: polyphony and decisions in policies of transparency and access to information

Érica Bezerra Queiroz Ribeiro**

Bruno Amaral Machado***

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar, à luz da perspectiva organizacional sistêmica, a evolução da identidade da Controladoria-Geral da União (CGU) a partir das decisões adotadas pela organização no que se refere à política de transparência e à garantia do direito de acesso a informações. Adota, como referência, a trajetória organizacional que culminou na centralidade da atuação da CGU, no âmbito do Poder Executivo federal, relacionada à implementação da Lei de Acesso a Informações (LAI), especialmente enquanto instância recursal face às negativas de acesso a informações. Com a lente organizacional sistêmica, focaliza a evolução identitária da CGU no contexto da diferenciação funcional entre o sistema jurídico e o sistema político. A pesquisa parte da diferenciação da CGU nos subsistemas da política, do público e da administração pública, estrutura na qual a CGU se insere. A partir da análise das premissas decisórias, tem por objeto os processos decisórios da CGU em relação às novas atribuições assumidas com a LAI. Ao desempenhar o papel de instância recursal da LAI, a CGU se distanciou de sua identidade organizacional original, isto é, do controle interno? Qual a identidade da CGU ao decidir sobre a política de acesso à informação? Conclui que a CGU se orienta por premissas decisórias — programas condicionais e finalísticos, regras de recrutamento e seleção de pessoal e de organização interna vinculada à execução dos programas e cultura organizacional — que configuraram a sua identidade organizacional, particularmente, nos últimos anos, quando decide sobre a política de transparência e do direito de acesso à informação.

Palavras-chave: Teoria organizacional sistêmica. Niklas Luhmann. Acesso a informações. Controladoria-Geral da União.

* Recebido em 29/01/2020

Aprovado em 06/03/2020

** Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Ciência da Informação e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Auditora Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União (CGU). E-mail: ericabqr@gmail.com

*** Pós-Doutorado em Sociologia (UnB). Doutor em Direito e Mestre em Sistema Penal e Problemas Sociais pela Universitat de Barcelona (Espanha). Visiting Scholar na Fordham University e na John Jay College of Criminal Justice (EUA). Professor de Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). E-mail: brunoamachado@hotmail.com

Abstract

The purpose of this article is to evaluate, from a systemic organizational perspective, the correlations between the evolution of the identity of the Office of the Comptroller General (CGU) and the decisions adopted by the organization regarding the transparency policy and the right of access to information. It adopts, as reference, the organizational trajectory that culminated in the centrality of its performance within the federal executive branch, related to the implementation of the Freedom of Information Act (FOIA), especially as an appeals body in denials of access to information. With the systemic organizational lens, it focuses on the CGU's identity evolution in the context of the functional differentiation between the legal system and the political system. The research starts from the differentiation of CGU in the subsystems of politics, the public and public administration, a structure in which CGU is inserted. By playing the role of LAI's appeal body, has CGU distanced itself from its original organizational identity, that is, from internal control? What is CGU's identity when deciding on the policy of access to information? It concludes that CGU is guided by decision-making premises - conditional and finalist programs, staff recruitment and selection rules, and internal organization linked to program execution and organizational culture - that have shaped its organizational identity, particularly in recent years, when it decides on transparency policy and the right of access to information.

Keywords: Systemic organizational theory. Niklas Luhmann. Access to information. Office of the Comptroller General.

1 Introdução

A Controladoria-Geral da União (CGU) foi criada, em 2001, como órgão de assessoramento do Presidente da República para a defesa do patrimônio público. Ao longo desses 19 anos, a CGU incorporou outros órgãos públicos, alterou sua estratégia de atuação e redistribuiu competências internamente, assumindo as feições de uma agência anticorrupção. A partir da aprovação da Lei de Acesso a Informações (LAI – Lei nº 12.527/2011), a organização alterou sua identidade na medida em que também passou a desempenhar o papel de agência de *compliance* ao direito de acesso a informações.

A pesquisa orienta-se pela Teoria Organizacional Sistêmica, referencial teórico para observar e discutir a evolução identitária da CGU, especialmente quando assume atribuições para decidir sobre as políticas de transparência e acesso à informação, o que supõe considerar suas premissas decisórias — como os programas condicionais e finalísticos, as regras de recrutamento e seleção de pessoal e de organização interna vinculada à execução dos programas e a cultura organizacional.

O presente artigo tem, como objetivos, evidenciar e discutir a evolução identitária da CGU, culminando no papel que passou a desempenhar, a partir de 2012, ao funcionar como instância recursal da LAI, no que se refere à interpretação das hipóteses de restrição do direito de acesso a informações. Ao assumir o papel de instância recursal da LAI, a CGU se distanciou de sua identidade organizacional original, isto é, do controle interno? Qual a identidade da CGU ao decidir sobre a política de acesso à informação? O estudo parte da hipótese de que a CGU assumiu o papel de instância de interpretação da LAI, no âmbito do Poder Executivo federal, como resultado da recursividade das decisões anteriores sobre métodos e técnicas de auditoria e fiscalização, bem como de transparência da aplicação de recursos públicos federais, a partir de demandas sociais decorrentes das ações de auditoria e fiscalização (controle) que realizava.

Na perspectiva proposta, a CGU é uma organização que se “define”, enquanto unidade, a partir de decisões recursivamente encadeadas que reconfiguraram a sua identidade. Trata-se de pesquisa qualitativa com base documental que tem como ponto de partida os atos normativos que criaram a CGU e definiram suas

atribuições na burocracia da administração pública federal. Em seguida, o objeto recai sobre os documentos que consubstanciam as decisões da CGU diante das demandas pelo incremento da transparência e do acesso à informação, paralelamente às ações de controle que a CGU assumiu. Deve-se esclarecer que a análise documental recaiu, nesse segundo momento, em amostra de 100 decisões¹ da CGU em recursos contra negativa de acesso a informações, para discutir a relevância da aplicação dos testes “de dano” e “do interesse público” para a interpretação das hipóteses legais de restrição do acesso a informações.²

Essas decisões documentadas, forma como a CGU comunica, compõem o *corpus* da pesquisa. As competências institucionais estabelecidas na constituição federal, leis, decretos, portarias e instruções normativas são os programas condicionais mobilizados pela CGU para aferir a correção de uma decisão, isto é, se ela foi produzida de acordo com critérios estabelecidos. A pesquisa também se vale da revisão documental para discutir os registros que a organização produz sobre suas atividades — especialmente os relatórios anualmente publicados —, a fim de explicitar as decisões que evidenciam a evolução identitária da CGU. A análise do *corpus* normativo e documental foi realizada a partir da revisão *ad hoc* da literatura, nos campos de Políticas Públicas e Direito.

Neste artigo, categorias teóricas da Teoria Organizacional Sistêmica são utilizadas como referencial para observar e discutir as alterações estruturais que definiram a programação decisória da CGU, constituindo sua identidade.³ Afirma-se que, empiricamente, uma organização possui distintas autodescrições, que permitem aos membros guiarem-se internamente sem o conhecimento concreto de outras decisões tomadas por outras unidades (autodescrições como mapa organizacional). As organizações podem assumir semânticas distintas e, inclusive, autodescrições conflituosas.⁴ O foco do artigo é descrever a evolução identitária da CGU desde quando criada, em 2001, ao assumir tarefas específicas como organização de controle dos atos da administração pública. Pretende-se mapear como os conceitos de transparência e acesso a informações foram integrados como premissas decisórias da organização, entendidas como o conjunto de programas condicionais e finalísticos, regras de recrutamento e seleção de pessoal e de organização interna vinculada à execução dos programas e a cultura de uma organização.

As comunicações realizadas pela organização, no tema selecionado para a pesquisa, interpelam, diretamente, os programas condicionais do direito, na medida em que as decisões analisadas sugerem a “[...] vinculação e a consistência na comunicação de decisões jurídicas” pertinentes à interpretação do direito de acesso a informações no Brasil.⁵ Parte-se da hipótese de que a CGU, considerada uma organização autopoietica, orienta-se por premissas decisórias e, ao decidir, constitui sua identidade. Busca-se descrever não apenas a evolução identitária da CGU como organização da administração pública, mas também se sugerem parâmetros para pensar o papel da CGU nas comunicações jurídicas e na evolução interpretativa do direito de acesso a informações.⁶

¹ Decisões, nesse artigo, são deliberações sobre um caso jurídico concreto, submetido à CGU por meio de recursos administrativos previstos na LAI. Ao longo deste artigo, o termo “decisões” é utilizado para se referir ao modo como a organização se comunica com outros sistemas sociais, deles se diferenciando funcionalmente em decorrência da recursividade entre essas decisões.

² RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz. *Transparência e proteção da privacidade nas decisões da Controladoria-Geral da União: uma análise organizacional-sistêmica*. 2019. Tese (Doutorado) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz; MACHADO, Bruno Amaral. Privacidade e transparência: aplicação dos testes de dano e do interesse público em recursos da LAI. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, n. 125, p. 615-643, 2020. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2028>. Acesso em: 29 fev. 2020.

³ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014a.

⁴ SEIDL, David. Organization identity in Luhmann’s theory of social systems. In: BAKKEN, Tore; HERNES, Tor (eds.). *Autopoietic organization theory: drawing on Niklas Luhmann’s social systems perspective*. Copenhagen: Copenhagen Business School Press, 2003. p. 136-143.

⁵ ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, n. 2, p. 195, 2012. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁶ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

O artigo parte da diferenciação funcional do sistema político e sua diferenciação interna nos subsistemas da política, do público e da administração pública. A diferenciação entre os sistemas político e jurídico articula-se ao processo de diferenciação interna por meio de organizações que se comunicam a partir de premissas decisórias. Em seguida, discutem-se as transformações identitárias da CGU a partir do momento em que agregou a transparência e o acesso a informações, nos termos instituídos pela LAI, aos seus programas decisórios. Por fim, constatada a evolução da identidade da CGU, construída pelas decisões em relação a essas temáticas, discute-se se a CGU se institui como organização polifônica, na medida em que, ao decidir segundo parâmetros da LAI, suas decisões, programadas juridicamente, apresentam novos parâmetros interpretativos sobre o direito de acesso a informações.

2 Diferenciação funcional, organizações e decisões

2.1 A diferenciação funcional da sociedade no sistema político: administração, política e público

A sociologia das organizações tem raízes weberianas e influenciou amplo campo de estudos com distintas tradições e agendas de pesquisa. Também, com influência weberiana, discute-se a emergência do modelo de dominação racional-legal e o surgimento das burocracias modernas para o desempenho das atividades de administração. Há extenso campo de estudo que sugere pautas para analisar o Estado, os governos e a administração pública.⁷ A literatura sugere metodologias de análises, enfoques e possibilidades empíricas ainda pouco exploradas. Neste estudo, o objeto de análise — evolução identitária da CGU — é direcionado pela abordagem sistêmica, conforme apresentada em seguida, com base em perspectiva da gradual incorporação de atividades relacionadas à promoção da transparência pública e da visibilidade do que é considerado de interesse público.⁸

Na Teoria Sistêmica, o foco dirige-se às comunicações em sociedades diferenciadas funcionalmente. Os sistemas sociais operam de forma autopoietica, conforme códigos e programas próprios; por isso, são operativamente fechados e cognitivamente abertos. O sistema político opera por meio dos códigos governo/oposição; o jurídico, pelo código direito/não direito; o científico, por verdadeiro/falso; o econômico, por pagar/não pagar; o religioso, por ter fé/não ter fé, cada qual com programas próprios e mutáveis, suplementos que orientam as operações. Por exemplo, os programas jurídicos assumem a forma de leis, precedentes e constituição, enquanto, no político, os programas se confundem com as agendas dos partidos políticos e dos grupos politicamente organizados.⁹

O processo de diferenciação funcional supõe diferenciações dinâmicas em subsistemas parciais. Um desses processos manifesta-se pelo surgimento de organizações, como os tribunais, que ocupam o centro do sistema jurídico.¹⁰ O sistema político também se diferencia internamente por meio de organizações, congrega ações políticas, partidos e parlamentos. De outro lado, a implantação das decisões coletivamente

⁷ ANDREWS, Christina; BARIANI, Edison (org.). *Administração pública no Brasil*. São Paulo: Unifesp, 2010. COSTA, Frederico Lustosa da; COSTA, Elza Marinho Lustosa da. Nova história da administração pública brasileira: pressupostos teóricos e fontes alternativas. *Revista de Administração Pública*, v. 50, n. 2, p. 215-236, mar./abr. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/60843>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁸ WARTHA, Patrícia Maino. Transparência na e da administração pública: (in)compatibilidade entre visibilidade e demais preceitos constitucionais a partir da análise ao caso concreto por meio da ADPF 144 do STF. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 1, n. 2, p. 33, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1251/1268>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia política*. Madrid: Trotta, 2014. LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 400.

vinculantes da política requer arranjos institucionais por meio de decisões da política, ao produzir legislação, e por meio das organizações que integram a administração.¹¹

O Estado constitui-se em estrutura central na diferenciação entre política e direito. Na proposta sistêmica, as constituições acoplam os sistemas político e jurídico na forma descrita juridicamente como Estado de Direito.¹² As contingências das operações do sistema político diante de um ambiente cada vez mais complexo supõe a diferenciação vertical por meio de governos, na forma de papéis, tarefas e estruturas hierárquicas.¹³ O transcurso histórico evidencia processos de legitimação, não apenas por meio da divisão de tarefas pelo governo, mas também pelos papéis assumidos pelo público. Uma das formas de diferenciação dinâmica que redefine a estrutura do jogo político é a democratização para tomada de decisões pelos governos.¹⁴

Ao contrário das concepções usuais de unidade entre política e administração, trata-se de diferentes “[...] sistemas comunicativos para a elaboração de informação, funcionalmente especificados e que, por isso, operam separadamente”; se a ação política reduz a complexidade das contingências da sociedade ao produzir decisões vinculantes, a administração opera para realizar o “[...] politicamente necessário e possível por decisões programadas.”¹⁵

A administração define-se como o âmbito do sistema político que mais se diferenciou dinâmica e autonomamente. A administração deve orientar-se por premissas decisórias já definidas no sistema político, o que exige insulamento das influências de outros âmbitos da sociedade. A sua função manifesta-se, assim, na produção de decisões vinculantes sobre problemas com complexidade já reduzida.¹⁶ A diferenciação da administração supõe processos históricos de organização e profissionalização, mediados pela impessoalidade das decisões que se orientam por premissas já definidas. A diferenciação dinâmica da administração supõe processos simultâneos de dependência e de independência em relação ao entorno.

A complexidade da política deriva, também, da mutabilidade dos programas políticos e das premissas decisórias, as quais, uma vez definidas, insulam-se das flutuações da política pois operam a partir da consistência das decisões e de acordo com os horizontes que se abrem para decisões futuras. Esse processo abre-se a categorias descritas em outros subsistemas sociais, como os conceitos jurídicos e os cálculos econômicos, os quais propiciam parâmetros comparativos em relação a outras decisões. No Estado de Direito, a administração decide com base em programas condicionais (programas jurídicos válidos), que prevalecem sobre os programas finalísticos, como as análises econômicas, estratégicas, entre outras.

2.2 Organizações: premissas decisórias e comunicações

Se o foco é a diferenciação dos sistemas sociais autopoieticos na sociedade moderna, as organizações, consideradas sistemas sociais funcionalmente diferenciados, desempenham papel central nesse processo, na medida em que assumem o código e o programa do sistema social do qual funcionalmente se originam, bem como, por meio de decisões, se comunicam com outras organizações e sistemas sociais, produzindo irritações.¹⁷ A diferenciação é o centro da Teoria Social Sistêmica, identificada tanto na diferenciação da sociedade em sistemas quanto na diferenciação interna desses em organizações.¹⁸ Ao assumirem os códigos e programas dos sistemas aos quais se vinculam funcionalmente — como ocorre nas organizações estatais em relação ao sistema político —, as organizações definem o que é periferia com base em suas próprias

¹¹ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 557-565.

¹² LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 629 e ss.

¹³ LUHMANN, Niklas. *Sociología política*. Madrid: Trotta, 2014. p. 51-58.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociología política*. Madrid: Trotta, 2014. p. 91.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociología política*. Madrid: Trotta, 2014. p. 111.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociología política*. Madrid: Trotta, 2014. p. 132.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 68-73.

¹⁸ MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014a. p. 37.

operações, garantindo sua unidade e seu caráter único.

No entanto, as organizações não são meros subsistemas diferenciados funcionalmente dos subsistemas da sociedade. Consideradas sistemas sociais autopoieticos, as organizações são operacionalmente fechadas, mas cognitivamente abertas, devido a sua capacidade de interpretar distinções e de produzir informação. Os sistemas sociais são entorno para as organizações, cujas operações e estruturas são orientadas para sua autopoiese e, não, para se adaptarem ao entorno. A partir de irritações, isto é, das perturbações produzidas pelos demais sistemas sociais, as organizações produzem soluções para seus próprios problemas internos, uma vez que dotadas da capacidade de auto-observação. A memória que se produz a partir dessas operações considera as possibilidades de decisões, não apenas as soluções adotadas.¹⁹

Em abordagens das décadas de 1970 e 1980 da Teoria Sistêmica, as organizações são descritas como sistemas sociais que operam a partir dos mesmos códigos dos sistemas sociais a que estão funcionalmente vinculadas. Assim, os tribunais, no centro do sistema jurídico, também decidem por meio da distinção direito/não direito. De outro lado, uma unidade governamental utiliza o código governo/oposição. No entanto, a literatura sistêmica, nos últimos anos, tem produzido novas possibilidades de observação das comunicações organizacionais. As organizações não decidem apenas com base nos códigos do sistema funcional, mas, também, por meio de premissas decisórias, como os programas condicionais e finalísticos, as regras de recrutamento e seleção de pessoal e de organização interna vinculada à execução dos programas, a cultura organizacional e as rotinas cognitivas. Ao se remeter a decisões anteriores, a organização faz referência a estruturas como perfil da equipe, canais de comunicação, número de posições hierárquicas e divisões internas para aplicar o código binário, estabelecendo sua individualidade a partir da operação da distinção código/programa.²⁰

As premissas são definidas como “[...] pressupostos que não são postos à prova para serem aplicados.”²¹ Não se trata de pressupostos para dedução lógica de uma decisão, nem desta são deduzíveis. As premissas decisórias são definidas por meio de decisões, que constituem o único modo de que dispõem as organizações para se auto organizarem. Premissas reduzem incerteza pois representam um processo de registro/memória das organizações: “[...] através da instalação de premissas decisórias e seu ajuste contínuo, é estabelecida uma estrutura em que uma organização pode construir seu mundo, processar informações e transformar a incerteza em certeza.”²²

A relação entre os sistemas psíquicos (indivíduos) e os sociais, sobretudo no que toca à relação entre os indivíduos e as organizações, é marcada por processos de objetificação da memória pessoal para fins institucionais, isto é, por processos de transformação da memória individual em memória organizacional. As premissas decisórias são o resultado desse esforço para explicitar uma experiência relevante para as operações das organizações, na medida em que materializam uma estrutura para produção de comunicações que tenham a capacidade de continuamente produzir a diferenciação e a reprodução do sistema institucional.²³

Os programas são premissas que permitem aferir a correção de uma decisão, isto é, se ela foi produzida de acordo com critérios estabelecidos. Os programas condicionais dependem da ocorrência de um evento para desencadear uma decisão futura, vinculando-se ao passado — como é típico das normas legais —, isto é, à comprovação das condições. Já os programas finalísticos buscam adequar as decisões a um futuro somente conhecido com base em decisões passadas. “Os programas finalísticos pressupõem, a despeito de

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 68-73.

²⁰ MACHADO, Bruno Amaral. Justiça criminal, organizações e sistemas de interação: discursos sobre o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 104, p. 205–234, 2013. MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014a. MACHADO, Bruno Amaral. A diferenciação interna do subsistema jurídico-penal: história, organizações e trajetórias. *Revista de Estudos Criminais*, v. 12, n. 52, p. 81-113, 2014b. Disponível em: <http://www.itecrs.org/edicoes/ano:2014/titulo:v12n52p81-113>. Acesso em: 29 fev. 2020.

²¹ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 262.

²² LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 278.

²³ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 279.

aspirarem produzir diferenciação, que a brecha entre passado e futuro não seja tão aguda.”²⁴

A cultura organizacional apresenta-se como espécie de premissa decisória peculiar, pois não é atribuída a uma decisão identificada nem se destina a informar outras decisões. Elas apenas “[...] valem por sempre terem valido (se é que aqui se quisera falar em ‘validade’). Por isso lhes falta a ‘positividade’ e, com ela, a regra de que tudo o que tenha sido introduzido por decisão também pode ser modificado por uma decisão”. Ela “nasce por si mesma”, é “aceita sem ter sido formulada”; tem a “vantagem dos múltiplos sentidos possíveis, da ambiguidade.”²⁵ É representada na forma de valores historicamente pressupostos e pode ser obstáculo para as inovações: a decadência de uma organização pode decorrer da demasiada atenção que o sistema conferia a sua própria cultura organizacional em comparação com aquela orientada para as mudanças do entorno.

As rotinas cognitivas podem ser definidas como as premissas decisórias relacionadas ao modo como a organização define o entorno. As rotinas poupam esforços e tempo às organizações, que assim podem decidir mais rapidamente porque “garantem uma relação descongestionada com o entorno, que permite uma concentração de atenção para os aspectos autorreferenciais das situações de decisão.”²⁶

As premissas decisórias podem se suceder no tempo ou serem compatíveis entre si, não oferecendo maiores dificuldades de uso pelos membros da organização. Em determinadas situações, as autodescrições podem ser incompatíveis de modo latente, o que oferece riscos na medida em que “[...] a organização experimenta disfunções na autorreprodução devido a conflitos estruturais, mas não está ciente de que são causados pelas autodescrições conflitantes”. Quando visíveis/identificadas, as autodescrições conflitantes podem ser estabilizadas por meio de uma “[...] meta-semântica que justifique a coexistência de autodescrições conflitantes.”²⁷

Essas autodescrições não se organizam hierarquicamente; pelo contrário, ocorre uma “mudança de liderança” entre elas, na medida em que, mesmo os programas finalísticos, também, observam competências, regras de seleção de pessoal e decisões anteriores para reduzir incerteza e reproduzir a organização.²⁸ O planejamento organizacional, nesse sentido, dá “[...] forma ao futuro antecipadamente” e representa uma espécie de “[...] coerção para a coordenação de premissas decisórias.”²⁹ Luhmann pressupõe um duplo requisito para fixar e coordenar premissas: que uma pluralidade de decisões a) seja orientada pelas mesmas premissas decisórias; e b) que outras decisões sejam orientadas por outras premissas decisórias.

As premissas decisórias têm papel relevante para construção da unidade e da individualidade de cada organização. A identidade organizacional, na proposta luhmanniana, é um resultado da organização (regras compartilhadas, visões de mundo e valores), representadas pelas crenças centrais sobre a organização que são compartilhadas pelos seus membros.³⁰

Na abordagem proposta, as organizações são sistemas sociais que se comunicam por meio de decisões recursivamente encadeadas, de modo que os limites desse tipo de sistema social são definidos pela distinção entre o que é ou não decisão, pelo próprio sistema, em decorrência de seu fechamento operacional. O que garante a unidade do sistema social, portanto, é sua capacidade de distinguir entre o que é ou não é decisão e, não, a estrutura e os elementos por ele criados. Enquanto a unidade da organização decorre do

²⁴ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 311.

²⁵ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 283-284.

²⁶ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 292.

²⁷ SEIDL, David. Organization identity in Luhman's theory of social systems. In: BAKKEN, Tore; HERNES, Tor (eds.). *Autopoietic organization theory: drawing on Nicklan Luhmann's social systems perspective*. Copenhagen: Copenhagen Business School Press, 2003. p. 143.

²⁸ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 265.

²⁹ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 270-271.

³⁰ MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014a. p. 38. LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 262.

seu fechamento operacional, enfatiza-se o caráter único de cada organização, sua identidade, resultado da historicidade desse sistema social, de sua estrutura decisória recursiva única. É o caráter autopoietico da organização como sistema social, isto é, sua recursividade a decisões passadas em relação às futuras que a define como única.³¹

De um lado, a sociedade se diferencia em vários subsistemas funcionais, cada qual fechado em relação à dimensão fatural; neles, qualquer indivíduo pode comunicar, porque os sistemas sociais autopoieticos são abertos à participação de todos. De outro, as organizações são fechadas em relação à dimensão social — uma vez que a própria organização seleciona seus membros, define suas hierarquias e estipula valores e regras para decisão — e abertas para se comunicarem com todas as dimensões factuais.³²

Tanto as organizações quanto os subsistemas funcionais produzem meios de comunicação simbolicamente generalizados, os quais possuem carga simbólica que, aplicada a qualquer comunicação, em qualquer dimensão fatural, permitem comunicação com base em um código binário respectivo. O Direito (leis, decisões judiciais etc.) é um meio de comunicação simbolicamente generalizado que viabiliza a comunicação com base no código direito/não direito. Esse código binário produz uma valorização positiva ao direito e, negativa, ao não direito, viabilizando a reprodução da organização. Desse modo, uma organização que se produziu ao se diferenciar funcionalmente do sistema político pode utilizar o código binário jurídico para decidir, “imprimindo” no Direito, enquanto meio de comunicação simbolicamente generalizado, uma decisão com base no código direito/não direito.³³

Andersen diferencia as organizações considerando a existência ou não de um código binário primário como base das decisões; define como homofônica aquela que “[...] implica uma fixação estrutural sobre quando cada código deve ser utilizado.”³⁴ As organizações polifônicas emergiriam da “explosão” temática dos sistemas funcionais, isto é, da capacidade de aumentarem o âmbito de abrangência do que consideram jurídico, econômico etc.; assim, os respectivos meios de comunicação simbolicamente generalizados “[...] se tornam disponíveis para um número maior de formas de comunicação.”³⁵ As organizações polifônicas devem decidir não somente sobre o sistema funcional com o qual se comunica, mas, também, sobre sua autodescrição, a cada decisão, uma vez que não possui um código binário primário: “a organização polifônica é incapaz de escolher um código primário. Em outras palavras: decisões sobre qual meio de comunicação escolher são constantemente feitas e representam o problema estratégico básico.”³⁶ Polifonia e identidade organizacional, portanto, se correlacionam, na medida em que as organizações polifônicas decidem qual código binário utilizar, decisão que também define sua identidade.

3 A evolução da CGU (2001-2011): a construção da identidade como organização de controle da administração

A diferenciação dinâmica da política, da administração e do público pode ser identificada em processos históricos em diferentes contextos. Não há espaço nem é objetivo do artigo recuperar a complexa estrutura administrativa do Estado no Brasil e sua evolução recente.³⁷ Em um recorte no marco da constituição

³¹ LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 279.

³² LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010. p. 270-271.

³³ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 257.

³⁴ ANDERSEN, Niels A. Polyphonic organizations. In: BAKKEN, Tore; HERNES, Tor (eds.). *Autopoietic organization theory: drawing on Niklas Luhmann’s social systems perspective*. Copenhagen, Dinamarca: Copenhagen Business School Press, 2003. p. 163.

³⁵ ANDERSEN, Niels A. Polyphonic organizations. In: BAKKEN, Tore; HERNES, Tor (eds.). *Autopoietic organization theory: drawing on Niklas Luhmann’s social systems perspective*. Copenhagen, Dinamarca: Copenhagen Business School Press, 2003. p. 167.

³⁶ ANDERSEN, Niels A. Polyphonic organizations. In: BAKKEN, Tore; HERNES, Tor (eds.). *Autopoietic organization theory: drawing on Niklas Luhmann’s social systems perspective*. Copenhagen, Dinamarca: Copenhagen Business School Press, 2003. p. 170.

³⁷ ANDREWS, Christina; BARIANI, Edison (org.). *Administração pública no Brasil*. São Paulo: Unifesp, 2010. COSTA, Frederico

federal de 1988, a redemocratização é o primeiro elemento a considerar, na medida em que institui novos papéis para o público no sistema político, legitimado pelos procedimentos políticos democráticos. A ampliação dos partidos políticos aponta para novas estruturas e mecanismos que coordenam as ações políticas, novos programas e novas agendas. É possível mapear a diversidade de organizações instituídas e os arranjos concebidos no processo de diferenciação da política e da administração.³⁸ Uma das frentes de análise é a incorporação das políticas públicas nas agendas da administração pública e a profissionalização da burocracia brasileira nas últimas décadas, a fim de atender novas agendas e desafios.

Estudos no campo do direito e da ciência política evidenciam trajetórias dos tribunais e dos Ministérios Públicos e como suas estruturas foram ampliadas, no marco das novas atribuições conferidas pelo texto constitucional, novas hierarquias, especialidades e unidades de atuação.³⁹ O processo também pode ser identificado na complexa estrutura da administração, com novas organizações e hierarquias. Algumas surgem no marco dos novos programas instituídos pela constituição de 1988, a qual determina a constituição de sistemas de controle interno para avaliar metas, programas e orçamentos, bem como os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial (incisos I e II do artigo 74). Outras decorrem de eventos com ressonância política, como a resposta dos governos a ruídos do entorno.

Observada pela perspectiva organizacional sistêmica, a criação da CGU deve ser contextualizada em um momento de irritação do subsistema político. Em 2001, a divulgação de escândalos de corrupção, pelos meios de comunicação, impunha ao governo agenda de compromisso para a responsabilização por irregularidades na aplicação dos recursos públicos. Parte da literatura sugere que a opinião pública criticava o Presidente Fernando Henrique Cardoso por suposta indiferença em relação aos casos de corrupção, entendendo-o como um problema do sistema de justiça.⁴⁰ Enquanto instâncias de controle mobilizadas no âmbito do Poder Legislativo, as comissões parlamentares de inquérito eram consideradas inefetivas para essas demandas, pois orientadas por disputas políticas e, não, por critérios jurídicos.

A decisão de criar a CGU orientou-se pelos códigos governo/oposição, uma resposta tanto às críticas dos partidos de oposição quanto às ações de setores da administração, que buscavam evidenciar envolvimento ou negligência em relação os casos de corrupção.⁴¹ Se esse foi o impulso inicial, dele decorreu um programa condicional com amplas competências. A distinção código/programa tornou possível o fechamento operacional e a autopoiese da CGU, com premissas decisórias que levaram a processos de diferenciação interna como unidade da administração no sistema político.

A evolução da CGU pode ser observada em diferentes momentos. Interessa descrever como a organização, segundo os programas definidos no ato que a instituiu, construiu inicialmente sua identidade como agência de controle da administração. A análise documental sugere transformações que podem ser agrupadas em quatro etapas, marcadas pelas estruturas criadas pela organização para desempenhar as competências associadas à promoção da transparência e do direito de acesso a informações.

Na primeira etapa, a então Corregedoria-Geral da União foi criada em 2 de abril de 2001, pela Medida Provisória 2.143-31/2001, para “assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho

Lustosa da; COSTA, Elza Marinho Lustosa da. Nova história da administração pública brasileira: pressupostos teóricos e fontes alternativas. *Revista de Administração Pública*, v. 50, n. 2, p. 215-236, mar./abr. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/60843>. Acesso em: 29 fev. 2020.

³⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

³⁹ MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014a. SADEK, Maria Tereza (org.). *O judiciário em debate*. São Paulo: Sumaré, 1995.

⁴⁰ SANTOS, Romualdo Anselmo dos. *Institutionalising anti-corruption in Brazil: the path of the Controladoria-Geral da União (CGU)*. 2013. Tese (Doutorado) – University of Sheffield, Inglaterra, 2013. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/28732>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁴¹ SANTOS, Romualdo Anselmo dos. *Institutionalising anti-corruption in Brazil: the path of the Controladoria-Geral da União (CGU)*. 2013. Tese (Doutorado) – University of Sheffield, Inglaterra, 2013. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/28732>. Acesso em: 29 fev. 2020.

de suas atribuições, quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público” (artigo 6º – A). Para a realização dessa tarefa, atribuíram-se à Corregedoria-Geral da União as competências para decidir, preliminarmente, sobre as denúncias e representações que recebesse; instaurar ou requisitar a instauração de procedimentos e processos administrativos; acompanhar, avocar ou declarar a nulidade procedimentos e processos; realizar inspeções; requisitar procedimentos e processos arquivados; requisitar servidores e propor medidas legislativas ou administrativas e sugerir ações para evitar a repetição de irregularidades (artigo 14-A).

Estudos que recuperam a memória institucional sugerem que, nos primeiros anos, seus dirigentes procuraram estabelecer a correlação entre suas atribuições e a promoção da transparência para a prevenção e o combate da corrupção, de modo que, desde sua criação, tornavam públicos os resultados alcançados. Nessa primeira etapa da evolução da CGU (ano de 2001), a transparência já era definida como marco identitário da CGU, remetendo a um dos marcos iniciais da cultura organizacional. No relatório referente às atividades do ano de 2001, produzido pela organização, transparência significava “abrir todas as portas e janelas”, “clareza”, “limpidez”, “absoluto desprovemento de obstáculos”, “facilidade de compreensão dos atos administrativos e da sua utilidade para todos.”⁴² O conceito de acesso a informações, por sua vez, estava vinculado aos meios para se atingir a transparência, aos procedimentos, processos e mecanismos imprescindíveis para conhecer o Estado.⁴³ Ambos eram finalisticamente associados à promoção do controle social e à inibição de irregularidades, uma vez que elas poderiam ser conhecidas por qualquer um.

Em parte, devido à ausência de capacidade técnico-operacional e *status* para incrementar seus resultados, a CGU incorporou, em 2002, a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), então vinculada ao Ministério da Fazenda. O novo arranjo incrementou a equipe e suas competências e introduziu novos métodos e técnicas às suas rotinas de trabalho. Todavia, a transparência de suas atividades e projetos convivia com disputas por prioridade: a repressão da corrupção ou as ações de controle voltadas para o aperfeiçoamento da gestão pública. Nessa segunda etapa da evolução da identidade da CGU (2002), não houve significativas mudanças nos programas organizacionais da CGU, a despeito do incremento da transparência ativa de dados e informações produzidos pela organização.⁴⁴ Nesse sentido, a CGU garantia aos interessados a consulta ao andamento dos processos decorrentes de denúncias e representações, disponível na página <http://www.presidencia.gov.br/cgu>⁴⁵; no entanto, era necessário inserir o protocolo da denúncia ou representação, de modo que não era possível, ao público em geral, realizar o acompanhamento dos casos.⁴⁶

Com a eleição de Luiz Inácio Lula da Silva para a Presidência da República, a CGU se aproximou da equipe de transição para se apresentar como instituição e corpo técnico especializado. As propostas que apresentou, no entanto, possuíam pontos dissonantes, especialmente no que se referia ao escopo da CGU. No âmbito da SFC, emergiu proposta para que a CGU alterasse seu foco para gestão, auditoria e fiscalização, ao invés da punição e da responsabilização. O corpo diretivo da CGU, no entanto, desejava manter o foco integrado, isto é, controle e punição. No âmbito da equipe de transição, a extinção da CGU sequer era cogitada porque poderia representar um dano político para o novo governo. No entanto, não havia clareza, naquele momento, sobre qual seria o foco da CGU a partir de então. Assim, o novo ministro recebeu “carta

⁴² CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório das atividades no ano de 2001*. Brasília, 2001. p. 4, 20 e 35. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38857>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁴³ CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório das atividades no ano de 2001*. Brasília, 2001. p. 4, 20, 23 e 35. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38857>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁴⁴ CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório de atividades da Corregedoria-Geral da União no ano de 2002*. Brasília, 2002. p. 11, 12, 16, 40 e 61. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38863>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁴⁵ É possível acessar a versão salva em *cache*, da referida página, por meio do *site* <https://web.archive.org/>. O primeiro resultado disponível sobre as versões do antigo *site* é da data de 08 de fevereiro de 2002. O endereço www.planalto.gov.br/cgu possui registro de versão desde 18 de agosto de 2001. O atual domínio da CGU (www.cgu.gov.br) possui registro desde o dia 24 de março de 2003.

⁴⁶ CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório de atividades da Corregedoria-Geral da União no ano de 2002*. Brasília, 2002. p. 11, 12, 16, 40 e 61. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38863>. Acesso em: 29 fev. 2020.

branca” do Presidente Lula, garantindo-lhe liberdade para fixar suas metas.⁴⁷

Por meio da Medida Provisória 103, de 1º de janeiro de 2003, a Corregedoria-Geral da União passou a se chamar Controladoria-Geral da União — mantendo a sigla original — mas continuava vinculada à Presidência da República (artigo 1º, parágrafo 3º, I). A conversão da MP 103/2003 na Lei 10.683, em 28 de maio de 2003, provocou uma alteração na identidade da CGU: a partir de então, o “incremento da transparência da gestão” se incorporou às demais competências da CGU (artigo 17). Essa nova competência não seria desempenhada de modo isolado, apenas por articulação intragovernamental. No mesmo ato, foi criado o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, colegiado de caráter consultivo e composto paritariamente por representantes da sociedade civil e do governo (artigo 17, parágrafos 1º e 2º). Desse modo, a missão institucional permaneceu a original — combate à corrupção —, mas se realizou mediante nova estratégia, colocada em marcha, a partir de 2003, por meio da fiscalização da aplicação dos recursos federais no nível local (Programa de Fiscalização a partir de Sorteios Públicos) e da criação do Portal da Transparência.

Instituído pela Portaria CGU 247, de 20 de junho de 2003, o Programa Sorteio tinha como objetivo ampliar e aprofundar a fiscalização de transferências de recursos federais para os municípios por meio da interação dos auditores diretamente com as administrações municipais e com a população. O anterior Programa de Fiscalização nos Municípios adotava seleção amostral de municípios a serem fiscalizados, uma vez que buscava avaliar a execução dos programas federais considerados prioritários.⁴⁸ Com a implantação do Programa Sorteio, o foco da fiscalização passou para a “gestão do prefeito” sobre todos os recursos federais repassados ao município.⁴⁹ O Programa Sorteio aplicava a *expertise* desenvolvida pela SFC sob nova perspectiva, para outras finalidades, com o objetivo de aumentar a *performance* dos programas públicos realizados no nível municipal a partir do incremento da transparência das ações de fiscalização.⁵⁰

Operacionalmente, os sorteios ocorriam em Brasília, e, a partir da capital federal, eram emitidas ordens de serviço para as equipes da CGU nos estados, as quais, por duas ou três semanas, coletavam documentos e denúncias, realizavam reuniões e solicitavam informações na localidade sorteada. Os relatórios eram produzidos coletivamente e revisados em Brasília, sendo amplamente divulgados pela mídia e enviados a órgãos de controle interno e externo ao Ministério Público e à Polícia.⁵¹

O modo como a CGU conferia transparência aos relatórios que produzia se alterou a partir do Programa Sorteio. Até 2002, os relatórios de fiscalização local eram divulgados por Ministério, sem identificação dos municípios fiscalizados. A partir de 2003, passaram a ser divulgados com a indicação das localidades visitadas e, de modo resumido, descreviam as irregularidades detectadas.⁵² A partir de 2004, passaram a ser disponibilizados na íntegra.⁵³

⁴⁷ SANTOS, Romualdo Anselmo dos. *Institutionalising anti-corruption in Brasil: the path of the Controladoria-Geral da União (CGU)*. 2013. Tese (Doutorado) – University of Sheffield, Inglaterra, 2013. p. 237-238. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/28732>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁴⁸ SANTOS, Romualdo Anselmo dos. *Institutionalising anti-corruption in Brasil: the path of the Controladoria-Geral da União (CGU)*. 2013. Tese (Doutorado) – University of Sheffield, Inglaterra, 2013. p. 240-242. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/28732>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁴⁹ OLIVIERI, Cecília. *Política e burocracia no Brasil: o controle sobre a execução das políticas públicas*. 2008. Tese (Doutorado) – Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008. p. 187. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4656>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁵⁰ LOUREIRO, Maria Rita *et al.* Do controle interno ao controle social: a múltipla atuação da CGU na democracia brasileira. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 17, n. 60, p. 59, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3980>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁵¹ SANTOS, Romualdo Anselmo dos. *Institutionalising anti-corruption in Brasil: the path of the Controladoria-Geral da União (CGU)*. 2013. Tese (Doutorado) – University of Sheffield, Inglaterra, 2013. p. 241. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/28732>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁵² LOUREIRO, Maria Rita *et al.* Do controle interno ao controle social: a múltipla atuação da CGU na democracia brasileira. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 17, n. 60, p. 59, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3980>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁵³ OLIVIERI, Cecília. *Política e burocracia no Brasil: o controle sobre a execução das políticas públicas*. 2008. Tese (Doutorado) - Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008. p. 188. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4656>.

O Portal da Transparência Pública, por sua vez, é considerado um relevante exemplo de uma política de transparência ativa orientada por uma lógica de controle.⁵⁴ Lançado em novembro de 2004, o Portal inicialmente disponibilizava informações sobre as transferências para estados e municípios e descentralizações diretas ao cidadão.⁵⁵ A partir de então, incorporou novas funcionalidades e agregou dezenas de bases de dados governamentais, sendo referência para iniciativas de transparência de receitas e gastos públicos no Brasil e no exterior.⁵⁶ Por meio do Decreto 5.482, de 30 de junho de 2005, estabeleceram-se fluxos e prazos para remessa dos dados à CGU, a qual foi incumbida da sua gestão. O Decreto também estabeleceu a obrigação de que os órgãos e entidades do Poder Executivo federal mantivessem, no seu *site* na *internet*, página denominada Transparência Pública, destinada à “divulgação de dados e informações relativas à sua execução orçamentária e financeira, compreendendo, entre outras, matérias relativas a licitações, contratos e convênios” (artigo 2º).

Associada à nova estratégia estabelecida no primeiro ano do mandato inaugural do Presidente Lula, a transparência também foi mobilizada para outras finalidades. A identificação dos municípios fiscalizados passou a integrar os relatórios produzidos pela SFC, aumentando a repercussão das constatações decorrentes do Programa Sorteio.⁵⁷ A própria transparência do processo de seleção dos municípios a serem fiscalizados foi objeto de intensos debates, os quais alcançaram os tribunais e as cortes de contas e reforçaram a competência da CGU para fiscalizar a aplicação de recursos federais no nível local. O Programa Sorteio enfrentou forte resistência dos prefeitos, que impetraram Mandados de Segurança para questionar a competência da CGU para conduzir auditorias focadas na aplicação de recursos federais por entes municipais. No âmbito do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 25.943/2010 (DF), o Supremo Tribunal Federal (STF) afastou qualquer dúvida, confirmando a competência da CGU para “fiscalizar a aplicação de verbas federais onde quer que elas estejam sendo aplicadas, mesmo que em outro ente federado às quais foram destinadas”.

Em exercício de observação de segunda ordem, sugere-se que as irritações ao sistema político geraram repercussões no público, na medida em que, em alguns dos locais em foram detectadas as irregularidades pela CGU, inclusive não reelegendo os prefeitos considerados maus gestores.⁵⁸ O reconhecimento da *expertise* dos servidores da carreira própria da CGU também se dá no âmbito do sistema político — especialmente nos entes subnacionais —, que demanda treinamento e capacitação de servidores e funcionários. É possível que a profissionalização da CGU tenha sido determinante para a estabilização das irritações provocadas pelo sistema político no nível local, na medida em que a precisão e a qualidade dos métodos e técnicas de seleção da amostra para os sorteios, considerados os ajustes apontados pelo TCU, foram reafirmadas pelo tribunal de contas.⁵⁹

Em 2005, a CGU agregou para si uma nova competência — prevenção e combate à corrupção — e uma nova unidade, a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), que passou

fgv.br/dspace/handle/10438/4656. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁵⁴ CORRÊA, Izabela. *Unveiled to regulate: the logics and the trajectories of regulatory transparency policies*. 2017. Tese (Doutorado) – London School of Economics and Political Science, Inglaterra, 2017. p. 60. Disponível em: <http://etheses.lse.ac.uk/3632>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁵⁵ Controladoria-Geral da União. *Relatório de gestão: exercício 2004*. Brasília, 2005. p. 132. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38862>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁵⁶ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório de gestão: exercício 2005*. Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38864>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁵⁷ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório de gestão: exercício 2005*. Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38864>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁵⁸ FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Exposing corrupt politicians: the effects of Brazil’s publicly released audits on electoral outcomes. *The Quarterly Journal of Economics*, 2008. p. 735. Disponível em: <https://academic.oup.com/qje/article-abstract/123/2/703/1930865?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁵⁹ Em 2007, o TCU determinou que todos os municípios fossem incluídos no sorteio — até então, apenas os municípios com até 500.000 habitantes podiam ser sorteados, com fundamento em limitações operacionais — e a adoção de critérios que permitissem inferências nacionais a partir da fiscalização local (Acórdão 412/2007 – plenário).

a coordenar os projetos e atividades relacionados à promoção da transparência e do controle social. Assim, ao introduzir a prevenção da corrupção como programa condicional, a CGU reconstrói sua identidade (forma como decide/comunica) a partir das quatro macrofunções de uma agência anticorrupção — controle, ouvidoria, correição e prevenção da corrupção —, marco da terceira etapa da evolução identitária da organização (2003–2011). A organização interna decorrente da aprovação da LAI, quando foram criadas coordenações-gerais na STPC e na Ouvidoria-Geral da União (OGU), registra competências voltadas para o relacionamento institucional com a sociedade. A diferenciação do sistema político da qual resultou a CGU decorreu da necessidade de se estabelecer canal direto com a sociedade relacionado ao enfrentamento à corrupção, direcionando-lhe a complexidade da “[...] produção de decisões coletivamente vinculativas”⁶⁰, função do sistema político, quando relacionada a esse tema. A inserção da transparência e da prevenção da corrupção no programa condicional da CGU permitiu orientar e condicionar novos requisitos de trabalho, organização interna e seleção de pessoal, instituindo-se novos programas decisórios.

4 Transparência, acesso a informações e a identidade da CGU (2011-2019)

Com a entrada em vigor da LAI, em 16 de maio de 2012, transparência e acesso a informações instituíram o conceito de abertura do Estado⁶¹, gestada a partir do lançamento da Parceria para Governo Aberto (OGP)⁶², em 2011. As estratégias adotadas pela OGU e pela Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC, antiga SPCD) para garantir o direito de acesso, como responsáveis pela análise de recursos de negativa de acesso e pelo monitoramento da implantação da LAI, respectivamente, não se limitaram aos órgãos e entidades federais, pois havia grande disparidade qualitativa entre os níveis atingidos pelo governo federal em relação aos entes subnacionais.⁶³

Para a promoção da transparência e do acesso a informações no nível federal, a OGU e a STPC adotaram estratégias distintas para desempenhar suas competências. No âmbito do Poder Executivo federal, foi atribuída à CGU a competência para atuar como terceira instância recursal em face de negativas de acesso a informações (artigos 16 da LAI e 23 do Decreto 7.724/2012). Após interpor dois recursos internos ao órgão ou entidade que respondeu o pedido, o solicitante pode apresentar recurso à CGU, a qual pode realizar ampla revisão da negativa e, inclusive, determinar a entrega da informação negada, no prazo que estabelecer, sob pena de instauração de processo administrativo disciplinar em face do servidor ou empregado público responsável pelo descumprimento da decisão.⁶⁴ Nesse sentido, para a análise, instrução e julgamento de recursos à CGU, a OGU instituiu unidade especializada para interpretação da LAI no caso concreto, a Coordenação-Geral de Recursos de Acesso à Informação (CGRAI).

A partir de um conjunto de precedentes, a OGU os extrapolou como orientação para os órgãos e entidades federais responderem aos pedidos, além de padrão de interpretação da LAI para cidadãos e organizações não governamentais.⁶⁵ Nesse novo marco, as decisões da CGU apontam para um processo de diferenciação

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 447.

⁶¹ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Transparência administrativa, Lei federal nº 12.527/2011 e sigilo dos documentos públicos: a inconstitucionalidade das restrições ao acesso à informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 45, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4141/pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁶² Brasil e Estados Unidos lançaram a OGP, em 2011, para promoção da transparência, prestação de contas e responsabilização (*accountability*), participação cidadã (*civic engagement*) e uso de tecnologias para inovação em projetos comuns.

⁶³ MICHENER, Gregory *et al.* Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Revista de Administração Pública*, v. 52, n. 4, p. 610–629, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/75716>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁶⁴ Disponível em: <http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/SitePages/principal.aspx>, o banco de precedentes permite consulta a todas as decisões da OGU.

⁶⁵ Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Aplicação da Lei de Acesso à Informação na administração pública federal*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/>

dinâmica diante do novo programa condicional instituído pela LAI. Por meio de técnicas de resolução de conflitos (mediação, negociação e facilitação), e com base em técnicas e critérios jurídicos, buscaram-se justificativas para convencer os órgãos recorridos a entregarem a informação negada, quando injustificada sob o ponto de vista legal, recorrendo ao deferimento do recurso em situações excepcionais.⁶⁶ Encarregada da supervisão das ouvidorias federais e, ela mesma, uma ouvidoria, a OGU aproveitou as técnicas que já utilizava para tratamento de manifestações de ouvidoria e as aplicou aos recursos à CGU.⁶⁷

A diferenciação decorrente do novo programa condicional (LAI) resultou, também, no aperfeiçoamento de institutos jurídicos. Conforme foi explicitada na introdução, a análise documental recaiu nessa fase em amostra de 100 decisões⁶⁸ da CGU em recursos contra negativa de acesso a informações, momento em que se discute a relevância da aplicação dos testes “de dano” e “do interesse público” para a interpretação das hipóteses legais de restrição do acesso a informações.⁶⁹ A pesquisa evidenciou que a CGU recorria à aplicação de um duplo raciocínio para avaliar o risco de dano à privacidade (teste de dano) e sopesá-lo à luz do interesse público na divulgação da informação (teste do interesse público). Vinte e quatro recursos foram instruídos sem a aplicação de teste de dano, dos quais 17 foram favoráveis aos solicitantes. Nos 76 casos em que o teste de dano foi aplicado, 37 resultaram em decisões favoráveis aos solicitantes. No que se refere à aplicação do teste do interesse público, apenas 38 recursos registraram esse raciocínio; desses, 24 resultaram em decisões favoráveis ao solicitante.⁷⁰ Os testes também atuaram na concretização da política de transparência pública, na medida em que produzem conjunto de precedentes de modo coordenado e unificam entendimentos jurídicos sobre as questões concretas, a partir de casos semelhantes e precedentes administrativos.⁷¹

As organizações sociais autopoieticas criam estruturas para controlar o exercício das suas atividades e garantir a continuidade de suas operações, diante da crescente complexidade das estruturas da administração públicas e da diversidade de questões apresentadas. Na CGU, a especialização decorrente dos projetos de capacitação de agentes públicos e da sociedade deu causa à criação de uma nova secretaria, a SPCI, que recebeu várias atribuições que, até então, se encontravam em outras áreas da organização, como a administração do Portal da Transparência. A aprovação da LAI desencadeou novas atividades a partir das competências atribuídas à CGU, resultando a criação de subunidades especializadas na OGU e na SPCI.

Estruturas como perfil da equipe, canais de comunicação, número de posições hierárquicas e divisões internas são premissas decisórias que, aplicadas a partir dos códigos binários organizacionais, definem a identidade da organização. Consideradas as quatro etapas da evolução da identidade da CGU, identificadas a partir do modo como ela registrou os conceitos de transparência e acesso a informações nas premissas decisórias, é possível observar a CGU a partir das comunicações com organizações dos sistemas político e jurídico, as quais revelam, igualmente, particularidades da identidade da organização. Os programas condi-

aplicacao-da-lai-2019.pdf. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁶⁶ Dunion, Kevin. *A resolução pacífica de conflitos em recursos à CGU*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://ouvidorias.gov.br/ouvidorias/resolucao-pacifica-de-conflitos/resolucao-pacifica-de-conflitos-em-recursos-a-cgu.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁶⁷ Ouvidoria-Geral da União. *Manual/Wiki da CGRAI*. Brasília, 2018. Cedido pelo autor por meio de pedido de acesso a informações.

⁶⁸ Decisões, aqui, são deliberações sobre um caso jurídico concreto, submetido à CGU por meio de recursos administrativos previstos na LAI. Ao longo desse artigo, o termo “decisões” é utilizado para se referir ao modo como a organização se comunica com outros sistemas sociais, deles se diferenciando funcionalmente em decorrência da recursividade entre essas decisões.

⁶⁹ RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz. *Transparência e proteção da privacidade nas decisões da Controladoria-Geral da União: uma análise organizacional-sistêmica*. 2019. Tese (Doutorado) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz; MACHADO, Bruno Amaral. Privacidade e transparência: aplicação dos testes de dano e do interesse público em recursos da LAI. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, n. 125, p. 615-643, 2020. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2028>. Acesso em: 29 fev. 2020.

⁷⁰ RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz. *Transparência e proteção da privacidade nas decisões da Controladoria-Geral da União: uma análise organizacional-sistêmica*. 2019. Tese (Doutorado) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. p. 348 e 358.

⁷¹ RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz. *Transparência e proteção da privacidade nas decisões da Controladoria-Geral da União: uma análise organizacional-sistêmica*. 2019. Tese (Doutorado) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. p. 381.

cionais que estabeleceram e regulamentaram o direito de acesso a informações também sugerem novos parâmetros para a interpretação da LAI a partir de decisões de organização da administração pública. A CGU, como organização de *compliance* da LAI, também passou a definir parâmetros interpretativos, a partir de sua *expertise* na promoção da transparência. A recursividade das comunicações que a CGU estabeleceu com o público, organizações dos sistemas político e jurídico, evidencia o processo de contínua autodescrição da sua identidade organizacional. Estabiliza-se como organização para a promoção da transparência e do acesso a informações em nível nacional.

5 Considerações finais

O artigo buscou evidenciar, com base em perspectiva organizacional sistêmica, a evolução identitária da CGU para administração pública, subsistema da política. A evolução identitária da CGU é observada a partir do modo como a organização assumiu funções decisórias em políticas de transparência e acesso a informações.

A transparência instituiu-se como marco da cultura organizacional da CGU desde sua criação, na medida em que tornava públicos os resultados alcançados como estratégia de resposta à demanda social e para obter, continuamente, insumos para seu trabalho. Ao incorporar, em 2002, a SFC e a OGU, a CGU aumentou sua equipe e suas competências, introduziu novos métodos e técnicas às suas rotinas de trabalho e aperfeiçoou a transparência ativa de suas atividades e projetos, alterando sua identidade a partir de um novo programa condicional. Os conflitos entre visões estratégicas diferentes, isto é, entre priorizar a repressão da corrupção ou as ações de controle voltadas para o aperfeiçoamento da gestão pública, moldaram a cultura organizacional e estabilizaram estruturas e hierarquias próprias.

A partir de 2003, a CGU passou a realizar sua missão institucional mediante nova estratégia, por meio da fiscalização da aplicação dos recursos federais no nível local (Programa Sorteio) e da criação do Portal da Transparência. Pautada em *expertise* técnica, capacidade operacional e *status* constitucional, a CGU ficou ainda mais conhecida pela sociedade. Desde então, o incremento da transparência da gestão está registrado no programa condicional da CGU e movimenta atividades e projetos.

Com a aprovação da LAI, em 2011, a CGU alterou suas estruturas, premissas, programas e autodescrições para monitorar a aplicação da Lei e exercer a competência de instância recursal nos casos de negativa de acesso a informações. Para a análise, instrução e julgamento de recursos à CGU, a OGU estabeleceu a interpretação da LAI no caso concreto e, a partir de um conjunto de precedentes, extrapolou-os como orientação para os órgãos e entidades federais responderem pedidos, registradas, em especial, na publicação “Aplicação da Lei de Acesso à Informação na Administração Pública Federal” e no banco de precedentes.

Ao desempenhar as novas funções, a CGU assumiu identidade distinta daquela instituída nos primeiros anos de atividade e se aproximou, particularmente, nas atividades instituídas pela LAI, da descrição de uma organização polifônica. Além das decisões pertinentes às funções inscritas na sua criação, como agência de controle dos atos administrativos, conforme a programação e codificação que orientam suas decisões, as operações da CGU sobre o acesso a informações, comunica a partir de códigos e programas jurídicos; a CGU emite novas interpretações que servem como parâmetros para outras organizações da administração pública federal. Para instruir os recursos à CGU, a OGU observa programas condicionais associados a programas finalísticos, a fim de compensar o risco da diferença entre o futuro que hoje se antevê e o que se realizará. A recursividade, por meio da regra da igualdade, reforça o caráter jurídico de suas decisões, ao tempo em que comunica, ao sistema político, que suas estruturas devem utilizar os precedentes como parâmetro de interpretação da LAI.

Referências

- ANDERSEN, Niels A. Polyphonic organizations. In: BAKKEN, Tore; HERNES, Tor (eds.). *Autopoietic organization theory: drawing on Niklas Luhmann's social systems perspective*. Copenhagen, Dinamarca: Copenhagen Business School Press, 2003. p. 152-182.
- ANDREWS, Christina; BARIANI, Edison (org.). *Administração pública no Brasil*. São Paulo: Unifesp, 2010.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- Controladoria-Geral da União. *Relatório de gestão: exercício 2004*. Brasília, 2005. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38862>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório de gestão: exercício 2005*. Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38864>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- CORRÊA, Izabela. *Unveiled to regulate: the logics and the trajectories of regulatory transparency policies*. 2017. Tese (Doutorado) – London School of Economics and Political Science, Inglaterra, 2017. Disponível em: <http://etheses.lse.ac.uk/3632>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório das atividades no ano de 2001*. Brasília, 2001. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38857>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO. *Relatório de atividades da Corregedoria-Geral da União no ano de 2002*. Brasília, 2002. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/38863>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- COSTA, Frederico Lustosa da; COSTA, Elza Marinho Lustosa da. Nova história da administração pública brasileira: pressupostos teóricos e fontes alternativas. *Revista de Administração Pública*, v. 50, n. 2, p. 215-236, mar./abr. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/60843>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- Dunion, Kevin. *A resolução pacífica de conflitos em recursos à CGU*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://ouvidorias.gov.br/ouvidorias/resolucao-pacifica-de-conflitos/resolucao-pacifica-de-conflitos-em-recursos-a-cgu.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. Exposing corrupt politicians: the effects of Brazil's publicly released audits on electoral outcomes. *The Quarterly Journal of Economics*, p. 703-745, 2008. Disponível em: <https://academic.oup.com/qje/article-abstract/123/2/703/1930865?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- LOUREIRO, Maria Rita *et al.* Do controle interno ao controle social: a múltipla atuação da CGU na democracia brasileira. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 17, n. 60, p. 54-67, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3980>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Herder, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología política*. Madrid: Trotta, 2014.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MACHADO, Bruno Amaral. Justiça criminal, organizações e sistemas de interação: discursos sobre o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, n. 104, p. 205-234, 2013.
- MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. São Paulo: Marcial Pons, 2014a.
- MACHADO, Bruno Amaral. A diferenciação interna do subsistema jurídico-penal: história, organizações e

trajetórias. *Revista de Estudos Criminais*, v. 12, n. 52, p. 81–113, 2014b. Disponível em: <http://www.itecrs.org/edicoes/ano:2014/titulo:v12n52p81-113>. Acesso em: 29 fev. 2020.

MICHENER, Gregory *et al.* Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Revista de Administração Pública*, v. 52, n. 4, p. 610–629, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/75716>. Acesso em: 29 fev. 2020.

Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. *Aplicação da Lei de Acesso à Informação na administração pública federal*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/arquivos/aplicacao-da-lai-2019.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Transparência administrativa, Lei federal nº 12.527/2011 e sigilo dos documentos públicos: a inconstitucionalidade das restrições ao acesso à informação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 6, n. 2, p. 38-56, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4141/pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

OLIVIERI, Cecília. *Política e burocracia no Brasil: o controle sobre a execução das políticas públicas*. 2008. Tese (Doutorado) – Escola de Administração de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4656>. Acesso em: 29 fev. 2020.

Ouvidoria-Geral da União. *Manual/Wiki da CGRAI*. Brasília, 2018. Cedido pelo autor por meio de pedido de acesso a informações.

RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz. *Transparência e proteção da privacidade nas decisões da Controladoria-Geral da União: uma análise organizacional-sistêmica*. 2019. Tese (Doutorado) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. No prelo.

RIBEIRO, Érica Bezerra Queiroz; MACHADO, Bruno Amaral. Privacidade e transparência: aplicação dos testes de dano e do interesse público em recursos da LAI. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, n. 125, p. 615-643, 2020. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2028>. Acesso em: 29 fev. 2020.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, n. 2, p. 193–213, 2012. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>. Acesso em: 29 fev. 2020.

SADEK, Maria Tereza (org.). *O judiciário em debate*. São Paulo: Sumaré, 1995.

SANTOS, Romualdo Anselmo dos. *Institutionalising anti-corruption in Brasil: the path of the Controladoria-Geral da União (CGU)*. 2013. Tese (Doutorado) – University of Sheffield, Inglaterra, 2013. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/28732>. Acesso em: 29 fev. 2020.

SEIDL, David. Organization identity in Luhmann's theory of social systems. In: BAKKEN, Tore; HERNES, Tor (eds.). *Autopoietic organization theory: drawing on Nicklas Luhmann's social systems perspective*. Copenhagen: Copenhagen Business School Press, 2003. p. 123–150.

WARTHA, Patrícia Maino. Transparência na e da administração pública: (in)compatibilidade entre visibilidade e demais preceitos constitucionais a partir da análise ao caso concreto por meio da ADPF 144 do STF. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 1, n. 2, p. 31-50, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1251/1268>. Acesso em: 29 fev. 2020.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

As raízes cristãs do princípio jurídico da fraternidade e as crises migratórias do terceiro milênio

The christian roots of the brotherhood's legal principle and the migratory crises of the third millennium

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

Marilene Araujo

As raízes cristãs do princípio jurídico da fraternidade e as crises migratórias do terceiro milênio*

The christian roots of the brotherhood's legal principle and the migratory crises of the third millennium

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos**

Marilene Araujo ***

Resumo

O reencontro das raízes cristãs da fraternidade com o seu princípio jurídico frente às crises migratórias do terceiro milênio é o tema central do presente artigo. Por objetivos visa-se demonstrar a insuficiência do Princípio Constitucional da *solidariedade* em graves problemas de intolerância nos fluxos migratórios do terceiro milênio, bem como recuperar a memória de sua gênese conceitual em cotejo com os demais princípios de liberdade e de igualdade. A expressão *Fraternidade*: do latim *Frater* (irmão), tem suas origens na doutrina cristã. Há quem encontre pontos de afinidade entre *philia* e *fraternidade*. Na Revolução Francesa, o tríptico: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade* consiste no laço de união entre os homens, fundado na *igualdade* de direitos de todos os seres humanos *livres*. A Campanha da Fraternidade é um movimento solidário promovido pela Igreja Católica, cujo tema de 2020 é “*Fraternidade e vida: dom e compromisso*.” Eclipsada, a fraternidade reaparece transformada na modernidade como *solidariedade*, o que constitui o problema a ser abordado. As crises migratórias se avolumam e um contingente de refugiados bate à porta dos Estados e são recepcionados com muros erguidos, sinalizando uma indiferença. O Princípio Jurídico da Fraternidade surge como vetor regulatório frente às crises migratórias do milênio. A metodologia empregada é histórica e analítica-conceitual e a pesquisa bibliográfica. Ao final, conclui-se que a fraternidade é indispensável como um princípio regulador dos demais princípios da liberdade e da igualdade. Isso resulta na necessidade de reciprocidade entre as pessoas, evitando a discriminação, a intolerância ou o preconceito nos fluxos migratórios.

Palavras-chave: Fraternidade. Solidariedade. Igualdade. Liberdade. Migração.

Abstract

The central theme of the article is to rediscover the Christian roots of the fraternity with the legal principle of fraternity. The principle makes it possible to protect all life against migratory crises of the third millennium. The objectives to justify this

* Recebido em 02/02/2020

Aprovado em 14/03/2020

** Professora Livre Docente em Direito Penal pela Universidade São Paulo – USP, Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) e da graduação em Direito da PUC-SP, Doutoranda em Ciência da Religião- PUC-SP, Pós-doutora em Psicologia pela PUC-SP, doutora em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito pela mesma instituição, mestre em Direito Penal e em Filosofia pela PUC-SP. Coordenadora e líder do Grupo de Pesquisas em Direito Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma, da PUC-SP, credenciado pelo CNPQ, membro titular do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, membro titular da CAASP, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, membro titular da Comissão Internacional de Bioética, membro titular da Associação Internacional de Direito Penal (Paris-França), membro do Instituto Internacional de Filosofia do Direito, membro fundador da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB-SP, membro-fundador da Comissão de Bioética no Conselho Federal da OAB-Brasil, advogada. E-mail: iete73@hotmail.com

*** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, mestra em Direito Constitucional pela PUC-SP, especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP e em Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Membro do IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e do Grupo de Pesquisas em Direito Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma da Faculdade de Direito PUC-SP, advogada. E-mail: maraujo@aasp.org.br

study are the (re) insertion of the principle of fraternity in the face of migratory crises of the third millennium and to demonstrate that the proposal can avoid serious problems of intolerance with the different or unknown. The expression Fraternidade: from the Latin Frater (brother), has its origins in Christian doctrine. Some find points of affinity between *philia* and fraternity. In the French Revolution, the triptych: Freedom, Equality and Fraternity consists of the bond of unity between men, founded on the equal rights of all free human beings. The Fraternity Campaign is a solidarity movement promoted by the Catholic Church, whose 2020 theme is “Fraternity and life: gift and commitment.” Eclipsed, the fraternity reappears transformed into modernity as solidarity. Migration crises escalate and a contingent of refugees knocks at the door of the States and is welcomed with erected walls, signaling indifference. The legal principle of fraternity emerges as a vector in the face of the millennium migration crises. The methodology used is historical and analytical-conceptual, bibliographic. In the end, it is concluded that fraternity is the regulating principle of two other principles (freedom equality) and leads to parity and reciprocity between people, expressing the freedom of the individual without discrimination, intolerance or prejudice, enabling a dialogue with the other that arises from unexpected way in migratory flows.

Keywords: Fraternity. Solidarity. Equality. Freedom. Migration.

1 Introdução

No VI *Simpósio Internacional de Derecho CONSINTER, La Perspectiva Internacional del Derecho*, promovido pelo Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação, em outubro de 2019, na Facultad de Dret Barcelona (Espanha), o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Carlos Viera Von Adamek, (25.10.2019) proferiu a palestra *O Princípio Jurídico da Fraternidade e os Movimentos Migratórios*. O tema de atualidade inegável é a inspiração do presente artigo. Simultaneamente, também a obra de Umberto Eco (1934-2016) *Migração e Intolerância*, traduzida do italiano por Helena Lozano, foi lançada na Espanha. História e valores permeiam a obra em uma (re)compilação de textos. O primeiro texto, *Las migraciones del tercer milenio*, reproduz em parte a conferência pronunciada pelo autor, no Congresso da Prefeitura de Valência sobre as Perspectivas para o Terceiro Milênio¹. O segundo, intitulado “*Intolerância*,” é uma readaptação à introdução feita no *Fórum internacional sobre intolerância*, organizado em Paris, pela Academia Universal das Culturas². O terceiro: *Um nuevo Tratado de Nimega*, é um extrato do discurso lido em 2012, na Universidade de Nimega, na Holanda³, sobre as negociações de Paz, pondo fim a diversas guerras entre a França, a Espanha, Alemanha e a Holanda, estabelecido entre 10 de agosto de 1678, e 5 de maio de 1679. O quarto é a introdução a uma antologia de textos denominada *Experiências de Antropologia Recíproca*, publicada na França, em 2011⁴, em que são denunciados os abusos dos observadores ocidentais brancos para com os diferentes. São todos textos de caráter ético que se referem ao justo e à *fraternidade* que permeiam nossa reflexão.

Sob outro ângulo, denota-se que Constituição Brasileira de 1988, embora haja o Princípio da *Solidariedade* estampado no artigo 3º, inciso I, o mesmo não ocorre com o Princípio da *Fraternidade* que aparece somente no Preâmbulo constitucional da Carta Magna, como um vetor de uma *sociedade fraterna*. A delimitação semântica e as relações possíveis entre *solidariedade* e *fraternidade* constituem a problemática jurídica abordada, a fim de se alcance a abrangência dos princípios indispensáveis para um novo paradigma do Terceiro Milênio.

São três questões colocadas no presente artigo: a) a origem cristã da fraternidade e sua positivação na ordem jurídica; b) a diferença conceitual entre fraternidade e solidariedade. c) as crises migratórias. A partir dessas questões, defende-se a tese de que o Princípio Jurídico da Fraternidade constitui vetor necessário frente às crises migratórias do milênio.

¹ ECO, Umberto. *Migración e intolerância*. Trad. Helena Lozano. Barcelona: Lumen, 2019. p. 12-31.

² ECO, Umberto. *Migración e intolerância*. Trad. Helena Lozano. Barcelona: Lumen, 2019. p. 33-48.

³ ECO, Umberto. *Migración e intolerância*. Trad. Helena Lozano. Barcelona: Lumen, 2019. p. 49-61.

⁴ ECO, Umberto. *Migración e intolerância*. Trad. Helena Lozano. Barcelona: Lumen, 2019. p. 62-79.

A tese central foi desenvolvida em um viés analítico conceitual, partindo da análise da origem do termo fraternidade, demonstrando a diferença conceitual entre a solidariedade e a fraternidade. Ao demonstrar a posituação do Princípio da Fraternidade e sua utilização nos tribunais frente às crises migratórias, concluiu, em seguida, que a fraternidade, de raízes cristãs, se mantém hoje como Princípio Jurídico salutar em um milênio em que uma de suas principais crises é o fluxo migratório desordenado.

No recorte acima pré-estabelecido, a Introdução é seguida de duas partes (Parte I e Parte II), em que a *fraternidade* será analisada: na Parte I, nas seções primeira e segunda, com base na perspectiva histórica, como marco civilizatório em suas origens cristãs. O artigo segue relacionando a *fraternidade* enquanto categoria filosófica e política. A terceira seção abordará a diferenciação entre o conceito de fraternidade e solidariedade. Na Parte II, na primeira seção, a *fraternidade* aparece como princípio jurídico e a segunda seção versa sobre o Princípio Jurídico da Fraternidade e as crises migratórias, com base na perspectiva de decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil e o Conselho Constitucional Francês. Ao final, reconhece-se a força normativa do Princípio Constitucional da *Fraternidade*, como categoria jurídica de direitos transindividuais e o identificamos com a *dignidade da pessoa humana*. Em um segundo momento, na Parte II, o artigo tem a última seção que traz à discussão a constatação de que uma das causas da *crise* migratória é a indistinção dos “*Estranhos que batem às nossas portas*” referida por Zygmunt Baumann⁵. Seguem a Conclusão e Referências.

2 Origens cristãs da fraternidade

2.1 Da *philia* grega à fraternidade cristã

A construção ética da *philia grega* (*amizade política*) está dimensionada na obra de Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, capítulos III e IX, compreendida como uma virtude ou de excelência moral⁶. No mundo grego, as relações que pertencem ao âmbito da *oikia* (casa), entendida como família e relegada a uma satisfação das necessidades mais elementares, constituem o ponto culminante da vida humana. Como explica Hannah Arendt, uma das características da vida privada, antes do descobrimento da interioridade era que o homem existia nessa esfera não como verdadeiro ser humano, mas só como um caso da espécie animal do gênero humano⁷. O pleno desenvolvimento da subjetividade nasce da superação dos vínculos familiares. Nele a referência a um pai comum parece vinculada a uma falta de liberdade.

Por isso, a *philia* é fundada sobre a igualdade no bem, isto é, a na virtude extremamente necessária à vida — “as espécies de amizades são muitas [...] em primeiro lugar e com todo direito é a amizade dos bons enquanto bons [...] as outras o são por semelhança” — sendo a única que permite uma plena *koinonia*, uma comunhão, entre os membros da comunidade. De qualquer modo, aos olhos de Aristóteles, sem certa igualdade que garantisse a reciprocidade, não haveria a amizade. Tanto assim é quando a disparidade de condições entre amigos se torna excessiva, também a amizade entre desiguais se torna impossível. Ao tratar as formas de associação, a lógica aristotélica apresenta constructos para pensar a amizade como forma de justiça (*diké*) e, portanto, uma forma política exercida numa comunidade de iguais⁸.

Mesmo em período anterior a Aristóteles, encontramos maior afinidade com a fraternidade nos poemas homéricos de Heródoto (século V a.C.), em que há a utilização do adjetivo *philos*, do verbo *philein*; e, em Platão, com vinculação a uma força motriz (Eros).

⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Desconeguts a la porta de casa*. Barcelona: Arcadis, 2017. p. 133.

⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 5.

⁷ ARENDT, H. *La condicion humana*. Buenos Aires: Paidós, 2002. p. 34.

⁸ ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: Ed. UnB, 1988. p. 5.

Também na *amicitia* romana temos termos similares como *amicus* e *amare*, apesar de não conferirem o mesmo sentido de *philia*. Para Cícero da *teleia philia* grega, surge a *amicitia perfecta*, que só existia entre os homens bons, consistente no acordo perfeito (*consenso*) de todas as coisas divinas e humanas com a benevolência e a *afeição* (*caritate*)⁹.

2.2 Para uma fundamentação cristã da categoria política de fraternidade

No Cristianismo repousa o caráter polissêmico do conceito de *fraternidade*, remetendo inicialmente a laços de consanguinidade, que, posteriormente, se amplia para a ideia de *fraternidade universal*, evidenciando laços humanos e sociais. O *irmão* é o próximo com o qual se tem deveres em comunidade. A categoria da fraternidade é uma categoria essencialmente cristã. Termos como *adelphos* (irmão), *adelphotes* (fraternidade) *philadelphia* (amor fraterno), no novo testamento, denotam a tradição de Israel na gênese da sociedade humana, das relações entre as pessoas e os povos a partir do relato de Abel e Caim.

Nesse sentido, os israelitas tendiam a encerrar o termo na lógica do clã tribal e familiar, que caracteriza todas as culturas arcaicas. Em um texto potente, Paulo põe em evidência o novo conceito de fraternidade que é o conceber o nascimento de um povo novo. Por isso, a tradição cristã interpreta a *fraternidade* como o fundamento de uma nova fisionomia das relações humanas a nível também social.

O termo *irmão* é o termo com o qual se designam a si mesmo os discípulos de Cristo, e que o substantivo *fraternidade* (Pedro 2, 17; 5,9) não designa um ideal a alcançar, mas uma realidade adquirida, um *dom* recebido a qual se adequa a existência e as relações entre os cristãos.

Em outras palavras, a *fraternidade* é um princípio peculiar da comunidade cristã, a atuação da novidade realizada por Jesus Cristo. Outra característica do amor fraterno é a *universalidade*, a paternidade universal. Destacam-se três perspectivas sociopolíticas da fraternidade cristã, a primeira é explicitada por Paulo na *Carta aos Gálatas*: “Já não há judeu nem pagão, escravo nem homem livre, varão nem mulher, porque todos não são mais que um em Cristo Jesus” (Paulo 3, 28). A percepção da eficácia da fraternidade cristã se expressa com força a respeito das três separações que marcam a realidade do tempo: a religiosa, entre judeus e pagãos; a social, entre escravos e líderes; e a antropológica, entre varões e mulheres. A afirmação de Paulo não significa que as distinções foram eliminadas, mas que são abolidas em sua carga de negativa e reativas na potencialidade de reciprocidade da qual são portadoras.

Uma segunda consequência é que Jesus, abandonado, mostra o lugar de onde pode nascer e articular-se uma autêntica práxis da fraternidade: a coparticipação com quem esteja marginalizado e excluído. Expressões como “bem-aventurado os pobres” e “o que fizeste ao menor de meus irmãos me fizestes a mim” não são simples modos de dizer, mas indicam que a *fraternidade* “nasce de baixo” de um fazer com os últimos, porque ali se colocou Cristo. Finalmente, deve-se reconhecer uma terceira consequência no fato de Jesus em seu abandono supera para sempre a categoria do inimigo na definição política das relações inter-humanos. Crucificado toma forma o mandamento do amor ao inimigo (Mt, 5, 38-48). Com isto, Jesus rompe, deliberadamente, com a tradição judaica e introduz sinais para uma paz alternativa e eficaz. Desse modo, o amor cristão é *ágape*, amor puro, amor de Deus pelos homens, mas também amor entre os homens ou pelos irmãos. Em realidade, a forma plena de relação interpessoal é a fraternidade como reciprocidade do *ágape* em Cristo, que pressupõe e expressa a liberdade e abre o diálogo com quem esteja comprometido na busca da verdade-justiça.

2.3 A fraternidade no contexto político da Revolução Francesa

A Liberdade! Eu vi essa deusa altaneira distribuir com igualdade todos os seus bens, descer do Morat com roupas de guerreira, as mãos tintas de sangue dos valentes austríacos e de Carlos, o Temerário. Os Es-

⁹ CICERO, Lelio de. *Amicitia*. São Paulo: Cultrix, 1964. p. 52.

tados são iguais e os homens são irmãos (Voltaire).

Firmada a compreensão das origens do valor/princípio fraternidade, com destaque à doutrina cristã pensa-se no movimento revolucionário burguês do período 1789-1799, na França. A ideia de *fraternidade*, na Revolução Francesa de 1789, surge juntamente à constituição das ideias de Pátria e de Nação. A noção de uma nação unida integrou o fundamento da igualdade entre os franceses durante toda a Revolução. A pátria surge como uma fonte da fidelidade, pois permanece a ideia de vínculos de parentescos e amizade entre iguais. O dicionário da academia francesa de 1672 se refere à fraternidade como “a relação de irmão para irmão”, “união fraterna, amizade fraterna”¹⁰.

Em 1790, a *fraternidade* aparecerá juntamente aos lemas “Somos irmãos! Somos livres! Temos uma pátria!” “Os membros da nação se unem pelos laços indissolúveis da fraternidade! O lema liberdade, igualdade e Fraternidade era utilizado pelos membros da Guarda nacional”. Camille Desmoullins escreveu, em seu diário, *The Revolutions of France and Brabant*, que: “após o juramento, acima de tudo, foi um espetáculo tocante ver os soldados cidadãos correndo para os braços um do outro, prometendo a si mesmos liberdade, igualdade, fraternidade”¹¹.

O lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” será pronunciado solenemente por Augustin Robespierre, em seu discurso na Guarda Nacional, em 18 de dezembro de 1790. Robespierre declara que os integrantes da Guarda nacional “portarão no peito ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade e nas bandeiras ostentarão as cores da nação e o lema”¹². Nesse período, porém, apenas uma bandeira lembra a fraternidade: “viver como irmãos, sob o império das leis.” A Revolução busca na fraternidade a ideia de um pertencer a uma coletividade de seres humanos livres e iguais. Este pertencer se faz a mediação do conceito de pátria.

Somos irmãos porque conquistamos a liberdade e a igualdade e temos adquirido uma pátria. Portanto, não se trata de uma fraternidade religiosa ou filosófica, mas política fundada na ideia de pertencer a mesma coletividade livre e igual.¹³

A liberdade é a condição natural do homem, qualidade inerente — ou seja, um direito humano natural. Ser livre é não estar sujeito ao poder de nenhum outro homem e não ser escravo. Todo ser humano tem igual direito à liberdade. É da liberdade que a ideia de igualdade é desmembrada. Como ninguém tem mais poder que o outro; a igualdade é, portanto, a reciprocidade da liberdade. A fraternidade surge como a expressão dessa *reciprocidade*, é reciprocidade posta em ação¹⁴.

2.4 O conceito de fraternidade e solidariedade: uma proposta de análise

Falar indistintamente de *solidariedade* e *fraternidade* como sinônimos é um equívoco a ser superado. Etimologicamente, o termo *solidariedade* deriva da expressão latina *in solidum*, presente na ideia de responsabilidade solidária alicerçada no direito romano. José Fernando de Castro Farias assinala que era o laço que os juristas romanos usavam para unir os devedores de uma soma ou dívida, cada um sendo responsável pelo todo¹⁵. Desde a antiguidade grega, o pensamento solidário esteve presente na ideia de justiça distributiva de Aristóteles. Vinculada a uma perspectiva ética e teológica, ela é compreendida como virtude indispensável na relação interpessoal, na caridade proveniente do amor recíproco cristão, dever de ajuda mútua entre membros de um mesmo grupo, baseada na existência de laços comuns. A essa dimensão Gregório Peces-

¹⁰ SMITS, J. *Dictionnaire de l'Académie Française*. Paris: l'Académie Française, 1762. p. 614.

¹¹ BORGETTO, Michel. *La devise Liberté, Egalité, Fraternité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997. p. 26.

¹² BOSCH, Yannick. Sur le principe de fraternité. *Révolution Française.net*. Disponível em: <https://revolution-francaise.net>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹³ BARO, Villar e Garcia. *Pensar en la solidariedade*. Madrid: Civitas, 2004. p. 196.

¹⁴ BOSCH, Yannick. Sur le principe de fraternité. *Révolution Française.net*. Disponível em: <https://revolution-francaise.net>. Acesso em: 22 nov. 2019.

¹⁵ FARIAS, José Fernando Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 188.

-Barba denomina “solidariedade dos antigos”¹⁶. Por sua vez, o significado jurídico atual está associado à ideia de “solidariedade dos modernos.” A ideia de solidariedade moderna apareceu como reação ao impacto do liberalismo econômico no século XVIII, edificador de uma concepção anti-solidária, em que a vitória do mais forte, a aceitação das desigualdades, a instrumentalização da força de trabalho e o individualismo excessivo se identificavam. Era uma resposta ética aos problemas da pobreza da época, ressaltando o dever de assistência do Estado para com estes, assim como entre eles mesmos em comunidade. Com a instauração do Estado Social, concebe-se a solidariedade como um valor superior. A referência como vínculo social foi desenvolvida em estudos de Emile Durkheim¹⁷.

O conceito de *fraternidade* é um conceito metafórico que vincula o âmbito da família com o âmbito da política. A fraternidade apresenta três facetas: como princípio, como ideal e como virtude pública.

Na dimensão comunitária ou cristã, fraternidades surgem dependendo do que se considere relevante para a comunidade de “frates y sorites”: a cidadania, a devoção a mesma causa, a comum humanidade, a raça, o gênero. Nas diferentes relações individuais compartilham um bem, nas relações constitutivas de laços fraternais os indivíduos compartilham certos fins e valores.

Na dimensão afetiva, os indivíduos manifestam um conjunto de atitudes: lealdade, amor, confiança, preocupação pelo bem-estar do outro, amizade, empatia, sentimentos subjetivos de pertencimento.

Na dimensão prática: as relações fraternais têm uma dimensão prática enquanto disposições para agir, desinteressadamente, tanto em benefício dos outros como em vista do fim ou do valor compartilhado. Nesse sentido é uma relação de ajuda mútua e cooperação voluntária, que pode se expressar em uma série de responsabilidades, obrigações e expectativas. As relações fraternas, no âmbito política, diferentemente das relações fraternas familiares, são voluntárias.

As três dimensões (cristã, afetiva e prática) são constitutivas da fraternidade. Cada uma delas admitem diferentes interpretações correspondendo a uma lógica de inclusão-exclusão. Maria Celina Bodin Moraes ressalta que a noção de fraternidade seria a inspiração da solidariedade difundida na modernidade, em que ideias assistencialistas, postas em prática por meio da caridade, do auxílio ao próximo motivado por pura liberalidade, estão na ordem do dia. Pontua a civilista:

a ideia de fraternidade, ainda que virtuosa, não se mostra suficiente para representar o vínculo caracterizador de uma sociedade que, pautada pelo pluralismo, cada vez mais compreende distintas e sortidas culturas. Mas, um sentimento fraternal como exige-lo? É o respeito pela diferença que deve sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une no caso, a *igual dignidade* de todas as pessoas humanas. Do mesmo modo, o ato beneficente, ou caritativo, permanece sempre como uma liberalidade, uma opção que diz respeito apenas à consciência, não se concebendo em termos de obrigação a não ser moral, ao passo que a solidariedade, nos termos invocados pelo constituinte, é um dever de natureza jurídica¹⁸.

Essa perspectiva não corresponde ao entendimento aqui defendido, que busca resgatar o Princípio da Fraternidade como princípio jurídico estruturado constitucionalmente. A dimensão deontológica da fraternidade garante sua exigibilidade e refuta a compreensão do princípio apenas como virtude ética ligada tão somente a um sentimento humano. Apesar de serem empregadas indistintamente, solidariedade e fraternidade possuem especificidades. A fraternidade possui um conteúdo mais amplo. Enquanto a solidariedade remete a ideia de assistência, mas sem necessariamente existir a reciprocidade nas relações, a fraternidade requer sempre a reciprocidade.

¹⁶ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Seguridad jurídica y solidaridad como valores de una sociedad avanzada*. Madrid: La Ley, 1991. p. 256-257.

¹⁷ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁸ MORAES, Maria Cecilia Bodin. O princípio da solidariedade. In: *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes: direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 67.

3 O princípio jurídico da fraternidade e as crises migratórias do século XXI

3.1 Fraternidade: a família humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos

A fraternidade relaciona-se aos textos jurídicos em uma dimensão universal, *day after*, da II Guerra, quando os povos de várias nações declaram, de forma solene, um rol de direitos humanos inalienáveis. René Cassin considera que os atos perpetrados por governos como o de Hitler ofenderam, de forma criminoso, os direitos do homem e foram contrários aos princípios de 1789: liberdade, igualdade e fraternidade¹⁹. O tríptico Liberdade, Igualdade e Fraternidade da Revolução de 1789 merece ser novamente proclamado.

A fraternidade, na dimensão política da Declaração, é uma relação entre iguais em uma comunidade, ou seja, a sociedade humana é sociedade fraternal, pois é uma sociedade de iguais²⁰. A relação recíproca entre livres e iguais traz uma família humana todos são portadores de direitos.

No preâmbulo da Declaração, a “dignidade inerente a todos os membros da família humana” é reconhecida. Os membros da família humana mantêm os seus “direitos iguais e inalienáveis” que constituiu “o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”. Assim, se proclama os direitos humanos inalienáveis e iguais para todos que, intrinsecamente, possuem dignidade e são parte da família humana. A ideia de família aparece na declaração como um elemento natural e fundamental da sociedade (art. 16). A humanidade não está dividida em raças, etnias, gêneros, classes ou culturas, mas forma um todo indivisível, natural e fundamental, a família humana.

O artigo 1 da Declaração estabelece que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

A fraternidade aparece refletida na unidade de raça, no princípio de que todo o ser humano deve ser tratado como qualquer outro ser humano e, ainda, a fraternidade é mantida em um dever²¹. O dever ao espírito fraterno entre os membros da família humana é estendido a todos (art. 1), notadamente percebe-se a responsabilidade fraternal exigida pela Declaração.

Eligio Resta, em sua obra *Il diritto fraterno*²², discute a paradoxalidade dos direitos humanos, pois “os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade”²³.

O autor estabelece como função do direito fraterno desvendar os paradoxos, propondo um retorno da fraternidade de forma anacrônica. O anacronismo significa contratempo, no sentido de algo que rompe a linearidade dos acontecimentos.

Nesse sentido, a fraternidade possui um sentido anacrônico, uma vez que ela retorna de uma época centrada em territórios para uma sociedade complexa em que a vida não ocorre dentro de fronteiras delimitadas, como na época da Revolução Francesa.

Carregada de paradoxos e ambiguidades, a fraternidade é necessária em razão das exclusões que a liberdade e a igualdade não conseguem evitar. Explica Edgar Morin:

¹⁹ CASSIN, Cassin. *La genesis de la carta de derechos del hombre*. Paris: Unesco, 1968. p. 4.

²⁰ PUYOL, Angel. Sobre el concepto de fraternidad política. *Daimon Revista Internacional de Filosofia*, Universitat Autonomo de Barcelona, 2018. p. 91.

²¹ BAGGIO, Antônio Maria. *El principio olvidado: la fraternidad em la politica y el derecho*. Trad. de Honorio Rey. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2006. p. 133, 138.

²² RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: GLF Editori Laterza, 2004.

²³ RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, 2004. p. 13.

[...] a fórmula da tríade Liberdade-Igualdade-Fraternidade comporta as próprias contradições: esses três termos são ao mesmo tempo, complementares e antagônicos; a liberdade sozinha destrói a igualdade e corrompe a fraternidade; a igualdade imposta destrói a liberdade sem reavaliar a fraternidade; somente a fraternidade por si mesma pode contribuir para a liberdade e para a igualdade²⁴.

Para Eligio Resta, a fraternidade é (re) significada se projetando para além das fronteiras dos Estados-nação que, embora mantenham a igualdade e a liberdade como pilares, realizam exclusões. A fraternidade, em seu surgimento na era moderna, foi fundada na ideia de Estados Nacionais que “abriam, portanto, o cenário do cosmopolitismo, mas o fechavam imediatamente dentro do recinto das pertencças a famílias nacionais”²⁵.

O retorno anacrônico da fraternidade representa uma nova dimensão do pertencimento de todos. O direito fraterno atual cria uma autorresponsabilização, libertando a sociedade da rivalidade dos “irmãos-inimigos”, observando o reconhecimento do “outro” e do “eu”, integrando as diferenças sem eliminá-las.

3.2 A fraternidade no direito brasileiro

Na Constituição brasileira, a fraternidade está inserida em seu preâmbulo:

nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.²⁶

A primeira questão que orienta os debates dogmáticos sobre a eficácia normativa da fraternidade ou de um possível direito de fraternidade é que dentro da topografia constitucional, a fraternidade está localizada no preâmbulo.

O preâmbulo constitucional não é adotado por todas as constituições, mas as brasileiras costumam adotá-lo. Assim, o preâmbulo aparece nas constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1946, 1969 e 1988. A expressão preâmbulo vem do latim *pre ambulare*, andar à frente²⁷.

Os constitucionalistas se dividem em três correntes sobre a eficácia normativa do preâmbulo. Um primeiro grupo considera que o preâmbulo tem, apenas, valor histórico, político e filosófico, não tendo nenhuma relevância jurídica. Para um segundo grupo, o preâmbulo tem, apenas, valor hermenêutico, pensamento que já apareceu de forma majoritária em decisões do Supremo Tribunal Federal (MS 24.645 MC-DF- STF). Uma última corrente não majoritária mantém a eficácia normativa do preâmbulo constitucional.

O preâmbulo, uma vez adotado pela Constituição, tem “natureza definitiva da Constituição com força normativa”, tendo ainda a função interpretativa²⁸. A força normativa do preâmbulo é expressa por Kelsen como sendo uma forma para “dar maior dignidade à Constituição e, desse modo, maior eficácia”²⁹. Assim, como prescrição das prescrições, o preâmbulo resume, de forma imperativa, o discurso constitucional³⁰.

Reconhecido com plena eficácia e força constitucional, a fraternidade ultrapassa, em um primeiro momento, a figura do homem enquanto indivíduo, sua proteção está no âmbito da titularidade difusa³¹. Esses

²⁴ MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Trad. Juremir Machado Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 81.

²⁵ RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, 2004. p. 13.

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2019.

²⁷ RUSSOMANO, Rosah. *Anatomia da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 1.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 25.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 255.

³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 56.

direitos difusos, categorizados como de quarta geração, estão intrinsecamente ligados à ideia da própria existência humana e de sua projeção dentro de uma comunidade — família humana.

A reciprocidade nas relações e a responsabilidade em relação ao outro, ideia fundante da fraternidade expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, fazem com que haja uma preocupação expressa no texto constitucional com o bem-estar geral. Essa dimensão fraterna é prevista diversas vezes na Constituição, no artigo 23 § único (bem estar nacional), artigo 182, caput (bem estar dos habitantes da cidade), artigo 186, IV (função social da propriedade rural), artigo 193, caput, (bem-estar social), artigo 219 caput (bem-estar dos idosos) e artigo 231, § 1 (bem-estar dos índios).

O dever com a sociedade fraterna é estendido a todos, Estado e sociedade, assim, uma sociedade fraterna mantém compromissos com o bem-estar geral, com a liberdade e igualdade de todos os seus membros.

3.3 Fraternidade e migração no Supremo Tribunal Federal brasileiro e no Conselho Constitucional da França

Em 06 de julho de 2018, o francês Cédric Herrou ‘twittou’ “Au nom de la fraternité nous resterons solidaires” (em nome da fraternidade, seguimos sendo solidários). O agricultor francês, que vive na fronteira da França com a Itália, havia sido condenado com multa de 1000 euros e 4 meses de prisão por ajudar mais de 250 migrantes a entrar no território francês, auxiliando, inclusive, a circulação dos migrantes e a permanência em albergues. O seu caso se somou ao de mais 18 pessoas que sofreram condenações da Justiça por ajudar os migrantes dentro do território francês.

O fundamento legal das condenações é o chamado “*delito de solidariedade*” ou, mais tecnicamente, o “delito de ajuda à permanência irregular” previsto no Code d’entrée et de séjour des étrangers et droit d’asile (CESEDA) — Código de entrada e de e de residência dos estrangeiros e de direito de asilo. Conforme capítulo que determina o artigo L.622-4:

sous réserve des exemptions prévues à l’article L.622-4, toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l’entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d’un étranger en France sera punie d’un emprisonnement de cinq ans et d’une amende de 30 000 €. (Salvo exceção previstas no artigo L622-4, toda pessoa que de modo direto ou indireto facilite ou tente facilitar o ingresso, a circulação ou a permanência de um estrangeiro irregular na França será punido com 5 anos de prisão e uma multa de 30.000 euros).

Historicamente, o referido artigo foi introduzido no ordenamento francês em 1938, em um contexto social que envolvia as duas grandes guerras mundiais. O artigo legal resistiu as duas revisões do Código: a revisão de 1945, pós-guerra mundial e, a outra revisão já no início do novo milênio, 2004.

Cedric Herrou foi condenado em duas instâncias pelo referido delito de solidariedade e recorreu ao Conselho Constitucional da França. As condenações eram fundamentadas no fato de o Tribunal não considerar que as ações foram resultados de *simple volonté de secours* e, sim, *esprit de rébellion*. Os atos, segundo o Tribunal de apelação, são de militância e visavam fazer fracassar a política de migração do Estado Francês.

Cédric Herrou pediu revisão da decisão em maio de 2018 e o Conselho Constitucional da França decidiu, em 6 de julho de 2018, que, de acordo com o artigo 2 da Constituição: O lema da República é: *Liberdade, Igualdade, Fraternidade*. A Constituição também se refere ao lema em seu preâmbulo e em seu artigo 72-3. Desse modo, a Constituição mantém como um *Princípio Jurídico* da República o “ideal comum de liberdade, igualdade e fraternidade.

O primeiro argumento do Conselho é que a fraternidade é um *princípio constitucional vinculante* e que se aplica ao caso. Em um segundo momento, o Conselho decide que o Estado da França pode manter leis sobre políticas de migração para fins de manutenção da ordem pública, sendo a ordem pública também uma determinação constitucional. Em um terceiro momento, o Conselho considera que cabe ao legislador

assegurar “uma conciliação equilibrada entre o princípio da fraternidade e o objetivo do valor constitucional de salvaguardar a ordem pública”, não podendo editar leis que proíbam a ação humanitária.

Disso resulta, segundo o Conselho Constitucional da França, que o Princípio da *Fraternidade* inclui a liberdade de ajudar os outros em razões humanitárias sem considerar a regularidade do estrangeiro no território nacional. O *Princípio da Fraternidade* não pode ser interpretado de outra forma que não se inclua o ato de ajuda para fins humanitários. Assim, uma vez que a norma penal faz conciliação manifestamente desequilibrada entre o Princípio da Fraternidade e o objetivo constitucional de salvaguardar a ordem pública, a norma deve ser declarada inconstitucional.

No mesmo ano de 2018, o Brasil enfrentava um problema de migração desordenada dos venezuelanos que fugiam de seu país por diversos motivos, especialmente, a miséria, a fome e perseguição política. Os venezuelanos atravessavam a fronteira entrando no estado de Roraima. A solução cogitada pelo estado de Roraima foi o fechamento da fronteira. Em 06 de agosto, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a questão. Na ocasião, o estado de Roraima solicitou, em sede de tutela provisória, que a União fosse obrigada a fechar “temporariamente a fronteira entre o Brasil e a Venezuela ou limitar o ingresso de imigrantes venezuelanos no Brasil.”

A ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, determinou a impossibilidade do fechamento das fronteiras do estado de Roraima com a Venezuela, utilizando argumentos que reconstruam a necessidade de *dever de acolhimento fraterno* do Estado brasileiro em razão das *movimentações transfronteiriças* de refugiados. A ministra, seguindo uma lógica de evolução conceitual do termo refugiado e os padrões determinados pela Declaração de Cartagena, considerou que a legislação brasileira, Lei nº 9.474/97, ampliou o conceito de refugiados para incluir todo indivíduo que, “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”. (artigo 1, inciso III).

Ainda, a recente Lei de Migração, Lei nº 13.445, de 24.5.2017³² determina que a política migratória brasileira rege-se pelo princípio e diretriz da “acolhida humanitária” (artigos 3, 14, 20, 30 e 49 do Estatuto).

Assim, a ministra considerou que “o endurecimento desmedido das medidas de restrição às migrações irregulares pode acarretar sérios prejuízos ao sistema de proteção internacional dos refugiados ao impedir que ele seja acessado por quem dele mais necessita”. O acolhimento humanitário imediato, prévio ao procedimento de análise e eventual deferimento formal da estada do migrante no Brasil, é medida que deflui de todas as normas internacionais que o Brasil aderiu. Daí, afirmar-se que a ampliação do conceito de *refugiado* gera, ao Estado, um *dever de proteção humanitária*.

3.4 Migrações do terceiro milênio: a Terra é a casa comum de todos e somos uma só comunidade

Yasmin, Anwar, Omar, Samar, Kebrat: homens, mulheres e crianças que escaparam da guerra e da fome. São *migrantes* que chegaram às margens de Lampedusa em segurança. Mas há os que chegam à “ilha do desembarque” sem vida. (Pietro Bartolo conta-nos suas histórias no livro *Lágrimas de Sal. Entre a dor e a esperança. O testemunho de um médico de Lampedusa*. Bartolo, 2018, 208p.).

³² A lei 13.445/ 2017 realiza uma mudança de paradigma, em várias frentes, por exemplo, “na forma como o Estado brasileiro compreende as migrações, [...] com a valorização de uma ótica humanista, desburocratizante. A cidadania é conquistada “pelos estrangeiros que se integram de forma produtiva à vida do país”. No campo da acolhida humanitária “a Lei nº 13.445/2017 estabelece, de forma inédita, princípios e diretrizes para a política migratória brasileira (art. 3º). Nesse rol, há a previsão da acolhida humanitária (inciso VI) e da garantia do direito à reunião familiar (inciso VIII), além do repúdio à xenofobia (inciso II) e da não discriminação em razão dos critérios ou procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida no país (inciso IV). Para ingresso no país, é possível a emissão de visto temporário com a finalidade de acolhida humanitária (art. 14, I, c e § 3º). Nos termos da Lei, o visto poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário. LIGIERO, Adriana P.; VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Clarice G.; OLIVEIRA, Mariana S.C. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017.

Enquanto insistimos a um enorme salto no contingente de refugiados que batem à porta da Europa e de nosso continente em busca de asilo, muros são apressadamente erguidos para evitá-los, cercas de arame farpado rodeiam campos de concentração superlotados, crianças se afogam [...]

pontua Zygmunt Baumann na obra *Estranhos à nossa porta*.³³

A “crise migratória” parece sinalizar o colapso e dissolução do modo de vida que conhecemos e praticamos, gerando o que o autor denomina de “pânico moral” (um sentimento de medo compartilhado por grande número de pessoas de que algum mal ameaça o bem-estar da sociedade), uma indiferença insensível e cega. A migração não é um fenômeno recente, acompanha a era moderna desde os seus primórdios e sua continuidade continuará a se expandir por muitas décadas.

Nas partes desenvolvidas do planeta, em que tanto migrantes econômicos quanto refugiados buscam abrigo, os interesses empresariais dão boas vindas ao influxo de mão de obra barata e de habilidades lucrativamente promissoras. Assim, enquanto o detonador da migração aumentar, a disparidade de renda persistirá. Os que se encontram por trás das portas, eles são, como sempre foram, *estranhos*. Precusores do colapso da “ordem”: um estado de coisas em que as relações são estáveis, compreensíveis e previsíveis. Eles nos lembram do que preferimos esquecer, ou como disse o Papa Francisco, sobre o vício da indiferença, em 8 de julho de 2013, durante sua visita a Lampedusa:

[...] a cultura do conforto que nos faz pensar apenas em nós mesmos, nos torna insensíveis aos gritos de outra pessoa, faz-nos viver em bolhas de sabão que, embora adoráveis, carecem de substância; oferecem uma ilusão efêmera e vazia que resulta na indiferença em relação aos outros; na verdade leva até a globalização da indiferença.

“*Estranhos*, tendem a causar ansiedade por serem *diferentes* e assustadoramente imprevisíveis, ao contrário das pessoas com as quais interagimos todos os dias e das quais acreditamos saber o que esperar.”³⁴ Em nosso mundo, cada vez mais desregulado, a visão de recém-chegados sem teto, privados de proteção dos direitos humanos, provoca animosidade e estimula a violência contra eles, a exigir a positividade, bem como políticas públicas baseadas no princípio da fraternidade no Direito Pátrio.

A fraternidade encontra o seu elo e fundamento com o tema da migração notadamente em Umberto Eco na obra *Migración e intolerância*. O autor distingue o conceito *imigração* do de *migração*, “temos imigração quando alguns indivíduos (muitos, porém em uma estatisticamente insignificante se transferem de um país a outro)”. Os fenômenos de imigração podem ser controlados politicamente, limitados, impulsionados, programados ou aceitos. O mesmo não acontece com as migrações.

Sejam violentas ou pacíficas, as *migrações* são como os fenômenos naturais: sucedem e ninguém as pode controlar.

Se dá a migração quando todo um povo, pouco a pouco, se desloca de um território a outro (e não importa quantos permanecem no território original, mas em que medida os migrantes mudam de maneira radical a cultura do território a qual migraram).

Em resumo, estamos ante um fenômeno de imigração quando os imigrados (admitidos segundo decisões políticas) aceitam, em grande parte, os costumes dos países para onde imigram. Estamos ante uma migração quando os migrantes (que ninguém pode deter em suas fronteiras) transformam, de maneira radical, a cultura do território para o qual migram.

Atualmente, encontramos ante fenômenos migratórios incertos a exigir a fraternidade e mesmo um direito fraterno (Eligio Resta). Há um ambiente de grande mobilidade e é difícil dizer se são fenômenos de imigração ou de migração. Seria possível essa distinção quando o planeta inteiro está se convertendo em um território de *deslocamento intercruzados*? O problema é que, para o autor, no próximo milênio, a Europa será

³³ BAUMAN, Zygmunt. *Desconeguts a la porta de casa*. Barcelona: Arcadis, 2017.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Desconeguts a la porta de casa*. Barcelona: Arcadis, 2017. p. 14.

um continente multirracial, ou se preferir, “colorido”.

E a cor a ser produzida na Europa é um processo, segundo Umberto Eco, que demora muito tempo e poderá produzir imenso sangue, podendo acontecer algo terrível antes de se encontrar um novo equilíbrio.³⁵ O derramamento de sangue, segundo Eco, pode ocorrer; citando a França, o autor mostra a contradição entre absorver a migração e impor aos migrantes os seus valores éticos da República laica. A França, logo, ao aceitar os fluxos migratórios, alojou os migrantes mulçumanos em bairros distantes e periféricos, a integração não poderia ocorrer em curto prazo, ocorrendo a proliferação de conflitos. Mas, para Umberto Eco, em longo prazo e integração se afirmará. Os fluxos migratórios sempre existiram desde os hominídeos, os seres humanos se dividem. Os descendentes dos hominídeos, que constituíram a espécie *homo sapiens*, continuaram nômades. A espécie humana nasce e se constitui como migratória³⁶. Entretanto, com o fenômeno da globalização, as migrações também se globalizaram e dispararam de 77 milhões de pessoas nos anos 70 para 244 milhões de pessoas atualmente³⁷.

A expectativa é o aumento dos fluxos migratórios, pois os fatores que impulsionam os fluxos estão longe de desaparecer; eles compreendem desde defasagens entre os níveis de desenvolvimento humano, como crises políticas e ambientais, conflitos e guerras. Um dos grandes impulsionadores dos fluxos migratórios são os regimes violentos e arbitrários e os fatores econômicos que aumentam o contingente dos migrantes econômicos dos países pobres para os países ricos.

Esses milhares de estranhos simplesmente chegam e aqueles que os recebem poucos sabem sobre quais serão suas interações e o que farão durante as interações. Mas as interações são impostas com suas presenças, não existindo previamente anuência ou consultas. É como se forças globais, que, uma vez ou outra, são sempre mencionadas, porém imagináveis, interferissem diretamente na vida de cada um.

São as fronteiras entre Estados que determinam a natureza dos fluxos de pessoas, regulares e irregulares, qualificados e não qualificados, internos e externos, e as políticas de emigração e de imigração³⁸, por isso, vozes clamam para a recuperação das fronteiras.

Michel Agier esclarece que a cúpula mundial preocupada com o fluxo de mais 200 milhões de pessoas tenta impor uma política migratória que separa os dois mundos, um saudável, limpo e outro remanescente, invisível, marginalizado. Os campos são levantados e circundados por muros. A preocupação não é a garantia da vida, mas a reunião e vigília do estranho indesejável³⁹. E ainda assim, não são as doutrinas da diferença que provocam a intolerância selvagem, ao contrário, tais doutrinas exploram um fundo preexistente de *intolerância difusa*.

Contudo, este é o desafio para o terceiro milênio. A atual crise econômica não está produzindo uma nova sensação de fraternidade, mas bem atmosfera de recíproca desconfiança.

As iniciativas de “*Transcultura*”, definidas por Eco como *antropologia recíproca*, devem adotar novos paradigmas. Já não estamos ante uns (ativos) que olham os outros (passivos), mas sim ante uns e outros como representantes de culturas distintas que podem se relacionar de maneira distinta ante a mesma experiência. Entender-se entre culturas distintas não significa valorar o que cada uma tem que renunciar para chegar a ser iguais, ou equivalentes, mas entender o que as separa e aceitar essa diversidade e diferença.

³⁵ ECO, Umberto. *Entrevista: migração e refugiados por Umberto Eco*. 2015. Disponível em: <http://expresso.sapo.pt/internacional/2015-09-07-Acontecera-algo-terrivel-antes-de-se-encontrar-um-equilibrio.-Migracao-e-refugiados-por-Umberto-Eco>. Acesso em: 22 dez. 2019.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Desconeguts a la porta de casa*. Barcelona: Arcadis, 2017. p. 69.

³⁷ WENDEN, Catherine Wihtol. As novas migrações. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 13, n. 23, 2016.

³⁸ WENDEN, Catherine Wihtol. As novas migrações. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 13, n. 23, 2016.

³⁹ AGIER, Michel. *Managing the undesirables: refugee camps and humanitarian government*. Malden: Polity, 2011. p. 3.

4 Considerações finais

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 1º, estabeleceu “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Abrindo um diálogo fecundo com as culturas globalizadas, a invocação da fraternidade reafirma a responsabilidade interpessoal prevista no preâmbulo constitucional brasileiro.

Da *philia* grega à dimensão universalista cristã, a fraternidade chega à Revolução Francesa de 1789 em uma relação política animada por dois princípios que são fundamentos da democracia moderna: a liberdade e a igualdade. A fraternidade forma o tríptico da Revolução e tem expressão na reciprocidade entre seres humanos livres e iguais da nação francesa.

A família humana de espírito fraterno passa pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e se instala no seio do constitucionalismo contemporâneo, chegando ao preâmbulo constitucional brasileiro com força e eficácia e com respaldo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A fraternidade é o princípio regulador de dois outros princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor⁴⁰.

A fraternidade é considerada como princípio jurídico juntamente aos de liberdade e igualdade. Ao mesmo tempo, a fraternidade não pode ser reduzida ao conceito de solidariedade, porque esta não implica a ideia de uma efetiva paridade dos sujeitos em relação e não considera como constitutiva a dimensão da reciprocidade⁴¹.

A categoria da fraternidade é uma categoria essencialmente cristã de tradição judaica. Na realidade a realização interpessoal é a fraternidade como reciprocidade do ágape em Cristo, que pressupõe e expressa à liberdade do indivíduo sem discriminação, intolerância ou preconceito, e como tal se transforma em dedicação e diálogo frente aos migrantes. Mas os problemas oriundos dos fluxos migratórios deste milênio chegam às fronteiras brasileiras e o diferente, desprovido de recurso e sem lar, pode ser visto como um inimigo, o que estimula a violência e, muito embora a fraternidade esteja inserida no preâmbulo da constituição, já é momento de exigir a positivação expressa do *Princípio da Fraternidade* no corpo da Constituição.

Por muito que se queira forjar verdadeiramente a harmonia entre os povos, harmonia não significa uniformidade. A harmonia faz com que as coisas prosperem, enquanto a uniformidade faz com que se deteriorem.

A sociedade é plural e possui necessidades ilimitadas. Pessoas nascem em diferentes circunstâncias que precisam ser compensadas por serem moralmente arbitrárias. Ninguém escolhe estar em situação de vulnerabilidade com diferentes dotações de habilidades e competências (deficiências físicas e mentais, extrema pobreza, situação de refúgio, dentre outros). Diante das constantes mudanças paradigmáticas da sociedade, exige-se o manejo de políticas públicas que reafirmem a pessoa como sujeito titular de direitos. Além disso, o poder público, por meio de políticas públicas efetivas e inclusivas, precisa promover o *Princípio Jurídico da Fraternidade* como pilar fundamental para a formação do indivíduo.

Enfim, conclui-se pelo olhar fraterno de “proteção de toda a vida como um *dom* precioso do Senhor” que nos convida a uma “cultura da vida, reconciliação e fraternidade!”⁴².

⁴⁰ BAGGIO, Antônio Maria. *El principio olvidado: la fraternidad en la política y el derecho*. Trad. Honorio Rey. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2006. p. 54.

⁴¹ BAGGIO, Antônio Maria. *El principio olvidado: la fraternidad en la política y el derecho*. Trad. Honorio Rey. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2006. p. 282.

⁴² Papa Francisco, discurso em na Nunciatura Apostólica, em terras nipônicas 23 nov. 2019 – Nagasaki.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- AGIER, Michel. *Managing the undesirables: refugee camps and humanitarian government*. Malden: Polity, 2011.
- ARENDT, H. *La condicion humana*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: Ed. UnB, 1988.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BAGGIO, Antônio Maria. *El principio olvidado: la fraternidad em la politica y el derecho*. Trad. Honorio Rey. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2006.
- BARO, Villar e Garcia. *Pensar en la solidariedade*. Madrid: Civitas, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Desconeguts a la porta de casa*. Barcelona: Arcadis, 2017.
- BORGETTO, Michel. *La devise Liberté, Egalité, Fraternité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- BOSC, Yannick. Sur le principe de fraternité. *RévolutionFrançaise.net*. Disponível em: <https://revolution-francaise.net>. Acesso em: 22 nov. 2019.
- BRAHAMI, Frédéric; ROYNETTE, Odille (dir.). *Fraternidade: croquis de perspectivas*. Besançon, Paris: University Press of Franche-Comté e Annales littéraires da University of Franche-Comté, n. 858, 386, 2009.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2019.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CASSIN, Cassin. *La genesis de la carta de derechos del hombre*. Paris: Unesco, 1968.
- CICERO, Lelio de. *Amicitia*. São Paulo: Cultrix, 1964.
- COSTA, P. *Derechos en el Estado moderno en Europa*. Madrid: Trotta, 2004.
- DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ECO, Umberto. *Migración e intolerância*. Trad. Helena Lozano. Barcelona: Lumen, 2019.
- EINSTEIN, Albert. *Como eu vejo o mundo*. Oxford: Oxford University Press, 1935.
- FARIAS, José Fernando Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- IGREJA CATÓLICA. Disponível em: http://www.vatican.va/hoy.father/Benedict_XVI/encycals/documents/hf_ben XVI_2nc_20051225_deus-caritas_est_po.html. Acesso em: 18 nov. 2019.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- MACHADO, Carlos Augusto A. *A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance*. Curitiba: Appris, 2017.
- MARITAIN, Jacques. *Humanismo integral: uma visão nova da ordem cristã*. 5 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965.
- MORAES, Maria Cecilia Bodin. O princípio da solidariedade. In: *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes: direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Trad. Juremir Machado Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2004.
- PAPA FRANCISCO. *Papa aos bispos do Japão: defender toda a vida como dom precioso do Senhor*. 2019. Di-

Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/papa/news/2019-11/papa-encontro-bispos-japao-defender-vida-dom-precioso-senhor.html>. Acesso em: 23 nov. 2019.

PAPA FRANCISCO. *Santa missa pelas vítimas dos naufrágios*: Homília Do Santo Padre Francisco. 2013. Disponível em: http://www.vatican.va/content/francesco/pt/homilies/2013/documents/papa-francesco_20130708_omelia-lampedusa.html. Acesso em: 23 nov. 2019.

PAPA FRANCISCO. *Discurso do Santo Padre*: Nunciatura Apostólica. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2019/november/documents/papa-francesco_20191123_vescovi-tokyo.html. Acesso em: 24 nov. 2019.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Seguridad jurídica y solidaridad como valores de una sociedad avanzada*. Madrid: La Ley, 1991.

PUYOL, Angel. Sobre el concepto de fraternidad política. *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, Universitat Autonomo de Barcelona, 2018.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, 2004.

RUSSOMANO, Rosah. *Anatomia da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SMITS, J. *Dictionnaire de l'Académie Française*. Paris: l'Académie Française, 1762.

VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, Clarice G.; OLIVEIRA, Mariana S. C. O caráter humanista da Lei de Migrações: avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017.

WENDEN, Catherine Wihtol. As novas migrações. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 13, n. 23, 2016.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Judicialização descentralizada e individualizada da política: mudanças nas regras de tramitação de Medidas Provisórias a partir da Emenda Constitucional 32

Decentralized and Individualized Polity Judicialization: Changes in Provisional Measures' Procedural Rules since the Constitutional Amendment 32

Leandro Molhano Ribeiro

Mariana Novotny Muniz

Judicialização descentralizada e individualizada da política: mudanças nas regras de tramitação de Medidas Provisórias a partir da Emenda Constitucional 32*

Decentralized and Individualized Polity Judicialization: Changes in Provisional Measures' Procedural Rules since the Constitutional Amendment 32

Leandro Molhano Ribeiro**

Mariana Novotny Muniz***

Resumo

O artigo tem como objetivo analisar o caso do Mandado de Segurança nº 27.931, que judicializou uma das regras constitucionais referentes à tramitação de medidas provisórias, determinando o alcance da expressão “deliberações legislativas” (artigo 62, §6º, Constituição Federal). Por meio de análise qualitativa de documentos do Congresso (Questões de Ordem) e do Supremo Tribunal Federal (Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Mandados de Segurança) e, em diálogo com a literatura especializada, mostramos que esse caso exemplifica um tipo de judicialização pouco explorado no Brasil. Primeiro, o objeto de judicialização foi uma regra que diz respeito ao trâmite processual das Medidas Provisórias no Congresso, ou seja, as próprias regras estruturantes do jogo político foram judicializadas. Segundo, o caso mostra como, no contexto da decisão tomada por Temer, a possibilidade de que a questão fosse judicializada sempre esteve presente no cálculo dos atores políticos, fazendo com que o parlamentar atue como uma espécie de juiz constitucional ao antecipar posicionamentos do tribunal a respeito da questão política em disputa. Terceiro, o caso exemplifica uma decisão judicial individualizada e descentralizada da política, em que poucos atores (o Presidente da Câmara, um Deputado Federal e um Minsitro do STF) foram suficientes para promover uma mudança institucional relevante — já que as regras de medidas provisórias tem consequências importantes para dos poderes de agenda e de veto do Executivo e do Legislativo.

Palavras-chave: Judicialização da política. Processo decisório. Mudança institucional. Medidas Provisórias. Congresso Nacional. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This article aims to analyze the Security Mandate's n. 27.931 case, in which one of the Provisional Measures' procedural rules was judicialized, having

* Recebido em 11/03/2020
Aprovado em 06/04/2020

** Doutor em Ciência Política pelo IUPERJ/
UCAM. E-mail: leandro.ribeiro@fgv.br.

*** Graduada em Direito pela FGV. E-mail:
marinmuniz5@gmail.com.

the Brazilian Federal Court determined the meaning of the expression “legislative deliberations” (article 62, §6º, Federal Constitution). Through the qualitative analysis of documents from the National Congress and from the Brazilian Federal Supreme Court and in dialogue with the specialized literature, this article demonstrates that the case exemplifies a judicialization case not very explored by the Brazilian literature. Firstly, the object of the case was a rule concerning the provisional measures’ procedure in the National Congress, meaning that the very rules of the political system were judicialized. Secondly, the case shows how the possibility of the issue in question being judicialized was anticipated by the political actors involved, making them act as a type of constitutional judge. Thirdly, the case shows a decentralized and individualized polity judicialization, in which few actors were sufficient to promote institutional change.

Keywords: Polity judicialization. Decision-making process. Institutional change. Provisional measures. Brazilian National Congress. Brazilian Federal Supreme Court.

1 Introdução

A Constituição Federal inaugurou o instituto da medida provisória (MP), que se configurou como um instrumento nas mãos do Presidente da República equiparado aos decretos-leis existentes durante o período da ditadura militar: um ato normativo do Chefe do Executivo que tem força de lei, entrando em vigor logo após sua edição, mas cuja aprovação depende do Congresso Nacional. A diferença essencial entre os dois institutos é que, no caso da medida provisória, há necessidade de manifestação do Congresso para sua aprovação, enquanto, no caso dos decretos-lei, o silêncio do Congresso significava sua aprovação tácita.¹ Embora a Constituição fale que sua adoção se justifique em “casos de relevância e urgência”, a elevada edição de MPs desde 1988 indica que o instituto era um instrumento corriqueiro usado pelo governo para aprovar suas diferentes propostas de políticas públicas.²

Em 2001, foi aprovada a EC nº 32 que tinha como um de seus motivos explícitos limitar o uso excessivo de MPs. A EC nº 32 delimitou limitações importantes para a edição de medidas provisórias (MPs) pelo Presidente da República.³ A partir de então, caso uma MP não fosse apreciada no prazo de 60 dias, aconteceria sua “perda de eficácia”, que funciona como uma revogação tácita de tal medida. Procurava-se, assim, criar um desincentivo para que o Presidente editasse MPs em excesso. No entanto, ao mesmo tempo, foi introduzido o “regime de urgência”, de modo que — decorridos 45 dias da publicação da MP pelo Presidente — ela trancaria a pauta da casa legislativa em que estivesse tramitando, impedindo outras deliberações legislativas na casa.⁴ A edição de MPs, ao contrário do que esperado pelos congressistas, não diminuiu e, desse modo, a pauta das casas passou a ser constantemente trancadas pelos regimes de urgência das MPs.⁵ Ou seja, com a

¹ A interpretação da não apreciação das MPs como uma rejeição tácita foi discutida no próprio Congresso Nacional em 1989 e, posteriormente, foi confirmada pelo STF em 1990, na ADI 295. CALIMAN, Auro A. Leis delegadas e medidas provisórias: notas sobre a atividade legislativa do executivo no Brasil. *Revista Jurídica “9 de Julho”*, São Paulo, n. 2, p. 182-203, 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 295*. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Sessão de 22/06/1990. Diário de Justiça, Brasília, DF, 22 ago. 1997.

² FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999; FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos; SAEZ, Manuel. *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 25-32; ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

³ OLIVEIRA, João Paulo de. Medidas Provisórias na Emenda Constitucional 32. *Revista Virtual da AGU*, Brasília, ano 3, n. 18, 2002; ARGUELHES, Diego Werneck. *Old courts, new beginnings: judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil*. 2014. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Yale, New Haven, 2014.

⁴ De acordo com §6º da Emenda Constitucional 32/2001, “Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”.

⁵ ⁷ Sobre a implementação da EC 32 e suas consequências ver MACHIAVELI, Fernanda. *Medidas Provisórias: os efeitos não an-*

EC nº 32, não só o poder do Executivo sofreu limitações, mas também aquele do Congresso, que se deparou com o trancamento recorrente da pauta de ambas as casas legislativas dado o “regime de urgência” (artigo 62, §6º, CF).

Os presidentes da Câmara dos Deputados tentaram, em diversos momentos, reinterpretar a expressão “deliberações legislativas” inscrita pela EC nº 32 com o objetivo de delimitar o alcance do sobrestamento.⁶ A mais relevante de tais reinterpretações é a do então presidente da Câmara, Michel Temer. No dia 11 de março de 2009, Michel Temer, ao responder à Questão de Ordem 411, afirmou que deveria ser realizada uma interpretação sistêmica do termo, de modo que o trancamento só alcançasse os projetos de lei ordinária, que são aqueles cujos temas uma MP pode versar. Assim, outras atividades legislativas, como deliberações sobre projetos de lei complementar ou de emenda à Constituição poderiam ser livremente votados. Alguns dias depois (18 de março), entretanto, o deputado Ronaldo Caiado, membro da oposição, impetrou um mandado de segurança (MS nº 27.931)⁷ no Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a constitucionalidade da interpretação de Temer. No dia 27 do mesmo mês, o relator do MS, Celso de Mello, indeferiu o pedido de liminar, autorizando a nova interpretação. Somente 8 anos depois, em 29 de junho de 2017, o Plenário do STF decidiu a questão, afirmando a constitucionalidade do entendimento de Temer com apenas um voto contrário, o do Ministro Marco Aurélio.

Esse caso ilustra três aspectos importantes e que merecem ser mais explorados a respeito da judicialização da política no Brasil:

(1) O objeto de judicialização foi uma regra que diz respeito ao trâmite processual das Medidas Provisórias no Congresso. Vale ressaltar que tal regra interfere diretamente no gerenciamento do presidencialismo de coalizão, por definir os poderes de agenda do Presidente da República em sua relação com o Congresso. Em outras palavras, o alvo da judicialização nesse caso, é um tipo de política pública que estrutura as próprias regras do jogo político, reconhecido na literatura como *constituency policy*⁸ ou *polity*⁹ — esse aspecto será tratado na primeira seção.

(2) O caso mostra como, no contexto da decisão tomada por Temer, a possibilidade de que a questão fosse judicializada sempre esteve presente no cálculo dos atores políticos. Como será visto na segunda seção, houve um esforço de Temer em fundamentar sua decisão por meio de um raciocínio jurídico, expondo argumentos constitucionais para, ao mesmo tempo, afastar a interpretação até então vigente a respeito do sobrestamento de pauta e assegurar que a sua posição seria vencedora, caso contestada no STF. Esse aspecto é relevante por exemplificar uma dimensão do conceito de judicialização da política que merece ser analisada de forma detida: a linguagem constitucional usada pelo legislador para fundamentar sua decisão — caso em que o parlamentar atua como uma espécie de juiz constitucional, antecipando estrategicamente possíveis posicionamentos do tribunal a respeito da questão política em disputa.¹⁰

(3) O resultado final proferido pelo STF é a confirmação de uma decisão liminar dada pelo ministro Celso de Mello oito anos antes. O tempo gasto entre a decisão liminar e o resultado do Plenário exemplifica um tipo de poder individual que um ministro do STF tem para interferir no processo político decisório

tecipados da Emenda Constitucional 32 nas relações entre Executivo e Legislativo. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

⁶ MUNIZ, Mariana Novotny; RIBEIRO, Leandro Molhano. Imaginação, transgressão e formalização: ações do Congresso e do STF na definição de regras de tramitação de Medidas Provisórias. *Revista de Estudos Institucionais*, no prelo.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 295*. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Sessão de 22/06/1990. Diário de Justiça, Brasília, DF, 22 ago. 1997.

⁸ LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics, and choice. *Public Administration Review*, v. 32, n. 4, p. 298-310, 1972.

⁹ Este tipo de política seria uma dimensão denominada de “polity” e se refere às regras constitucionais estruturantes do sistema político. Ver tipologia elaborada por ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2019: trinta anos de constitucionalização permanente. In: SOUZA, André P.; M. FILHO, Naercio. *A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2019. p. 13-52.

¹⁰ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

brasileiro. Os poderes individuais dos ministros do STF não são uma novidade. Diversos estudos têm chamado a atenção para os poderes de veto e agenda que um ministro pode ter no processo decisório interno ao tribunal e o quanto sua ação individual afeta o resultado do processo político mais amplo.¹¹ O caso, por sua vez, mostra a importância de se considerar as regras formais e informais de tomada de decisão interna ao tribunal na explicação de uma judicialização da política que também foi individualizada no acesso ao tribunal. A terceira seção aborda esse aspecto e mostra que o resultado final da judicialização foi o produto de ações individualizadas e descentralizadas, por meio das quais dois parlamentares e um ministro foram suficientes para alterar o *status quo*.¹² Vale ressaltar que, nesse caso, um ministro do STF corroborou uma interpretação considerada inovadora do então presidente da Câmara a uma regra que havia sido estabelecida por Emenda Constitucional e que já tinha sido objeto de interpretações anteriores na Câmara. Isso significa que, dadas as regras formais e informais de decisão da Câmara dos Deputados e do STF e as condições de acesso de atores políticos ao Tribunal, ações individuais podem levar a mudanças institucionais relevantes.¹³

O artigo conclui, com uma breve análise de duas consequências, que uma judicialização individualizada e descentralizada pode provocar. Em primeiro lugar, o caso analisado ilustra a possibilidade de implementação de uma inovação institucional conduzida por poucos atores. Em um regime democrático, pressupõe-se que mudanças institucionais sejam o resultado de decisões majoritárias de atores do Executivo e Legislativo. A dificuldade de se promover mudanças no *status quo* está associada à dificuldade de obtenção de apoios majoritários, que variam em função do grau de divergência de preferências vigentes que podem e devem interferir no processo decisório, em função tanto da fragmentação de preferências existente (número de atores) como da distância ideológica entre eles.¹⁴ Além disso, os atores políticos não têm o poder ilimitado em democracias constitucionais, justamente porque há garantias inscritas na Constituição que ou não podem ser modificadas (como cláusulas pétreas, por exemplo) ou exigem super-maiorias (maiorias qualificadas) para serem alteradas.¹⁵ No processo de produção de políticas constitucionais, as cortes constitucionais assumem um papel de veto relevante como protetoras dos direitos constitucionalizados.¹⁶ Isso faz com que alterações do *status quo* em regimes democráticos aconteçam a partir do alinhamento de preferências de atores com poder de veto até que se alcance a maioria requerida. O caso analisado no artigo mostra que uma judicialização individualizada e descentralizada¹⁷ pode promover alterações do *status quo* sem as interações (ou alinhamentos) necessárias para formação de maiorias. Em segundo lugar, ao dar a palavra final no processo de decisão, o tribunal pode elaborar uma interpretação judicial que amplie seu poder. A expansão do poder

¹¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

¹² ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

¹³ MUNIZ, Mariana Novotny; RIBEIRO, Leandro Molhano. Imaginação, transgressão e formalização: ações do Congresso e do STF na definição de regras de tramitação de Medidas Provisórias. *Revista de Estudos Institucionais*, no prelo.

¹⁴ A dificuldade de alteração do status quo por atores relevantes é discutida por TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

¹⁵ Uma discussão a respeito das dificuldades de alteração de Constituições por causa da configuração das instituições democráticas pode ser encontrada em LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

¹⁶ A participação de cortes constitucionais no processo político decisório é muito discutida na literatura especializada. Nesse artigo fazemos referência sobretudo às discussões de SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000; BROUARD, Silvain; HÖNNIGE, Christoph. Constitutional courts as veto players: lessons from the United States, France and Germany. *European Journal of Political Research*, v. 56, p. 529-552, 2017; TAYLOR, Matthew. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007; TAYLOR, Matthew. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018; TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

¹⁷ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

de um tribunal constitucional pode ocorrer independentemente do tipo de judicialização, mas o caso ilustra que mesmo uma decisão judicial individual pode pavimentar o caminho para tal expansão.

2 Judicialização de uma regra do processo decisório

Normalmente, os objetos da judicialização são os direitos constitucionalizados, sendo a atuação do tribunal mais ou menos abrangente, dependendo da extensão de direitos contemplados na Constituição.¹⁸ No entanto, Ran Hirschl chama a atenção para uma expansão crescente dos tribunais constitucionais no escopo de suas atuações nas democracias contemporâneas. Segundo o autor, não apenas conflitos a respeito da “justiça procedimental” (ou seja, a contestação da violação dos ritos do devido processo legal) e de direitos civis e sociais são passíveis de contestações judiciais nas democracias atuais, mas também o que ele chama de “megapolítica”. Os casos de judicialização da megapolítica incluem a contestação nos tribunais de controvérsias fundamentais da coletividade política, como políticas macroeconômicas, políticas de segurança nacional, regras do processo eleitoral, corroboração de mudanças de regimes políticos e, principalmente, decisões relacionadas a questões de identidade coletiva e/ou construção nacional.¹⁹

A judicialização da megapolítica tal como definida por Hirschl abarca temas que Couto e Arantes²⁰ classificam como políticas públicas (*policy*) ou seja, resultados conjunturais de decisões do jogo político — e o que os autores denominam de *polity*, que são parâmetros estruturais da própria arquitetura política (como regras do processo político, por exemplo).²¹ Couto e Arantes chamam a atenção para o fato de que a Constituição brasileira de 1988 tem diversos dispositivos que podem ser classificados como políticas públicas.²² Ou seja, no caso brasileiro, muito do que seria resultante de decisões governamentais — e, portanto, resultado de interações políticas conjunturais — foi constitucionalizado. Isso amplia o número de assuntos que podem ser contestados judicialmente no STF, na medida em que não apenas ações governamentais consideradas contrárias a direitos fundamentais podem ser levadas ao tribunal, como também qualquer decisão política cujo conteúdo diga respeito à política pública constitucionalizada.

Entretanto, no caso analisado neste artigo, o objeto de judicialização não foi uma política pública, mas uma *regra* do próprio processo decisório (*polity*). Esse tipo de judicialização foi possível por conta do desenho institucional de acesso ao STF que permitiu que um parlamentar contestasse a decisão de Michel Temer por meio de mandando de segurança. O objeto de contestação é importante porque se refere a um tipo de política que define as regras do jogo político e, como tal, distribui poderes de agenda e de veto entre os atores relevantes. Como amplamente discutido na literatura política brasileira, a medida provisória é um instrumento que confere um forte poder de agenda ao Executivo no modelo presidencialista vigente.²³ Isso porque MPs têm eficácia imediata, o que torna extremamente custoso reverter os efeitos provocados por sua edição e impõe elevado custo para sua rejeição pelo Legislativo. Até a edição da EC nº 32, o Executivo podia reeditar indefinidamente MPs, o que lhe conferia elevado poder decisório. A EC nº 32 alterou as re-

¹⁸ HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, 2008.

¹⁹ HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, 2008.

²⁰ ARANTES, Rogério. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antonio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Konrad Adenauer; Unesp, 2007. p. 81-115; ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2019: trinta anos de constitucionalização permanente. In: SOUZA, André P.; M. FILHO, Naercio. *A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2019. p. 13-52.

²¹ Ou, como dito acima, o que é chamado de “constituency policy” por LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics, and choice. *Public Administration Review*, v. 32, n. 4, p. 298-310, 1972.

²² ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2019: trinta anos de constitucionalização permanente. In: SOUZA, André P.; M. FILHO, Naercio. *A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2019. p. 13-52.

²³ FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999; ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2019: trinta anos de constitucionalização permanente. In: SOUZA, André P.; M. FILHO, Naercio. *A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2019. p. 13-52.

gras de tramitação de MPs, redistribuindo os poderes de agenda e de veto entre o Executivo e o Legislativo e entre atores do governo e oposição. A partir de então, entre outras coisas, diversas matérias não poderiam mais ser objeto de MP; as MPs deveriam passar por uma análise prévia de constitucionalidade a ser realizada por uma Comissão Mista do Congresso; as MPs poderiam ser prorrogadas uma única vez; não poderia haver reedição de MP em uma mesma sessão legislativa; caso não apreciadas no prazo de quarenta e cinco dias a partir de sua publicação, a MP entraria em regime de urgência e sobrestaria todas as deliberações da Casa em que estivesse tramitando.²⁴

Assim, a decisão de Temer confirmada pelo ministro Celso de Mello recai justamente sob um aspecto importante dos poderes exercidos pelo Executivo e pelo Congresso no trâmite das MPs. Como será visto na seção seguinte, ao reinterpretar as ações no Congresso que deveriam ser classificadas como “deliberações legislativas”, Temer na verdade decidiu a respeito do alcance da regra definida na EC n° 32 a respeito do sobrestamento de pauta. Sua interpretação restringiu ações legislativas passíveis de trancamento e, consequentemente, aumentou a possibilidade de ação no Congresso. Em síntese, a judicialização da política analisada neste artigo, embora não foque em casos normalmente estudados de contestação de políticas públicas por meio de controle de constitucionalidade concentrado, foi decisiva para redefinir formalmente os poderes do Executivo e do Legislativo em aspectos importantes do processo político decisório que caracteriza do presidencialismo de coalizão brasileiro.

3 Atuação do legislador como juiz constitucional

A inclusão do sobrestamento da pauta no trâmite das MPs obrigaria o Congresso Nacional a apreciá-las em um prazo relativamente curto, sob o risco de ter suas atividades legislativas paralisadas. Logo após a implementação da EC n° 32, houve um aumento na edição de MPs, que passou de uma média de aproximadamente 40 MPs anuais entre 1995 e 2001, para uma média de cerca de 60 MPs entre 2002 e 2007.²⁵ Consequentemente, houve também um aumento do trancamento de pauta no Legislativo, que passou de 2,2% das sessões, em 2001, para 36%, em 2002.²⁶ Essa nova realidade fez com o que o destrancamento de pauta passasse a ser usado como moeda de troca nas negociações entre Executivo e Legislativo, Como afirma Machiaveli:

[...] a negociação entre as lideranças passa necessariamente pelo destrancamento da pauta como condição para votação de projetos do interesse parlamentar”. Nesse sentido, as MPs funcionam como instrumento de barganha nas negociações partidárias. O presidente já não precisa do apoio dos líderes para definir a agenda.²⁷

Essa situação levou a uma reação por parte dos parlamentares a respeito do significado e alcance do sobrestamento de pauta. Essa reação se deu basicamente por meio do questionamento dos Deputados Federais a respeito do significado do termo “deliberações legislativas” incluído no artigo 62 pela EC n° 32. As disputas interpretativas a respeito do que deve ser entendido como deliberações legislativas remonta ao mo-

²⁴ A redação do Art. 62 conferida pela Emenda Constitucional 32/2001 alterou profundamente o texto original. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.” (NR)

²⁵ MACHIAVELI, Fernanda. *EC 32: a disputa política em torno da regulamentação das medidas provisórias*. 32º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. GT 21 Estudos Legislativos.

²⁶ Almeida observa que a proporção de MPs não orçamentárias aumentou de 42% do total entre 1995 e 2001 para 49% entre 2001 e 2012. A autora ressalta, ainda, que entre 1995 e 2001 apenas 21,7% das MPs foram aprovadas com alteração, enquanto 58% o foram entre 2001 e 2012, dados que podem indicar que antes da Emenda Constitucional 32/2001 o governo tinha maior controle sobre o conteúdo final das MPs. Ver ALMEIDA, Acir. *Informação, delegação e processo legislativo: a política das Medidas Provisórias*. Texto para discussão – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2014.

²⁷ MACHIAVELI, Fernanda. *EC 32: a disputa política em torno da regulamentação das medidas provisórias*. 32º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. GT 21 Estudos Legislativos.

mento em que a EC nº 32 foi instituída e já evidencia o uso de da linguagem constitucional para fundamentá-las. Em 2002, na Questão de Ordem 688, foi questionado se as pautas das Comissões também estariam submetidas ao sobrestamento em caso de não apreciação de MP no prazo de 45 dias. Em resposta, o então presidente da Câmara dos Deputados, Aécio Neves, definiu que apenas o Plenário da Câmara, órgão responsável pela apreciação das MPs estaria sujeito ao trancamento. A fundamentação dada por Aécio Neves se baseou na defesa do que ele chamou de “interpretação teleológica e sistêmica” do texto constitucional:

mas já é consensual na doutrina jurídica que a missão do intérprete das espécies normativas não se exaure em apreciar apenas a literalidade do texto. Pelo contrário, a interpretação de uma norma jurídica, e notadamente a exegese de dispositivos constitucionais, requer a observância de outros aspectos que não somente o sentido literal, gramatical de determinado enunciado. Para desvendar o verdadeiro sentido da norma, é necessária a utilização de outros elementos interpretativos, entre os quais elementos de caráter teleológico e sistemático. Falo, obviamente, do sentido da intenção que orientou a decisão desta Casa. Cumpre, então, indagar a verdadeira finalidade do trancamento da pauta [...]

Ao sustar todas as deliberações da Casa Legislativa, o texto constitucional busca, na verdade, que a votação da medida provisória seja efetuada imediatamente pelo órgão responsável pela sua apreciação, no caso, o Plenário da Câmara dos Deputados, sem que seja preterida por qualquer outra deliberação deste mesmo Plenário.²⁸

Esse tipo de fundamentação foi reafirmado na resposta à Questão de Ordem 536, em 2005. O objeto específico da pergunta formulada era se a votação do processo de cassação do mandato do Deputado André Luiz por meio de uma resolução e a escolha de dois representantes do Legislativo para o TCU por decretos legislativos estariam sobrestados, já que uma MP estaria trancando a pauta do Plenário. O argumento levantado pelo Deputado José Carlos Aleluia era de que resoluções e decretos legislativos, como a perda de mandato (resolução) e a indicação para o TCU (decreto legislativo), não seriam propriamente uma “função legislativa”, definida como “aquela destinada a produzir normas gerais e abstratas, cujo fundamento repousa diretamente na Constituição”. Segundo o Deputado,

a regra do §6o do art. 62 dev[er]ia ser aplicada apenas aos atos de deliberação em procedimentos destinados ao exercício da função legislativa e não a toda e qualquer deliberação adotada pelas Casas do Congresso Nacional, pode ser entendido inclusive como uma redução teleológica, expediente largamente acolhido na jurisprudência pátria.²⁹

A interpretação de Aleluia foi deferida pelo Presidente da Câmara dos Deputados na época, Severino Cavalcanti, mas foi contestada pelo deputado André Luiz, por meio de um mandado de segurança impetrado no STF. O ministro Marco Aurélio, em decisão liminar, indeferiu o pedido de André Luiz e confirmou o entendimento da Mesa da Câmara. Observa-se, que, ao ser deferida pelo então Presidente da Câmara dos Deputados Severino Cavalcanti e confirmada pelo STF, a novo entendimento acerca da extensão da expressão “deliberações legislativas” acarretaria um alcance mais restrito do que a interpretação dada anteriormente por Aécio Neves, uma vez que, nesse caso, o termo passou a não contemplar as deliberações da Câmara não destinadas à produção legislativa.

Houve, em seguida, a QO 539, em que se pedia o esclarecimento da decisão tomada na QO 536. Mais uma vez, a Câmara afirmou que

o entendimento de que somente as deliberações legislativas, isto é, as deliberações de que resultam normas gerais, abstratas, impessoais, coercitivas e inovadoras do ordenamento jurídico, apenas essas são alcançadas pelo sobrestamento decorrente da não-apreciação das Medidas Provisórias pelo Congresso Nacional no prazo de quarenta e cinco dias.³⁰

²⁸ BRASIL. *Questão de Ordem 688/2002*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:3:::> Acesso em: 02 mar. 2020.

²⁹ BRASIL. *Questão de Ordem 536/2005*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:6:::> Acesso em: 02 mar. 2020.

³⁰ BRASIL. *Questão de Ordem 539/2005*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:8:::> Acesso em: 02 mar. 2020. Esse entendimento foi reafirmado em outras Questões de Ordem (541 em 2005, 680 e 681 em 2006, 53, 56 em 2007).

Mas a grande inovação institucional no que se refere ao sobrestamento foi produzida pela interpretação do então Presidente da Câmara, Michel Temer, à QO 411 em 2009. O Deputado Regis de Oliveira questionou se todos os itens do artigo 59, inclusive as resoluções, realmente estariam sujeitos ao trancamento de pauta. Em sua formulação, Oliveira argumentou que todos os atos normativos previstos no artigo 59 podem ser compreendidos como “deliberações legislativas”, excetuando-se as resoluções e, por isso, “quando da medida provisória trancar a pauta de deliberações da Câmara dos Deputados, não há tal providência em relação às resoluções, que prosseguem sua tramitação normal, inclusive inclusão na ordem do dia do Plenário, sem qualquer restrição.”³¹

Ao responder essa Questão de Ordem, Michel Temer afirmou que “além das resoluções, que podem ser votadas apesar do trancamento da pauta por uma medida provisória, também assim pode ocorrer com as emendas à Constituição, com a lei complementar, com os decretos legislativos e, naturalmente, com as resoluções.” Disse, ainda, que responderia à questão para que os argumentos apresentados que fundamentam essa decisão constassem das notas taquigráficas para “objeto de contestação, contestação da mais variada natureza, mesmo de ordem judicial.”³²

Ao justificar a adoção da nova interpretação, Temer apresentou um argumento de teor político e outro jurídico. O aspecto político ressaltado por Temer tem a ver com a constante paralisação dos trabalhos da Câmara por causa do sobrestamento de pauta provocado pela edição excessiva de MPs. Segundo ele,

se não encontrarmos uma solução no caso interpretativo do texto constitucional que nos permita o destrancamento da pauta, nós vamos passar, Deputadas e Deputados, praticamente esse ano sem conseguir levar adiante as propostas que tramitam por esta Casa que não sejam as medidas provisórias. Aqui, estou me cingindo a colocações de natureza política. Eu quero, portanto, dar uma resposta à sociedade brasileira, dizendo que nós encontramos aqui uma solução que vai nos permitir legislar.³³

Sua fundamentação jurídica, por sua vez, apoiou-se na divisão das funções primárias de cada Poder, Executivo, Legislativo e Judiciário. Segundo Temer, as interpretações anteriores teriam produzido um sistema de sobreposição do Executivo sobre o Legislativo por algumas razões, sendo elas: (i) o excesso de MPs editadas pelo Executivo; e (ii) a obstrução da pauta e, portanto, a inviabilidade do poder de agenda e funcionamento do Legislativo. Como atividade primária do Poder Legislativo, a atividade legislativa deveria ser exercida primordialmente por tal Poder, cabendo exceções, como é o caso da edição de MPs pelo Chefe do Poder Executivo. Acrescentou, ademais, que “toda vez que há uma exceção esta interpretação não pode ser ampliativa. Ao contrário. A interpretação é restritiva. Toda e qualquer exceção retirante de uma parcela de poder de um dos órgãos de Governo, de um dos órgãos de poder, para outro órgão de Governo só pode ser interpretada restritivamente.”

A questão, então, seria entender, a partir dessa premissa restritiva, como interpretar o termo “deliberação legislativa” dado pela nova redação do artigo 62. Ao responder essa indagação, Temer se apoiou em outra premissa, a de que a interpretação do texto constitucional deve ser uma interpretação sistêmica. Em outras palavras, que o dispositivo não poderia ser interpretado de forma literal, mas sim de acordo com o ordenamento jurídico (sistema) como um todo:

Quer dizer, eu só consigo desvendar os segredos de um dispositivo constitucional se eu encaixá-lo no sistema. É o sistema que me permite a interpretação correta do texto. A interpretação literal - para usar um vocábulo mais forte - é a mais pedestre das interpretações.³⁴

³¹ BRASIL. *Questão de Ordem 411/2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

³² BRASIL. *Questão de Ordem 411/2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

³³ BRASIL. *Questão de Ordem 411/2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

³⁴ BRASIL. *Questão de Ordem 411/2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

Assim, argumenta que “todas as deliberações legislativas” devem ser interpretadas a partir do que pode versar uma MP e conclui que:

então, em face dessas circunstâncias, a interpretação que se dá a essa expressão “todas as deliberações legislativas” são todas as deliberações legislativas ordinárias. Apenas as leis ordinárias é que não podem trancar a pauta. E ademais disso, mesmo no tocante às leis ordinárias, algumas delas, estão excepcionadas. O art. 62, no inciso I, ao tratar das leis ordinárias que não podem ser objeto de medida provisória estabelece as leis ordinárias sobre nacionalidade, cidadania, e outros tantos temas que estão elencados no art. 62, inciso I. Então, nestas matérias também, digo eu, não há trancamento da pauta. (as pautas serão trancadas nas sessões ordinárias, nada impedindo, nada impedindo, que em sessões extraordinárias votemos emendas à Constituição, lei complementar, decreto legislativo e resolução.)³⁵

O uso de argumentos jurídicos por Temer (e pelos Presidentes anteriores da Câmara) demonstra um fenômeno, descrito por Stone Sweet, como “tomada de decisão judicializada” pelo Legislativo.³⁶ Em outras palavras, um legislador que age como juiz constitucional, utilizando argumentos jurídicos para embasar e demonstrar a motivação de suas decisões. Tal fenômeno decorreria de uma linha cada vez mais turva de diferenciação entre a atividade legislativa e jurisdicional. Stone Sweet afirma que as interações intensas e constantes entre os legisladores e os juízes constitucionais teriam feito com que a atividade de legislar e o direito constitucional se tornassem altamente entrelaçados e interdependentes.³⁷

Desse modo, políticos eleitos, que podem (e na verdade, devem) tomar decisões com base no seu interesse partidário ou ideológico sem grandes explicações,³⁸ começam a se comportar como juízes constitucionais. Como apontado, esse comportamento é evidenciado pelo uso de razões jurídicas para embasar suas decisões, comportamento inerente à função jurisdicional, que demanda a devida fundamentação. De forma mais específica, há um evidente esforço — por parte de Temer — de demonstrar que a interpretação em questão está em harmonia com a ordem constitucional vigente por meio do que ele chama de “interpretação sistêmica” e que a interpretação anterior, por outro lado, violaria o Estado Democrático de Direito instituído em 1988.

A decisão de Temer e a forma como ela foi tomada no Congresso reflete três dimensões enumeradas por Stone Sweet como definidoras de uma atuação de tipo “juiz constitucional”:³⁹ (1) sua decisão produziu um contexto normativo em que deliberações constitucionais seriam tomadas; (2) sua decisão objetivou definir as regras do processo decisório no legislativo daquele momento em diante, conferindo às regras uma interpretação do que seria normativamente certo; (3) fundamentou sua decisão com um discurso constitucional — ou interpretação constitucional — para legitimar sua escolha. Ao fazer isso, apresentou os argumentos por meio de um raciocínio constitucional que, por um lado, antecipava possíveis contestações judiciais dos opositores à sua medida, e, por outro, fundamentava sua decisão como juridicamente correta, porque em sintonia como texto constitucional. Na formulação de Stone Sweet, Temer legislou como um julgador constitucional.⁴⁰ Ao fazer isso, como será visto na terceira seção, teve de se contrapor uma visão distinta da interpretação constitucional até então vigente a respeito do sobrestamento de pauta.

³⁵ BRASIL. *Questão de Ordem 411/2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

³⁶ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

³⁷ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

³⁸ Como legisladores são eleitos, sua função é justamente de tomar decisões com base em interesses partidários e dos seus eleitores. Ver SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

³⁹ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁴⁰ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

4 Antecipação estratégica

A participação do Judiciário no processo político — e especialmente na elaboração da política constitucional — é evidenciada não apenas pelas decisões tomadas pelos tribunais no exercício do controle de constitucionalidade, como também na incorporação das preferências dos tribunais e ministros nos cálculos dos atores políticos. Segundo Stone Sweet, nas interações entre legisladores e juízes constitucionais, as cortes constitucionais podem exercer um efeito imediato/direto ou indireto/pedagógico sobre o Poder Legislativo.⁴¹ O efeito imediato é o resultado das deliberações judiciais a respeito da constitucionalidade das leis. Essas deliberações, com o passar do tempo, provocam o que se pode chamar de efeitos indiretos. Ao expressar preferências do tribunal (ou ministros) a respeito de determinados assuntos, o posicionamento do tribunal (ou ministros) que passa a ser antecipado nos cálculos estratégicos dos legisladores. Ou seja, a possibilidade de contestação judicial das políticas elaboradas na arena legislativa (seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Executivo) faz com que os atores políticos considerem de antemão os possíveis posicionamentos dos tribunais.⁴² A possibilidade da participação do judiciário no processo decisório, por sua, leva os atores políticos, em suas interações e deliberações, a suas raciocínios e linguagens judiciais, numa tentativa de fazer valer suas preferências em casos de contestação judicial.

A preocupação com o posicionamento do STF pode ser identificada inicialmente em reunião realizada por Temer na véspera de sua decisão com o ministro das Relações Institucionais, José Múcio, o ministro da Defesa, Nelson Jobim, e o advogado geral da União, José Antonio Toffoli. Segundo a coluna painel editada na época pela jornalista Renata Lo Prete, Jobim teria dito que “o Supremo compra essa tese”.⁴³ Segundo noticiado pelo jornalista Juliano Basile no Valor Econômico, a tese de Temer teria sido bem recebida pelos ministros do STF. Posteriormente, Michel Temer anunciou previamente sua decisão aos líderes dos partidos na Câmara e soube, na reunião com os líderes, que ela seria questionada no Supremo. Temer chegou a noticiar isso ao dizer que “alguns Líderes se opuseram e até farão uma coisa, pelo menos anunciaram, extremamente útil, que é levar esta matéria ao Supremo Tribunal Federal para que o Supremo decida”⁴⁴. O presidente da Câmara foi além e acrescentou estar proferindo sua decisão de maneira didática para que “quem quiser interpor medida judicial contra esta minha decisão, a decisão da Presidência, retirará as notas taquigráficas e terá o elemento necessário para levar ao Supremo Tribunal Federal”. [...] “O que acho utilíssimo, porque a palavra final do Supremo...” (Temer não completa a frase).⁴⁵

Temer tinha consciência da mudança que sua interpretação acarretaria. Não por acaso, apresentou previamente sua posição a atores políticos experientes e sondou um possível um posicionamento do STF em relação à mudança que pretendia implementar. A fala abaixo mostra que o deputado tinha a judicialização do tema em seu horizonte:

ademais disso, a prudência recomenda que eu aguarde uma decisão do Supremo Tribunal Federal para convocar as sessões extraordinárias. Se houver uma liminar paralisando este meu ato, muito bem, eu não tenho o que fazer. Se não houver uma liminar não paralisando o ato, eu volto a reunir os Srs. Líderes para discutir esta matéria.

⁴¹ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁴² Essa é uma dimensão importante porque indica o quanto a judicialização do processo político está internalizada pelos atores políticos. É possível imaginar cenários nos quais decisões passadas tenham efeitos dissuasivos no processo político do presente e nem por isso a política deixou de ser judicializada. Ao contrário, nesses casos, a ausência de ações nos tribunais constitucionais seria um indicador de judicialização da política justamente porque as preferências dos tribunais foram antecipadas.

⁴³ PAINEL da Folha: Temer consultou Sarney e ministros sobre brecha em MPs. *Folha Online*, 2009. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2009/03/536563-painel-da-folha-temer-consultou-sarney-e-ministros-sobre-brecha-em-mps.shtml>. Acesso em: 03 mar. 2020.

⁴⁴ BRASIL. *Questão de Ordem 411/2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

⁴⁵ BRASIL. *Questão de Ordem 411/2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

Assim que Michel Temer profere seu discurso anunciando a nova interpretação, Ronaldo Caiado e Miro Teixeira pedem a palavra. Caiado diz que recorrerá à decisão no STF. Miro Teixeira faz um pedido para que Caiado, ao judicializar a Questão de Ordem 411, não pedisse liminar e que o ato de Temer fosse considerado um ato da mesa para ampliar as possibilidades de judicialização da nova interpretação

Se eu tivesse de me opor judicialmente não pediria uma liminar, não tentaria precipitar uma discussão, até porque V.Exa. (Temer) disse que nada fará antes de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Então, que não se peça a liminar, essas pressas aí às vezes prejudicam o debate [...]

E é sobre resposta à questão de ordem que se pretende que se vá ao Supremo? Eu imagino até que nesse, em sede de resposta à questão de ordem, o Supremo poderá dizer que ainda é matéria interna corporis.

Quero sugerir a V.Exa., com a disposição que revela de colocar o assunto em debate, antes mesmo de aplicar aqui a regra, que o faça como ato da Mesa, para permitir que outros instrumentos sejam usados, junto ao Supremo Tribunal Federal, alegando a transgressão a texto constitucional⁴⁶.

Caiado reafirma que judicializará a questão e que recorrerá também à Comissão de Constituição e Justiça. Miro Teixeira, antecipando a possibilidade de a decisão final ser dada individualmente, afirma:

se uma norma constitucional é revogada monocraticamente, qual é a garantia do cidadão comum e do Estado Democrático de Direito, tão decantado aqui? A interpretação do Presidente? Dos próximos? Que garantia legal nós temos?⁴⁷

A decisão de Michel Temer se deu sob impacto indireto do STF. O caso ilustra a incorporação por Temer dos possíveis posicionamentos do Tribunal em relação ao sobrestamento de pauta, no cálculo estratégico de suas interações com os demais parlamentares. Parece que a antecipação do possível posicionamento do STF foi importante não apenas para o conteúdo da decisão que seria proferida por Michel Temer, como também pela forma como ele conduziu a apresentação de sua decisão na Câmara. A identificação de convergência por Temer entre sua posição e a do STF — pelo menos da maioria dos ministros do tribunal — levou-o a expor a justificativa da decisão de modo a “facilitar” a aceitação de sua interpretação no tribunal. Por calcular que o STF concordaria com sua decisão, Temer identificou um forte aliado para consolidar sua interpretação a respeito da tramitação de MPs — afinal a decisão do STF seria a palavra final sobre o assunto. Esse resultado não passou despercebido por alguns atores que chegaram a propor formas diferentes de encaminhamento da decisão para de alguma forma não “fechar” a questão pelo STF.

5 Judicialização individualizada e descentralizada da política

Além do que foi discutido até o momento, a preocupação do deputado Miro Teixeira exposta acima chama a atenção para aspectos da individualização e descentralização da judicialização da política que merece ser melhor estudado.⁴⁸ A judicialização da política normalmente é discutida como um fenômeno bidimensional. Por um lado, expressa algum tipo de tomada de decisão normativa que transfere poderes legislativos para os tribunais — particularmente para os tribunais/cortes constitucionais.⁴⁹ Por outro, como visto anteriormente, refere-se à adoção de linguagens e métodos de decisão judicial por parte de atores políticos do

⁴⁶ BRASIL. *Questão de Ordem 411/2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

⁴⁷ BRASIL. *Questão de Ordem 411/2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10:::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

⁴⁸ Essa seção se baseia em grande parte no mapeamento teórico das possibilidades de judicialização da política elaborado por ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

⁴⁹ Neste trabalho consideramos apenas a atuação de tribunais constitucionais. Assim, usaremos os termos corte(s) ou tribunal(is) para nos referir a tribunais constitucionais.

legislativo e do executivo.⁵⁰ É por meio do primeiro sentido indicado acima que normalmente os tribunais constitucionais são incorporados na literatura especializada como atores relevantes no processo político decisório.⁵¹ Segundo a formulação que pode ser considerada consensual na literatura, a política se judicializa a partir do momento em que os tribunais agem, por meio do exercício do controle de constitucionalidade, para julgar propostas governamentais — legislação, decisões administrativas — e conflitos entre os atores políticos do legislativo e executivo decorrentes do processo de elaboração de políticas públicas.⁵²

O controle de constitucionalidade autoriza os tribunais a julgar se as políticas propostas pelos atores políticos estão ou não de acordo com a Constituição. Por isso, a ação dos tribunais pode anular propostas e ações políticas, mesmo que elas contem com o apoio de uma maioria no legislativo/executivo — havendo, assim, a manutenção do *status quo*. Nesses casos, os tribunais agem como uma espécie de legislador negativo. Há estudos, no entanto, que apontam para uma possível atividade legislativa por parte dos tribunais, na medida em que estes podem interpretar o conteúdo normativo das propostas elaboradas pelos poderes legislativo ou executivo e implementar alguma medida ou alteração não prevista pelos atores políticos. Nesses casos, os tribunais estariam exercendo uma espécie de ativismo judicial, ao extrapolar as atribuições de um mero árbitro dos conflitos entre atores políticos.⁵³ Como afirma Stone Sweet, a política constitucional tem um duplo efeito legislativo como legislação negativa pelo lado da demanda, em que atores políticos recorrem aos tribunais para impedir a alteração do *status quo* e um possível ativismo pelo lado da oferta, em que juízes podem fazer valer suas preferências políticas ao exercer o controle de constitucionalidade.⁵⁴

A forma e o grau da interferência dos tribunais no processo de implementação de políticas se relacionam, por sua vez, com os seguintes fatores: a extensão de temas passíveis de serem contestados nos tribunais; a configuração do desenho institucional do controle de constitucionalidade vigente e das formas pelas quais o tribunal pode atuar e ser acessado; e, também, com características do processo decisório interno do tribunal.⁵⁵ No que se refere ao primeiro caso, é consensual na literatura que a constitucionalização de direitos civis, políticos e sociais nas democracias constitucionais atuais permite uma ampla atuação dos tribunais. No caso brasileiro, por exemplo, Vilhena chama a atenção para o fato de que o “compromisso maximizador” de regulamentar de forma pormenorizada temas de relações sociais, econômicas e públicas na Constituição potencializou o litígio constitucional de tal forma que Supremo Tribunal Federal se tornou um dos principais atores do processo político — praticamente qualquer alteração do *status quo* pode ser objeto de contestação

⁵⁰ Esse aspecto bidimensional foi apresentado por Tate e Valinder no artigo “Judicialization and the Future of Politics and Policy”, publicado em 1995 (VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. Judicialization and the future of politics and policy. In: VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: NYU Press, 1997). Uma revisão da bibliografia a respeito dessas dimensões, com indicação de estudos nesse sentido no Brasil encontra-se em MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002.

⁵¹ A literatura a respeito da atuação de cortes constitucionais no processo decisório é extensa. Referências importantes sobre o tema podem ser encontradas na discussão de cortes constitucionais como atores de veto feita por Brouard e Hönnige (BROUARD, Silvain; HÖNNIGE, Christoph. Constitutional courts as veto players: lessons from the United States, France and Germany. *European Journal of Political Research*, v. 56, p. 529-552, 2017). Uma compilação da literatura a esse respeito, com implicações para o estudo de casos no Brasil pode ser encontrada em DA ROS, Luciano. Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In: ENGELMAN, Fabiano. *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 57-97; ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

⁵² O aspecto “ativista” do comportamento judicial mencionado logo adiante no texto é inclusive uma condição da judicialização da política na elaboração clássica de Tate e Valinder (VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. Judicialization and the future of politics and policy. In: VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: NYU Press, 1997). A possibilidade de atuação legislativa por parte de juízes constitucionais é afirmada também por Stone Sweet (SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000).

⁵³ KMEIC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, out. 2004.

⁵⁴ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁵⁵ Uma discussão a respeito das possibilidades de judicialização da política no Brasil, a partir de fatores explicativos do fenômeno encontrados na literatura sobre o tema pode ser vista em ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

no Tribunal.⁵⁶ Arantes e Couto mostram, a partir de dados coletados no projeto *Comparative Constitutions* (2016), que a Constituição brasileira é a terceira maior em uma lista de 190 países. Isso significa que diversos temas podem ter sua constitucionalidade questionada no STF.⁵⁷

Mas, no Brasil, a possibilidade de atuação do STF no processo decisório é ampliada por conta, entre outros fatores, do desenho híbrido do controle de constitucionalidade vigente e as diversas possibilidades de atuação do tribunal por meio de classes processuais que não se referem ao controle de constitucionalidade. Segundo Falcão, Arguelhes e Cerdeira, é possível encontrar três funções distintas exercidas pelo STF: (i) a função típica de um tribunal constitucional em processos de controle concentrado em abstrato de constitucionalidade, que os autores classificam de constitucionais;⁵⁸ (ii) a atuação de controle de constitucionalidade de casos concretos em processo recursais;⁵⁹ e (iii) a atuação em processos ordinários, que, segundo os autores que agrupa as demais possibilidades de atuação do STF.⁶⁰

Relacionado a essas formas de atuação o desenho dos mecanismos de acesso de um tribunal, é importante, entre outros motivos, por definir os atores que podem acessar os tribunais e, assim, tentar vetar mudanças ou promover alterações no *status quo* ou simplesmente sinalizar suas preferências a demais atores. Conjugado à forma de acesso, o desenho institucional define os recursos processuais pelos quais os diferentes atores (por exemplo, cidadãos em geral, partidos políticos, entidades de classe etc.) podem acionar um tribunal. Ademais, há a definição do quanto e como os tribunais podem influenciar no processo decisório (por exemplo, atuação no controle abstrato ou concreto de constitucionalidade⁶¹. No Brasil, por exemplo, diversos atores coletivos e individuais podem acionar o STF por meio das mais diferentes classes processuais para interferir no processo político decisório do país,⁶² seja por meio do exercício de funções típicas do controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, seja por meio dos demais processos ordinários, como apresentado acima.

Por fim, as regras internas de decisão de tribunal são importantes porque podem conferir maior ou menor poder a ação individual dos ministros. Como mostram Arguelhes e Ribeiro,⁶³ os poderes dos tribunais constitucionais podem ser exercidos de forma coletiva — decisões colegiadas (turmas e/ou plenário, por exemplo) — ou de forma individual, situação na qual um ministro é suficiente para exercer o poder decisório. A ação individual, por sua vez, pode ser classificada como centralizada, ou seja, definida pelo desenho institucional do tribunal — os poderes do presidente ou do relator de um caso, por exemplo — ou como descentralizada, em que qualquer ministro pode exercer o poder, a partir da sua condição de ministro. No Brasil, a conjugação das regras formais e informais do processo decisório interno do STF com as formas de acesso e as diferentes atuações que o tribunal pode exercer ensejam tipos distintos de judicialização da política, mais coletivas ou mais individualizadas.⁶⁴

⁵⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

⁵⁷ ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2019: trinta anos de constitucionalização permanente. In: SOUZA, André P.; M. FILHO, Naercio. *A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2019. p. 13-52.

⁵⁸ As classes processuais relacionadas a atuação do STF nesse sentido seriam, segundo os autores, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Mandado de Injunção (MI) e Proposta de Súmula Vinculante (PSV).

⁵⁹ Função que seria exercida por meio dos Agravos de Instrumento (AI) e os Recursos Extraordinários (RE).

⁶⁰ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego. *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

⁶¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

⁶² Normalmente há delimitações de uso de classes processuais por atores. Ou seja, nem todos os recursos de acesso aos tribunais podem ser usados por todos os atores. Para maiores detalhes sobre a relação entre desenho institucional do STF e judicialização da política no Brasil especificamente ver ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

⁶³ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'Ministrocracia'? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018.

⁶⁴ É possível que atores políticos e individuais acessem o STF e a decisão do tribunal seja coletiva (plenário) ou individual (centrali-

O MS nº 27.931 é um caso de judicialização da política individualizado nas duas pontas: um parlamentar impetrou um mandado de segurança que foi decidido por meio de uma liminar monocrática do Ministro Celso de Mello. Somente após oito anos do indeferimento da liminar, em 2017, o plenário se pronunciou a respeito, decidindo permanentemente pela denegação. É importante destacar que o controle brasileiro de constitucionalidade segue o modelo repressivo, de modo que a regra seja de que somente leis já promulgadas podem ser anuladas pelo STF. Seguindo essa lógica, apenas leis que fossem promulgadas após terem sido votadas em circunstâncias nas quais a pauta da casa legislativa deveria estar fechada por alguma MP poderiam ser questionadas perante o tribunal por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Assim, somente poderia haver uma interpelação judicial após alguma lei promulgada sob a nova interpretação de Michel Temer. Entretanto, o STF possui entendimento que possibilita um controle preventivo do processo legislativo, isto é, antes que a lei seja de fato promulgada com quaisquer vícios formais ou materiais.⁶⁵ Essa interpretação ocorreu em 1980, quando, ao julgar o MS nº 20.257⁶⁶, o ministro Moreira Alves apresentou uma tese ousada que persiste até hoje. Segundo o Ministro, como também há dispositivos constitucionais que regulam o processo legislativo, seria necessário aplicar a Constituição às próprias regras das deliberações legislativas. Desse modo, os parlamentares teriam um direito individual de participar apenas de procedimentos que respeitassem as regras estabelecidas pela Constituição. Abriam-se os caminhos não só para o controle preventivo de leis, mas também para uma judicialização mais individualizada.

Assim, qualquer parlamentar teria (e tem) legitimidade para ajuizar um mandado de segurança individualmente ao STF se considerar que o processo viola alguma norma constitucional e, portanto, seu direito individual como membro de um órgão parlamentar de participar de deliberações somente conforme previsto pela Constituição. O questionamento da constitucionalidade por vício no procedimento legislativo, que — segundo o texto da Constituição de 1988 — só poderia ser feito por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por alguns agentes legitimados. Poderia, a partir de então, ser questionado por cada parlamentar de forma individual, seguindo os moldes do MS.⁶⁷

A jurisprudência do Tribunal alterou, portanto, de maneira significativa, o desenho institucional no que concerne o acesso ao STF, tendo em vista que possibilitou o controle preventivo e, simultaneamente, aumentou o acesso à Corte por atores individuais por meio de outra classe processual que não a ADI. O acesso à Corte foi expandido e, com isso, o STF também aumentou sua área de atuação, podendo interferir no processo legislativo, como no caso da interpretação de Michel Temer. Do outro lado, a estrutura do processo decisório interno do Tribunal potencializa a descentralização já que permite que um ator individual, no caso o Ministro Celso de Mello, decida sem o aval de uma das turmas ou do plenário.⁶⁸ No dia 27 de março de 2009, apenas nove dias após o MS ter sido impetrado (18 de março de 2009) por Ronaldo Caiado, Celso de Mello indeferiu o pedido de liminar do mandado de segurança. A impetração de um MS pressupõe urgência, sendo a medida cautelar um instrumento importante para essa classe processual de modo a assegurar a celeridade da decisão, mesmo que passível de reversão posteriormente. Cabe, então, ao relator do MS a decisão de conceder ou não a liminar.

Tal poder seria, por si só, neutro, já que estaria sujeito à supervisão do colegiado⁶⁹. Entretanto, o caso evi-

zada ou descentralizada). Ver ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

⁶⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Direito GV*, v. 12, n. 2, 2016.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar do Mandado de Segurança 20.257*. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, DF, 08 out. 2010.

⁶⁷ Segundo o artigo 103 da Constituição Federal, há apenas nove agentes com legitimidade para propor uma ADI perante o STF. Do Legislativo Federal, apenas a Mesa da Câmara dos Deputados ou um partido político com representação no Congresso Nacional têm tal legitimidade.

⁶⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

⁶⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. 'The Court, it is I? Individual judicial powers in the Brazilian

dencia uma grave disfuncionalidade do Tribunal, tendo em vista que uma decisão individual, que deveria ser temporária torna-se permanente devido à demora do plenário em se manifestar — essa demora cria um alto custo de reversão pelo Plenário. Conforme dito anteriormente, somente em 29 de junho de 2017, oito anos após a decisão liminar, o pleno se manifestou e denegou o MS nº 27.931. Assim, verifica-se que os ministros têm um grande poder de alteração ou manutenção do *status quo*, exercendo tal poder de maneira individual e descentralizada. De fato, a liminar monocrática indeferida por Celso de Mello mostra uma face da judicialização diversa daquela tradicionalmente estudada, quando o STF toma decisões a partir de deliberações colegiadas. A decisão liminar que referendou o entendimento de Michel Temer tem um teor individualizado e descentralizado⁷⁰. Trata-se de uma decisão individualizada porque independe de manifestações do colegiado e descentralizada porque está disponível aos ministros pela simples condição de ser ministro. Diferencia-se de uma decisão centralizada, pois não está vinculada a uma posição institucional fixa, como a do presidente do tribunal — sendo exclusiva a Celso de Mello no caso em questão por ele ser relator do MS⁷¹.

Pode-se questionar se a demora de oito anos para a deliberação do Tribunal teria sido intencional, ou seja, se houve demora intencional para Mello colocar o MS na pauta e/ou se foram feitos pedidos de vista com objetivo de esperar um quadro favorável de deliberação. Parece, entretanto, ser mais um caso de demora não intencional: como o indeferimento da liminar já havia servido como uma “confirmação” do entendimento de Temer, desde 2009, a Câmara já não tinha mais sua pauta completamente sobrestada pelo regime de urgência de MPs. O tempo passado entre a liminar, que confirmou a alteração de *status quo*, e a decisão do STF tornaram o custo de reversão elevado. Ainda que tenha sido o caso de uma demora não intencional, os oito anos que se passaram podem ter funcionado como uma espécie de incentivo para que o MS fosse denegado.

Uma breve linha do tempo do MS nº 27.931, após o indeferimento da cautelar por Celso de Mello, parece indicar que a demora não teve objetivos secundários. Oito meses após o indeferimento da liminar, Celso de Mello colocou o MS em pauta, período que não pode ser considerado excessivo. Assim, não parece que Mello teria atrasado o julgamento de modo a obter uma votação favorável. No dia 16 de dezembro de 2009, iniciou-se o julgamento, interrompido por pedido de vista de Carmen Lúcia. A ministra, por sua vez, devolveu os autos para julgamento apenas em 2012, três anos depois. Em 2015, passados mais três anos, reiniciou-se o julgamento, suspenso novamente por pedido de vista de Luís Roberto Barroso, que o devolveu 5 meses depois. A demora do pedido de vista de Carmen Lúcia, embora curiosa, não aparenta ter objetivos de elevar custos de reversão, tendo em vista que ela votou no sentido de denegar o MS, assim como todos os demais, com exceção de Marco Aurélio. No dia 29 de junho de 2017, dois anos depois, o tribunal denegou o MS, confirmando o entendimento de Temer.

Mesmo não havendo uma demora intencional no julgamento, seja pelo relator ou pelos pedidos de vista de Carmen Lúcia e Luís Roberto Barroso, vale ressaltar como a demora de julgamentos após liminar é uma disfuncionalidade do Tribunal. A liminar, que deveria ser um instrumento para resolver temporariamente uma situação de “urgência”, acaba por ter o poder de alterar o *status quo* de forma permanente devido aos altos custos que sua não confirmação pelo Tribunal gera. Como apontado por Arguelhes e Ribeiro⁷², a distinção entre “decisões liminares” e “decisões finais” perde relevância prática quanto aos seus efeitos sobre a política, considerando-se que as liminares se tornam permanentes e os ministros têm um peso institucional equivalente ao de todo um tribunal.

Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*, v. 7, p. 236-262, 2018.

⁷⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘Ministrocracia’? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018.

⁷¹ No artigo “Ministrocracia”, Arguelhes e Ribeiro chamam atenção ao pedido de vista e à colocação do processo em pauta pelo relator como instrumentos de poder individual descentralizado à disposição dos Ministros. Ver ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘Ministrocracia’? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018.

⁷² ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 121-155, 2016.

6 Interpretações vinculantes e a autoexpansão dos poderes do STF

Em seu voto, no julgamento do MS nº 27.931, o Ministro Barroso⁷³ afirma que deveria haver uma superação da literalidade do texto. Em vez de declarar o §6º da EC 32 inconstitucional, o STF deveria adequá-lo à Constituição, tendo em vista existir uma preferência de realizar uma interpretação conforme. A interpretação conforme a Constituição, que foi enunciada pelo Ministro, sendo a tese vencedora no julgamento, é uma técnica hermenêutica segundo a qual, no caso de haver mais de uma interpretação possível de dado dispositivo, deve-se escolher aquela que seja compatível com o ordenamento jurídico. Assim, há uma presunção — dos juízes — de que o legislador teria buscado positivar uma norma constitucional, ou seja, há uma presunção de constitucionalidade da lei.⁷⁴

Entretanto, no caso em questão, a interpretação tem uma “dupla face”, conforme já apontou Arguelhes em artigo para o *Jornal Correio Braziliense*,⁷⁵ a decisão não representa somente uma vitória para o então Presidente da Câmara, mas também uma expansão — pela Corte — de seus próprios poderes. Em vez de O STF afirmar que a interpretação é válida por se encontrar dentro da esfera de escolha do Legislativo e, portanto, do Presidente da Câmara, a Corte optou pela tese de que a provisão legislativa só poderia ser considerada constitucional se fosse interpretada exatamente como Temer o fez e foi ratificado pela Corte. Em outras palavras, os ministros decidiram que somente *uma* interpretação do texto legislativo, aquele anunciado pela Corte, salva o texto de ser declarado inconstitucional, levando em consideração que somente tal interpretação estaria em consonância com a Constituição de 1988. Desse modo, a Corte entende que qualquer decisão relacionada não estaria dentro da margem de escolha do próprio Poder Legislativo, mas sim que tais decisões devem passar pelo crivo da Corte num último momento.

Em seu voto, o ministro Barroso revela — inclusive — certo desconforto na superação da literalidade do dispositivo, que daria lugar à interpretação conforme. Consoante o que foi dito anteriormente, a técnica hermenêutica é usada em casos nos quais há mais de uma interpretação possível de dado dispositivo, presumindo-se pela interpretação que permite a preservação do dispositivo na ordem jurídica. Acontece, no entanto, que o parágrafo 6º do artigo 62 parece ser bastante claro ao dispor que ficam “sobrestadas [...] *todas* as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando” (grifos adicionados). Desse modo, a interpretação sugerida por Temer e ratificada pela Casa não parece ser uma interpretação proveniente do texto (dada a palavra “todas” ao se referir às deliberações legislativas), mas sim uma interpretação demasiadamente criativa: um caso de imaginação política formalizado pelo STF⁷⁶.

É difícil imaginar que o legislador, ao promulgar a EC 32, teria dado ao dispositivo a redação disposta caso pretendesse a interpretação que prevalece atualmente. Parece que o dispositivo foi uma reivindicação da oposição quando da discussão da EC 32 para obrigar o Congresso a deliberar e, ao mesmo tempo, permitir que as minorias tivessem participação no processo legislativo de exame das MPs. Entretanto, é provável que os parlamentares não tenham previsto os contornos da regra, ou seja, que as pautas legislativas se encontrariam recorrentemente trancadas com a continuação da edição excessiva de MPs. Imaginava-se, na verdade, que o trancamento ocorreria somente em situações excepcionais.⁷⁷ Houve, no entanto, deputados que manifestaram preocupação com a regra, já prevendo os efeitos que procederam à promulgação da EC.

⁷³ Vídeo “Pleno - Trancamento de pauta da Câmara por MPs não alcança todos os projetos e propostas”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vZ3kMZBvpuE>. Acesso em: 03 mar. 2020.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. 2018. p. 1411.

⁷⁵ ARGUELHES, Diego. A dupla face das decisões do STF. *Correio Braziliense*, Caderno Opinião, abr. 2009.

⁷⁶ SHEPSON, Kenneth A. *Rule breaking and political imagination*. Chicago: The University Chicago Press, 2017; MUNIZ, Mariana Novotny; RIBEIRO, Leandro Molhano. Imaginação, transgressão e formalização: ações do Congresso e do STF na definição de regras de tramitação de Medidas Provisórias. *Revista de Estudos Institucionais*, no prelo.

⁷⁷ PIREZ, Ednilton Andrade. *As medidas provisórias e o sobrestamento das demais deliberações legislativas*. 2008. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Processo Legislativo, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, 2008.

Na Reunião da Comissão Especial da PEC, o então ministro do STF Sepúlveda Pertence, por outro lado, afirmou que o dispositivo seria um mecanismo vantajoso tanto para o Congresso, quanto para o Executivo:⁷⁸

vale dizer, o condão de constringer a Maioria parlamentar, de levá-la a deliberar, na medida em que paralisa a atividade do Congresso à vésperas da caducidade da medida provisória, o que é bom, na medida em que dá eficácia ao poder do Congresso; bom, na medida em que dá eficácia à responsabilidade que o Congresso deve assumir, responsabilidade que, na democracia, há de ser sua, em última instância, de deliberar efetivamente a respeito. E, finalmente, bom para o governo, na medida em que força a uma decisão de urgência. Sem isso, repito, abre-se campo a efeito mais perverso dos dois mecanismos, tanto do decreto-lei quanto da prática da medida provisória, que é a da obstrução da Maioria.⁷⁹

Assim, quando começasse o prazo de urgência (após 45 dias da publicação da MP), as demais deliberações legislativas ficariam suspensas até que houvesse a votação da MP. Caso a Emenda de 2001 tivesse alcançado seu objetivo de limitar a edição de MPs pelo Chefe do Poder Executivo, conforme seu objetivo declarado, o regime do prazo de urgência poderia ter funcionado, já que não haveria uma constante e frequente paralisação das atividades legislativas. No entanto, o uso parcimonioso do instrumento normativo, somente “em caso de urgência e relevância”, não aconteceu e o parágrafo positivado levou à perda do controle da pauta legislativa pelos parlamentares e à neutralização da regra que possibilitava a perda de eficácia. Se, por um lado, havia a possibilidade — pelo texto constitucional — de os parlamentares não deliberarem sobre MPs sem que isso tivesse custos, levando à perda de eficácia; por outro, na prática, isso teria altos custos para o Congresso, já que suas atividades seriam paralisadas até o fim do regime de urgência (15 dias).

Foi como um tiro no pé dos parlamentares: eles abriram mão de seu poder de agenda, deixando o controle da pauta legislativa à mercê do Presidente da República. Foram salvos, então, pela interpretação de Temer formalizada pelo STF, que possibilitou que o Congresso recuperasse seu poder de agenda e pudesse não deliberar sob MPs de temas politicamente sensíveis ou inoportunos sem que houvesse grandes custos para tal.

7 Considerações finais

O caso de judicialização individualizada apresentado acima ilustra aspectos importantes do processo político decisório que pode explicar casos específicos de inovações institucionais em regimes democráticos. Diversos estudos na área de políticas públicas chamam a atenção para a dificuldade de se implementar, em regimes democráticos, medidas cujo propósito é alterar fortemente o *status quo* — ou seja, a dificuldade de se implementar mudanças inovadoras.⁸⁰ Isso ocorre em grande medida por causa da exigência de formação maiorias requeridas nas arenas decisórias para a implementação de políticas — sejam elas maiorias simples, absoluta ou qualificada. Essa dificuldade está associada à pluralidade de interesses e preferências dos diferentes atores individuais e coletivos que participam do processo decisório. Além disso, regimes democráticos, em geral, distribuem poderes de veto entre atores alocados em diferentes instâncias institucionais justamente para evitar que maiorias sejam tirânicas e infrinjam os direitos de minorias. Uma solução contramajoritária concebida nas democracias constitucionais para frear possíveis ações tirânicas das maiorias é justamente a possibilidade de contestação judicial das decisões majoritárias. O controle de constitucionalidade exercido por tribunais constitucionais assume, assim, um papel de destaque na garantia dos direitos das minorias e,

⁷⁸ PIRES, Ednilton Andrade. *As medidas provisórias e o sobrestamento das demais deliberações legislativas*. 2008. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Processo Legislativo, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, 2008.

⁷⁹ PIRES, Ednilton Andrade. *As medidas provisórias e o sobrestamento das demais deliberações legislativas*. 2008. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Processo Legislativo, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, 2008.

⁸⁰ TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

não à toa, a judicialização é um fenômeno difundido nas democracias contemporâneas. Isso significa que, além da dificuldade de formação de maiorias para a alteração do *status quo*, há a possibilidade de atuação contra-majoritária prevista em regimes democráticos, o que pode dificultar ainda mais a alteração do *status quo*.

Mudanças institucionais dependem da “absorção” dos atores com poderes de veto ao campo de preferências daqueles que pretendem implementá-las. Por isso, mudanças requerem negociações e ajustes mútuos de preferências entre os atores relevantes — normalmente atores coletivos que têm grau de coesão interna variável entre seus membros (partidos políticos, organizações da sociedade civil ou mesmo instâncias colegiadas). Não por acaso, muitos estudos enfatizam o modo incremental das mudanças em políticas públicas nas democracias contemporâneas e a dificuldade de implementação alterações inovadoras. O caso analisado neste artigo ilustra a possibilidade conferida pela judicialização individualizada de promover uma inovação institucional a partir da atuação de poucos atores. Como detalhado anteriormente, o que ocorreu no caso analisado foi que — a partir de uma classe processual específica (mandado de segurança) — um parlamentar (acesso individual ao STF) questionou a interpretação dada pelo presidente da Câmara em uma Questão de Ordem a respeito de uma regra que configura um instituto fundamental para o processo político decisório brasileiro (Medida Provisória) e obteve, no curto prazo, uma decisão liminar (decisão judicial individual) que sustentou a alteração do *status quo*. Tal decisão prevaleceu quando foi julgada pelo Plenário do STF anos mais tarde. Esse é um caso substantivamente relevante pois, por ser uma política que estrutura o próprio processo decisório, a mudança na regra da MP teve consequências importantes para atribuição de poderes de agenda e veto dos principais atores do Executivo e do Legislativo que atuam no nosso presidencialismo de coalizão.⁸¹

A posição tomada por Temer significou uma inovação institucional importante no instituto da MP e, aparentemente, retirou o poder de obstrução que poderia ser exercido tanto pelo governo, ao editar sucessivas medidas, como pela oposição. Nesse redesenho da tramitação da MP, o STF exerceu um papel relevante ao referendar a decisão de Michel Temer. O contexto da discussão dessa nova interpretação a respeito do sobrestamento leva a crer que Temer estava ciente de que o Supremo interviria e até mesmo parecia querer um posicionamento do tribunal para consolidar institucionalmente a mudança.

Referências

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALMEIDA, Acir. *Informação, delegação e processo legislativo: a política das Medidas Provisórias*. Texto para discussão – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2014.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. 1988-2019: trinta anos de constitucionalização permanente. In: SOUZA, André P.; M. FILHO, Naercio. *A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2019. p. 13-52.

ARANTES, Rogério. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antonio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Konrad Adenauer; Unesp, 2007. p. 81-115.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘Ministrocracia’? O Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘The Court, it is I?’ Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*,

⁸¹ RIBEIRO, Leandro Molhano; MUNIZ, Mariana Novotny. Imaginação, transgressão e formalização: ações do Congresso e do STF na definição de regras de tramitação de Medidas Provisórias. *Revista de Estudos Institucionais*, no prelo.

v. 7, p. 236-262, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-21, 2019.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 121-155, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck. *Old courts, new beginnings: judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil*. 2014. Dissertação (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Yale, New Haven, 2014.

ARGUELHES, Diego. A dupla face das decisões do STF. *Correio Braziliense*, Caderno Opinião, abr. 2009.

BRASIL. *Questão de Ordem 411/2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:10::::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. *Questão de Ordem 536/2005*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:6::::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. *Questão de Ordem 539/2005*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:8::::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. *Questão de Ordem 688/2002*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/buscaQordem/?wicket:interface=:3::::>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 295*. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Sessão de 22/06/1990. Diário de Justiça, Brasília, DF, 22 ago. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar do Mandado de Segurança 27.931*. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, DF, 16 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar do Mandado de Segurança 20.257*. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, DF, 08 out. 2010.

BROUARD, Silvain; HÖNNIGE, Christoph. Constitutional courts as veto players: lessons from the United States, France and Germany. *European Journal of Political Research*, v. 56, p. 529–552, 2017.

CALIMAN, Auro A. Leis delegadas e medidas provisórias: notas sobre a atividade legislativa do executivo no Brasil. *Revista Jurídica “9 de Julho”*, São Paulo, n. 2, p. 182-203, 2003.

DA ROS, Luciano. Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In: ENGELMAN, Fabiano. *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 57-97.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego. *I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Instituições políticas e governabilidade: desempenho do governo e apoio legislativo na democracia brasileira. In: MELO, Carlos; SAEZ, Manuel. *A democracia brasileira: balanço e perspectivas para o século 21*. Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 25-32.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, 2008.

- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, out. 2004.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- LOWI, Theodore J. Four systems of policy, politics, and choice. *Public Administration Review*, v. 32, n. 4, p. 298-310, 1972.
- MACHIAVELLI, Fernanda. EC 32: a disputa política em torno da regulamentação das medidas provisórias. 32º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. GT 21 Estudos Legislativos.
- MACHIAVELLI, Fernanda. *Medidas Provisórias: os efeitos não antecipados da Emenda Constitucional 32 nas relações entre Executivo e Legislativo*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. 2018. p. 1411.
- RIBEIRO, Leandro Molhano; MUNIZ, Mariana Novotny. Imaginação, transgressão e formalização: ações do Congresso e do STF na definição de regras de tramitação de Medidas Provisórias. *Revista de Estudos Institucionais*, no prelo.
- OLIVEIRA, João Paulo de. Medidas Provisórias na Emenda Constitucional 32. *Revista Virtual da AGU*, Brasília, ano 3, n. 18, 2002.
- PAINEL da Folha: Temer consultou Sarney e ministros sobre brecha em MPs. *Folha Online*, 2009. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2009/03/536563-painel-da-folha-temer-consultou-sarney-e-ministros-sobre-brecha-em-mps.shtml>. Acesso em: 03 mar. 2020.
- PIRES, Ednilton Andrade. *As medidas provisórias e o sobrestamento das demais deliberações legislativas*. 2008. Monografia (Especialização) – Curso de Especialização em Processo Legislativo, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, 2008.
- SHEPSON, Kenneth A. *Rule breaking and political imagination*. Chicago: The University Chicago Press, 2017.
- SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- TAYLOR, Matthew. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.
- TAYLOR, Matthew. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.
- TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. Judicialization and the future of politics and policy. In: VALLINDER, T.; TATE, C. Neal. *The global expansion of judicial power: the judicialization of politics*. New York: NYU Press, 1997.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico

The role of CNJ and the recognition of the unconstitutional state of affairs of the brazilian prison system in the perspective of dialogical activism

Ana Paula Kosak

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico*

The role of CNJ and the recognition of the unconstitutional state of affairs of the brazilian prison system in the perspective of dialogical activism

Ana Paula Kosak**

Estefânia Maria de Queiroz Barboza***

Resumo

O objetivo deste artigo é identificar o papel do Conselho Nacional de Justiça – CNJ em relação à melhoria do sistema carcerário brasileiro, considerando a decisão do Supremo Tribunal Federal na cautelar da ADPF 347, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional. O estudo parte da concepção de que a perspectiva dialógica confere legitimidade ao ativismo judicial. Para desenvolver a pesquisa, são analisados os elementos do ativismo dialógico e das decisões estruturantes; o que permitiu verificar que as medidas determinadas na ADPF 347 não se aproximam da perspectiva dialógica proposta por Cesar Rodriguez Garavito. Além disso, por meio da análise de termos de parceria celebrados entre o CNJ e órgãos do Executivo, verificou-se que, mesmo antes da decisão cautelar, o CNJ vem atuando de forma a provocar a atuação do poder Executivo para superar o quadro de violação massiva dos direitos das pessoas submetidas ao sistema prisional, atuando como um importante órgão na promoção do diálogo entre os poderes. Com isso, é possível afirmar que pode ser ele um órgão de monitoramento do cumprimento das decisões judiciais estruturantes que determinem de forma genérica a atuação do Executivo para a elaboração de políticas públicas voltadas à melhoria do sistema carcerário brasileiro.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional (ECI). Ativismo dialógico. Decisões estruturantes. Sistema prisional. Conselho Nacional de Justiça.

Abstract

The purpose of this article is to identify the role of the National Council of Justice - CNJ in relation to the improvement of the Brazilian prison system, considering the decision of the Supreme Federal Court in the precautionary measure of ADPF 347, which recognized the Unconstitutional State of Affairs in the prison system. The study starts from the conception that the dialogical perspective is what gives legitimacy to judicial activism. To deve-

* Recebido em 03/02/2020
Aprovado em 03/04/2020

** Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER, sendo bolsista 100% no Programa de Excelência do PPGD-UNINTER. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC/UNINTER). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER. Advogada. E-mail: apkosak@gmail.com.

*** Professora de direito constitucional dos programas de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e do Mestrado em Direito da UNINTER. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) com estágio doutoral na Osgoode Hall Law School, Toronto, Canadá. Menção Honrosa no Prêmio CAPES de Tese de 2012. Pesquisadora do Centro de Estudos da Constituição (CCONS). E-mail: estefaniaqueiroz@uol.com.br.

lop the research, the elements of dialogic activism and structuring decisions are analyzed; which allowed us to verify that the measures determined in ADPF 347 do not come close to the dialogical perspective proposed by Cesar Rodriguez Garavito. In addition, through the analysis of terms of partnership between the CNJ and the Executive bodies, it was found that, even before the precautionary decision, the CNJ has been acting in a way to provoke the Executive power to overcome the breach of the rights of people subjected to the prison system, acting as an important organ in the promotion of the dialogue between the powers. With this, it is possible to affirm that it can be an organ for monitoring the fulfillment of structural judicial decisions that generically determine the Executive's performance for the elaboration of public policies aimed at improving the Brazilian prison system.

Keywords: Unconstitutional state of affairs. Dialogical activism. Structuring decisions. Prison system. National Council of Justice.

1 Introdução

Com as reformas constitucionais de parte dos países da América Latina, a partir do final do século XX, vislumbra-se, nas novas Constituições, a previsão de mecanismos que permitem maior participação popular¹, o que é derivado da ideia de constitucionalismo dialógico, na medida em que permite a participação de outros atores nas decisões dos Tribunais Superiores².

No Brasil, com a Constituição de 1988, tendo em vista a previsão de um rol extenso de direitos fundamentais, e considerando a ideia de supremacia constitucional, verificou-se uma modificação na forma de tutelar os direitos, consistente na preponderância da atuação do Poder Judiciário³. Uma das origens desse empoderamento do Judiciário é, inclusive, apontada como de ordem política e como uma estratégia empreendida por elites políticas ameaçadas, que buscam preservar sua hegemonia⁴.

Dentro da tendência, a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana deu origem ao chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, reconhecido em decisões da Corte desde 1997 nos casos em que há violação massiva de direitos previstos na Constituição, e empregado no país a fim de solucionar demandas envolvendo a efetivação de direitos fundamentais.

No Brasil, em setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, em decisão cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, decisão considerada ativista, já que se imiscuiu em questões relacionadas a políticas públicas e orçamentos.

Decisões ativistas⁵ são entendidas no presente estudo como aquelas em que a atuação judicial é exercida de modo mais expansivo nos campos político e normativo. Por isso, encontram posicionamentos contrários

¹ KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. A ADPF 347 e o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018. p. 166.

² GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, 2013. Disponível em: <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10615> Acesso em: 15. jul. 2019.

³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GUIMARÃES, Juarez et al. *Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 418.

⁴ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. v. 11, p 71-108, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls> Acesso em: 28 jul. 2019.

⁵ Sobre o conceito de ativismo judicial e a controvérsia a respeito da liberdade para criar diferentes definições: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GUIMARÃES, Juarez et al. *Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 424 et seq.

e favoráveis, mas algumas posições defendem que o ativismo pode ser legítimo, desde que seja dialógico. Ou seja, que permita a interação entre os poderes na execução da ordem judicial.

Com isso, não se pretende enfrentar os posicionamentos contrários ou favoráveis à postura ativista das Cortes Constitucionais, mas desenvolver um estudo empírico sobre a atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ como órgão promotor do diálogo necessário para o cumprimento de decisões ativistas do Judiciário.

A hipótese é de que a atuação do CNJ, por meio da celebração de termos de parceria, direciona-se à provocação dos poderes para a melhoria do sistema carcerário, principalmente para fins de redução da superlotação dos presídios.

O estudo se mostra relevante a fim de identificar a função de um órgão tão importante para a efetivação dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, especialmente no que se refere à população carcerária.

Para tanto, pretendem-se analisar os elementos do ativismo dialógico e das chamadas decisões estruturantes, entendidas como aquelas que ordenam a implementação de políticas públicas complexas pelos demais poderes, a fim de dar efetividade à Constituição. Posteriormente, busca-se verificar as medidas determinadas na ADPF 347 e sua aproximação com o ativismo dialógico. Posteriormente, identificar a atuação do CNJ, por meio de termos e acordos celebrados com o Executivo antes e após a decisão, que sejam voltados a superar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário. Assim, busca-se identificar qual papel o CNJ vem desempenhando nesse cenário.

2 As decisões estruturantes e o ativismo dialógico

A Corte Constitucional Colombiana criou mecanismos de tutela dos direitos fundamentais por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional – ECI⁶, e as decisões que utilizaram o referido mecanismo são relevantes para se compreender as sentenças estruturantes e o próprio ativismo dialógico.

O caso mais emblemático é o da *sentencia T-025 de 2004*⁷, em que se reconheceu o ECI quanto à questão dos deslocados internos por conta do conflito armado na Colômbia.

Na oportunidade, a Corte Constitucional declarou que a situação humanitária, causada pelos deslocamentos forçados, constituiu um “Estado de Coisas Inconstitucional”; ou seja, uma violação massiva dos direitos humanos decorrentes de falhas sistêmicas nas ações do próprio Estado⁸. Isso porque não havia nenhuma política coordenada para oferecer ajuda emergencial aos deslocados internos ou mesmo informações confiáveis quanto ao número de deslocados ou as condições que estavam enfrentando.

Nesse contexto, a fim de superar o estado de coisas inconstitucional, a Corte ordenou uma série de medidas, denominadas estruturais, que deram origem a um longo processo de implementação e de acompanhamento que persiste até hoje⁹.

Referido julgamento não consistiu na primeira decisão estrutural tomada pela Corte Colombiana; desde 1997, ao menos sete decisões desse tipo foram tomadas¹⁰. Dentre elas também se encontra a *sentencia T-153*

⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 96.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-025/04*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁸ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669, 2011. p. 1670.

⁹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669, 2011. p. 1670.

¹⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin

de 1998¹¹, em que a Corte declarou que a superlotação das prisões configuraria um Estado de Coisas Inconstitucional¹².

As decisões estruturais constituem decisões judiciais que ordenam o desenho e a implementação de políticas públicas pelos demais poderes, a fim de dar efetividade aos direitos previstos constitucionalmente¹³. Os casos estruturais, segundo Rodríguez Garavito, afetam um número amplo de pessoas; envolvem várias entidades estatais; e o juiz da causa instrui que os órgãos implementem políticas públicas complexas. Por essa razão, sealaria em ativismo judicial¹⁴; ou seja, quando os juízes intervêm nesses casos.

Além disso, os casos estruturais demandam remédios, também estruturais, que impactam a forma de atuação das entidades envolvidas; assim, são considerados remédios transformativos, que visam reformas estruturais de instituições, até mesmo aquelas do próprio governo¹⁵, por isso exigem um diálogo no processo de implementação das decisões.

Outro ponto fortemente destacado, quando se fala em sentenças estruturais, refere-se ao monitoramento, no sentido de que é permitido que a Corte estabeleça indicadores para avaliar o grau de realização das medidas ordenadas na sentença. A ausência de monitoramento, inclusive, pode levar ao fracasso da decisão — como na sentença T-153, em que não houve um monitoramento efetivo e o impacto da decisão acabou sendo baixo¹⁶.

Outra variação de interferência do Judiciário na formulação de políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais vem sendo desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul, por meio da figura do chamado “compromisso significativo”¹⁷. Trata-se de um modelo de decisão estruturante compatível com a democracia deliberativa¹⁸, na medida em que possibilita o debate público sobre a questão constitucional

America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669, 2011. p. 1670.

¹¹ Nesse sentido: “Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general — en tanto que afectan a multitud de personas —, y cuyas causas sean de naturaleza estructural — es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional”. CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-153/98*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹² RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669, 2011. p. 1675.

¹³ GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. 382 f. Tese (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.

¹⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010. p. 16-17.

¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 189.

¹⁶ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669, 2011. p. 1675. Tratando do impacto da Sentencia T-153/98: BONILLA, Daniel. *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015. “Existe un amplio debate en torno a si los resultados de este proceso son o no “satisfactorios”. Con todo, los reportes emitidos por distintas instituciones indican que los derechos de las personas presas siguen siendo violados de manera sistemática y generalizada, tanto en las prisiones antiguas que originaron la demanda inicial que dio lugar a la sentencia T-153 de 1998, como en las prisiones recién abiertas que se generaron como resultado de esta misma sentencia. De este modo, la sentencia T-153 de 1998 ha tenido un impacto estructural muy fuerte que, sin embargo, no se ha traducido en el goce efectivo de derechos para las personas presas debido a la forma como se construyó el caso. Por el contrario, la situación se ha agravado y todo el peso de la reforma estructural descansa sobre los hombros de una población penitenciaria sometida cotidianamente a la violación de sus derechos fundamentales”. Consultar, ainda: HIGUERA, Libardo José Ariza; GOMEZ, Mario Andrés Torres. *Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia*. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 630-660, mar. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2179-89662019000100630&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 02 fev. 2020.

¹⁷ MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Da tripartição de Poderes ao Estado de Coisas Inconstitucional e o “compromisso significativo”: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. *Revista Em Tempo*, v. 15, p. 11-34, dez. 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1654>. Acesso em: 27 mar. 2020.

¹⁸ PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. *Revista de Direito Ambiental*, v. 72/2013, Out./Dez. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3asLgJA>. Acesso em: 27 mar. 2020.

para a construção conjunta da decisão judicial¹⁹. Em síntese, a resposta judicial é construída com a participação dos envolvidos, e o seu cumprimento é fiscalizado diretamente pelo Poder Judiciário.

Com isso, a atuação do Judiciário, de forma mais direta nas atribuições dos demais poderes, é definida como sendo ativista. Muitos autores colombianos, inclusive, usam o termo constitucionalismo transformador²⁰ para esse modelo ativista de atuação de sua Corte Constitucional de forma positiva e necessária para promover determinadas mudanças sociais.

Há várias concepções de ativismo²¹, muitas delas com uma visão negativa do termo. As críticas geralmente são ligadas ao receio de que o Judiciário passe a dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição (supremacia judicial), e também decorrem da indeterminabilidade dos direitos fundamentais²², já que exige muito do Judiciário, que é órgão de interpretação constitucional.

Os argumentos favoráveis, em geral, são no sentido de que o controle judicial e a proteção dos direitos fortalecem o processo democrático, e não o contrário. Isso porque, na democracia constitucional, que confere a possibilidade de controle dos atos de outros poderes, o Princípio de Consideração e Respeito acaba sendo mais respeitado do que naqueles sistemas em que o Executivo e o Legislativo não têm qualquer limitação²³.

Portanto, segundo a concepção substantiva da Constituição, entende-se, de um modo geral, que há direitos fundamentais que representam valores mínimos escolhidos com a Constituinte, sendo seu intérprete o Judiciário, o que favorece a ideia de ativismo judicial para a proteção e efetivação dos direitos fundamentais²⁴.

Para o presente estudo, adota-se a posição segundo a qual o “ativismo” não se trata de um termo com sentido ilegítimo por natureza, mas sim de um exercício ampliado dos poderes judiciais em face dos demais atores políticos²⁵ que pode ser legítimo ou não, a depender da forma como é realizado. Nesse sentido, quanto à declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, trata-se de um exemplo destacado de ativismo judicial, mas isso não significa que seja ilegítimo²⁶.

Conforme Campos, a legitimidade do ativismo pode residir no quão dialógica é a decisão tomada pelo

¹⁹ KOZICKI, Katya; VAN DER BROECKE, Bianca M. Schneider. O “compromisso significativo” (Meaningful Engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 20, n. 2, p. 282, 2019.

²⁰ PULIDO, Carlos Bernal. The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court. Introduction to I-CONnect Symposium—Contemporary Discussions in Constitutional Law – Part I. *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, Oct. 31, 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/11/introduction-to-i-connect-symposium-contemporary-discussions-in-constitutional-law-part-i-the-paradox-of-the-transformative-role-of-the-colombian-constitutional-court/>. Acesso em: 02 fev. 2020. ROA, Jorge Ernesto Roa. Redes sociales, justicia constitucional y deliberación pública de calidad: lecciones del plebiscito por la paz en Colombia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 210, 2019.

²¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GUIMARÃES, Juarez et al. *Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 424.

²² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GUIMARÃES, Juarez et al. *Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 426.

²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GUIMARÃES, Juarez et al. *Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 419.

²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: Entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 70.

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 220: “defino o *ativismo judicial* como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias”- grifos no original.

²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 219.

Judiciário²⁷. Ou seja, é legítima quando permite que ocorra o diálogo entre os poderes²⁸, a fim de sanar a inconstitucionalidade existente.

A respeito dessa questão, é importante apontar o que se entende por uma decisão dialógica²⁹.

No presente estudo, será adotado o entendimento de Rodríguez Garavito, segundo o qual uma decisão será considerada dialógica quando: (a) houver clara afirmação da justiciabilidade do direito em questão (direitos fortes); (b) as soluções ordenadas forem fracas, no sentido de que não sejam ordens muito precisas e específicas que possam invadir a competência dos demais poderes (remédios moderados); e (c) os mecanismos de monitoramento forem efetivos (monitoramento forte)³⁰.

Assim, essa caracterização tripla permitiria a avaliação do caráter monológico ou dialógico de uma decisão. As mais dialógicas envolvem uma afirmação clara do direito substantivo violado e em que medida ele foi violado³¹.

Além disso, nas decisões dialógicas, as questões políticas são deixadas para os ramos eleitos de poder, e são delineados objetivos e medidas mais gerais, que estejam de acordo com o Princípio da Separação dos Poderes. A carga executiva e de formulação das medidas recairia sobre as agências do governo para projetar e implementar tais políticas³². Ao explicar as ordens flexíveis, Campos assinala que:

ao formular ordens flexíveis, juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e do Executivo. [...] As cortes devem apontar a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos, fixar parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas devem deixar as escolhas técnicas de meios para outros poderes³³.

Por fim, seria necessário monitorar, ativamente, a implementação das ordens do tribunal por meio de mecanismos participativos, como audiências públicas, relatórios de progresso e decisões de acompanhamento. Isso tende a abrir um processo de monitoramento que incentiva a discussão de alternativas políticas para resolver o problema estrutural detectado na decisão³⁴.

²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 240.

²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 240.

²⁹ Vale aqui a referência ao posicionamento de Luc Tremblay sobre a existência ou não de um diálogo entre as Cortes e o Poder Legislativo, especialmente a respeito do *judicial review*. Afirma que há várias formas de diálogo: a primeira descreve o diálogo como conversa. Por ela, o diálogo envolve duas ou mais pessoas, reconhecidas como iguais, que trocam ideias, opiniões e sentimentos de maneira informal, espontânea, e muitas vezes com humor. Não há um objetivo a ser atingido com a conversa ou um resultado que deva ser legítimo; a segunda concepção descreve o diálogo como deliberação; ele também ocorre entre duas ou mais pessoas, entendidas como iguais, que trocam palavras, ideias, opiniões e sentimentos, mas é mais formal e menos espontâneo do que a conversa. O diálogo como deliberação possui um propósito específico. Para o autor, a teoria de que o diálogo institucional representa uma forma de conversa entre os tribunais e as legislaturas não é mais aceitável do que a teoria de que representa uma forma de deliberação. O diálogo como deliberação poderia legitimar o *judicial review*, mas ele não é uma representação adequada do tipo de diálogo que ocorre entre os tribunais e o Legislativo. Em contraste, o diálogo como conversa pode constituir uma representação adequada do tipo de diálogo que ocorre entre os tribunais e o Legislativo; mas não pode, enquanto diálogo, legitimar o instituto da revisão judicial ou decisões judiciais específicas. Em conclusão, para o autor, de acordo com o que se extrai de decisões da Suprema Corte do Canadá, evidencia-se que o diálogo institucional é retórico. TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *ICON*, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

³⁰ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas LawReview*, v. 89, p. 1669, 2011. p. 1692. Sobre intervenções fracas ou fortes e o contexto sul-africano: DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Journals, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1536716> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536716>. Acesso em: 29 mar. 2020.

³¹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: VILLEGAS, Mauricio García; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016. p. 494.

³² RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas LawReview*, v. 89, p. 1669, 2011. p. 1691.

³³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 251-252.

³⁴ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin

Diante desse cenário, verifica-se que a proposição de um ativismo dialógico é um caminho intermediário entre a ausência completa de atuação do Judiciário (contenção judicial) e a chamada juristocracia³⁵.

Os julgamentos dialógicos tendem a delinear procedimentos e metas amplas que, em respeito ao Princípio da Separação de Poderes³⁶, deixam a responsabilidade para as agências do governo de elaborar e implementar políticas. Há determinações fortes e fracas, e as do modelo dialógico tendem a ser mais fracas³⁷.

Até porque há uma grande diferença entre uma decisão judicial e sua efetiva implementação, uma vez que os tribunais possuem poucos instrumentos para supervisionar o cumprimento de suas decisões, na maioria das vezes necessitando da cooperação de outros atores³⁸, como é o caso do Executivo e do Legislativo. Essa cooperação permitiria que os poderes atuassem de forma conjunta; ou seja, enquanto o Judiciário reconhece uma inconstitucionalidade, os poderes teriam a tarefa de sanar a inconstitucionalidade, atuando dentro de sua competência. Esse modelo dialógico, inclusive, é apontado como sendo mais efetivo para a concretização do direito protegido, conforme análise histórica das decisões da Corte Constitucional Colombiana feita por Rodriguez Garavito³⁹.

Tratando da interferência do Judiciário em questões de matéria do Executivo e do Legislativo, Jorge Reis Novais, ao falar do controle de constitucionalidade, afirma que faz bem o Tribunal Constitucional interferir na política, pois, em um Estado Democrático de Direito, a lei é política, é expressão por excelência das opções e do programa político do Governo. Sendo assim, “*não existe fiscalização da constitucionalidade de leis que não obrigue o Tribunal Constitucional a meter-se na política*”⁴⁰. No mesmo sentido, ao tratar do Estado Moderno na Europa, Fioravanti afirma que uma parte efetiva do governo parece se dar por meio da jurisdição, mais especificamente com o controle de constitucionalidade, instrumento essencial das democracias contemporâneas⁴¹.

Trazendo essa afirmação para o debate sobre o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a perspectiva dialógica permite a promoção democrática. Além disso, o próprio ECI, na prática, atua como um instrumento que destrava as instituições do Estado a fim de facilitar a ação governamental para a estruturação de políticas públicas⁴².

Com isso, considerando-se que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, em decisão cautelar na ADPF 347 reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, o qual, inclusive, é in-

America. *Texas LawReview*, v. 89, p. 1669, 2011. p. 1691.

³⁵ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. v. 11, p. 71-108, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls> Acesso em: 28 jul. 2019.

³⁶ Sobre a importância da interação entre as funções: MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Da tripartição de Poderes ao Estado de Coisas Inconstitucional e o “compromisso significativo”: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. *Revista Em Tempo*, v. 15, p. 25, dez. 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1654>. Acesso em: 27 mar. 2020: “[...] vê-se que a função judicial não pode ser elevada ao patamar de “super herói” da sociedade, mas a teoria dos freios e contrapesos também não deve impedir oportunidades dialógicas entre as funções, uma vez que essa interação possibilita perspectivas de melhora na realidade de vida das pessoas, como é o caso da decretação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)”.

³⁷ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas LawReview*, v. 89, p. 1669, 2011. p. 1691.

³⁸ VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 06.

³⁹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: VILLEGAS, Mauricio García; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016. p. 499.

⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 82. Roberto Gargarella, entende que a defesa do controle judicial com determinadas bases está condenada ao fracasso, mas não nega a possibilidade de justificar algum tipo de controle judicial (mais restrito) ou mesmo de participação do poder Judiciário na criação e interpretação jurídica – GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, n. 6, 1997.

⁴¹ FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, M. (org.). *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 40.

⁴² PEÑA, Gabriel Bustamante. *Estado de Coisas Inconstitucional y políticas públicas*. 103 f. 2011. Trabalho Monográfico (Maestría en Estudios Políticos) – Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Bogotá, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3byKi88>. Acesso em: 28 mar. 2020.

terpretado como um caso de ativismo judicial, seja em sentido positivo⁴³ ou mesmo sem sentido negativo⁴⁴, pretende-se apontar, na sequência, as medidas determinadas na referida decisão e verificar como ela pode se aproximar, ou não, de uma perspectiva dialógica.

3 O reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro

No ano de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade propôs, no Supremo Tribunal Federal, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) buscando, em caráter liminar, o reconhecimento da figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” relativamente ao sistema carcerário brasileiro, bem como a adoção de providências estruturais em face das lesões aos direitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Na decisão cautelar na ADPF⁴⁵, o Supremo Tribunal Federal afirmou o seu papel contramajoritário para assegurar o direito das minorias, principalmente daqueles que a sociedade repudia.

Nos fundamentos apresentados, é ressaltada a falência do sistema carcerário brasileiro, considerando-se as condições precárias dos estabelecimentos prisionais, os quais não têm a mínima condição de habitação — situação verificada em todas as unidades da federação. Decorrente dessa falência, haveria a violação de direitos fundamentais e o aumento da criminalidade, pois, diante da precariedade, superlotação e insalubridade das delegacias e presídios, as penas acabam sendo cruéis e degradantes, o que consiste em evidente violação dos direitos e garantias individuais insculpidos na Constituição de 1988 e em Pactos Internacionais dos quais o Brasil faz parte.

Além disso, a própria legislação interna, como a Lei de Execução Penal, e a Lei Complementar 79/94 (que cria o FUNPEN) — cujos recursos sofriam contingenciamento — não estariam sendo cumpridas.

Na decisão também foi ressaltada a responsabilidade do Poder Público, no sentido de que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem, conjuntamente, a responsabilidade pelo estado no qual se encontra o cárcere brasileiro. Faltaria, pois, conjugação de esforços voltados à efetivação das garantias individuais a fim de fazer valer a Lei de Execuções Penais e a Lei Complementar 79/94.

Quanto ao excessivo número de prisões preventivas, resultado da “cultura do encarceramento”, afirmou-se que caberia ao STF exercer a função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal a fim de minimizar o quadro. E, havendo questionamento sobre se o Judiciário estaria afrontando o Princípio da Separação dos Poderes ao interferir em determinadas políticas públicas, sustentou-se que, quando há a violação de direitos fundamentais, com a transgressão da dignidade humana, o mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Supremo. Em síntese, caberia “*ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados*”⁴⁶.

⁴³ KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. A ADPF 347 e o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018.

⁴⁴ PENNA, Bernardo Schmidt. Mais do ativismo judicial à brasileira: análise do estado de coisas inconstitucional e da decisão na ADPF 347. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 11, n. 1, p. 9-19, 2017.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Interessado: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 29 jul. 2019.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Interessado: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 29 jul. 2019. p. 13 – voto do relator.

Ainda, seria o Judiciário legítimo ator na redução do quadro de inconstitucionalidade, pois o tema da garantia de direitos aos presos não entra no debate político. Isso porque, a população tem a falsa ideia de que os condenados perdem ou devem perder a condição de pessoa humana com direitos. Assim, a dignidade dos presos não é uma bandeira que seja defendida no meio político, até porque poderia implicar um custo político alto e perda de votos em novas eleições.

Ao final, como resultado do debate em plenário, determinou-se: (a) aos juízes e tribunais, que realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento da pessoa presa perante a autoridade judiciária, com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), consideradas as dimensões continentais do país e as peculiaridades de cada região; (b) à União, que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. E de ofício, (c) que a União e os estados encaminhassem ao STF informações sobre a situação prisional.

Várias vozes se levantaram de forma contrária à referida decisão, invocando argumentos contrários à prática ativista pela Corte⁴⁷. Além disso, fala-se que, desde a decisão até o momento, pouco ou nada mudou na vida da população carcerária⁴⁸.

Diante disso, é questionado o real impacto da decisão tomada. Porém, esse não será um ponto explorado no presente estudo, mas tão somente a verificação da aproximação da decisão à perspectiva dialógica proposta por Rodriguez Garavito.

Como dito, considerando-se que, para uma decisão ativista ser legítima, deve ser dialógica, e que os critérios de uma decisão dialógica são a proteção de direitos fortes, remédios moderados, e mecanismos de monitoramento fortes; na sequência serão analisados tais critérios.

Quanto ao primeiro critério, não há dúvidas de que os direitos protegidos com o reconhecimento do ECI são substanciais, pois tratam da própria dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano, assistência judiciária e dos direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos.

Quanto ao segundo critério, a primeira medida determinada (realização de audiências de custódia) é voltada ao próprio Judiciário, de modo que não pode ser considerada uma medida invasora da competência dos demais poderes. Sobre essa medida, muito embora não seja uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro com a ADPF⁴⁹, certo é que várias medidas vêm sendo tomadas, mesmo antes da decisão do ECI, pelo menos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com o intuito de implementar, cada vez mais, as audiências de custódia⁵⁰.

A segunda medida determinada é mais específica e a única voltada ao Executivo⁵¹. Trata-se da determinação para que a União libere as verbas do Fundo Penitenciário. Sobre esse ponto, há posicionamento no sentido de que a competência não é do Judiciário⁵².

⁴⁷ GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. *Jornal Estadão*. 19 set 2015. Disponível em: <https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 10 jan. 2020. STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Revista Consultor Jurídico*. Out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-formativismo>. Acesso em: 27 jul. 2019.

⁴⁸ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*. v. 15, n. 2, p. 02, 2019.

⁴⁹ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*. v. 15, n. 2, p. 08, 2019.

⁵⁰ Como exemplo, a Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015 do CNJ dispõe sobre as audiências de custódia. O Programa “Audiência de Custódia” foi lançado em 06 de fevereiro de 2015, inicialmente no estado de São Paulo, mas com adesão posterior por todos os tribunais estaduais e também federais.

⁵¹ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*. v. 15, n. 2, p. 08, 2019.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Revista Consultor Jurídico*. Out. 2015. Dis-

Como visto, no critério “remédios moderados” de que fala Rodriguez Garavito, a determinação judicial deve ser geral, deixando a estruturação da política pública ao órgão responsável. No caso da decisão cautelar, ao determinar que fosse liberado o saldo acumulado, a Corte não deu destinação específica para o montante, mas considerou que, em sendo evidentes as necessidades do sistema prisional, deixar estagnado o Fundo não pareceria ser a melhor alternativa.

Assim, é possível dizer que o STF se manifestou sobre uma competência que não é sua, sendo ativista, na medida em que decidiu sobre questão política, mas não determinou de modo específico a forma como a política de utilização do Fundo deveria ser desenvolvida ou implementada. Com isso, parece que a medida não chegou a ser específica a ponto de que o Judiciário tenha executado a função do Executivo.

De qualquer modo, o Executivo respondeu à determinação de liberação do Fundo, editando a Medida Provisória n.º 755/2016, posteriormente convertida na Lei n.º 13.500/2017 e que incluiu o §6º no art. 2º na LC n.º 79/94, que contém a vedação de contingenciamento do Fundo Penitenciário. A respeito de tema como este, em que não se tem apoio da sociedade em aumentar gastos com sistema prisional, a decisão judicial muitas vezes é um alento para que o Poder Executivo possa justificar a destinação orçamentária sem ter de assumir custos políticos com isso.

Por fim, houve a determinação, de ofício, para que os Estados e a União encaminhassem informações sobre a situação prisional. Trata-se de mero pedido de informações para diagnosticar a situação carcerária (vagas faltantes, gastos e possibilidade orçamentária)⁵³ e não representa uma medida estrutural de modificação ou implementação de política pública.

Quanto ao último requisito, durante os debates, foi suscitada a necessidade de monitoramento efetivo e, inclusive, foi indicada a atuação do CNJ, que já contava com o “Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas”⁵⁴. Entretanto, nas determinações não há especificação das medidas de monitoramento a serem exercidas pelo Tribunal ou com o CNJ. Tal situação pode decorrer até mesmo do fato de a decisão ser cautelar; ou seja, não julgou o mérito da causa — pendente até o momento. Daí o possível motivo de não se ter deliberado sobre medidas fortes de monitoramento do cumprimento da decisão.

Diante disso, tem-se que a decisão cautelar na ADPF é pouco dialógica — no sentido proposto por Rodríguez Garavito — principalmente pela ausência de medidas efetivas de monitoramento do cumprimento da decisão.

Nesse contexto, o CNJ pode ser um órgão importante para a execução desse monitoramento, até mesmo como promotor de um diálogo institucional entre os poderes, a fim de superar as graves violações de direitos verificadas no sistema carcerário brasileiro. Assim, na sequência, pretende-se analisar a atuação do CNJ — tanto antes, quanto após a decisão da ADPF 347 — voltada à melhoria do sistema carcerário brasileiro.

ponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 27 jul. 2019.

⁵³ Breno Baía Magalhães afirma que essa medida é contraditória, pois demonstra que o STF não tinha certeza quanto a caracterização do ECI. MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*. v. 15, n. 2, p. 09, 2019.

⁵⁴ Manifestação do Ministro Gilmar Mendes: “Estou muito preocupado, quando estamos falando de toda essa temática e me vem, sempre, à mente o caso *Brown VS board of Education*. É que, se não tiver uma certa centralidade na execução, temos um grave problema. E, aí, a importância, inclusive, da atuação de um órgão como o CNJ, que é presidido pelo Presidente do Supremo, portanto, que poderá dar sequência a esse diálogo institucional complexo com os estados-membros, com as secretarias de justiça, com o Ministério da Justiça.”

4 A atuação do CNJ voltada à melhoria do sistema carcerário

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ é uma instituição pública ligada ao Poder Judiciário, criada com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, com sede em Brasília/DF e com atuação em todo o território nacional. Suas atribuições envolvem o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, §4º da CR/88). Ainda, o CNJ desenvolve e coordena vários programas voltados à gestão institucional, meio ambiente, direitos humanos e tecnologia.

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do CNJ, verifica-se a existência de vários projetos voltados à melhoria do sistema prisional⁵⁵. Muitos dos projetos dependem da colaboração dos demais poderes, em especial o Executivo. Assim, no presente tópico pretende-se identificar os acordos celebrados entre o CNJ e o Executivo (municipal, estadual ou federal) realizados antes e depois da decisão na ADPF 347, a fim de dar cumprimento aos programas do CNJ ou apenas voltados à melhoria da situação carcerária, ainda que não tenham como fundamento a referida decisão cautelar⁵⁶.

Com isso, busca-se identificar qual papel o CNJ vem desempenhando nesse cenário, e se pode contribuir para aproximar decisões, como a do ECI, à perspectiva dialógica proposta por Rodriguez Garavito.

A pesquisa foi feita no sítio eletrônico do CNJ, no tópico da transparência, que disponibiliza os termos, acordos e congêneres celebrados entre o órgão e entidades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Segundo informação constante na própria página:

Acordos, termos, convênios e congêneres são instrumentos bilaterais ou multilaterais celebrados pelo Conselho Nacional de Justiça com órgãos do Poder Judiciário e demais esferas de poder da União — Estados, Municípios e entidades privadas — com objetivos múltiplos, tais como: o aprimoramento dos mecanismos de cooperação, capacitação e integração do Poder Judiciário, o aperfeiçoamento de estruturas de atendimento aos jurisdicionados, v. g. a instituição “Casas de Justiça e Cidadania”, o atendimento às mulheres, às crianças e aos adolescentes em situação de vulnerabilidade e a reinserção social de presos egressos do sistema prisional por intermédio do mercado de trabalho⁵⁷.

Assim, a pesquisa busca identificar todos os acordos celebrados com o Executivo, em âmbito municipal, estadual ou federal, que, de algum modo, auxiliem na superação do ECI no que se refere à situação carcerária do país, demonstrando como o CNJ pode atuar como órgão de monitoramento e de interação dialógica entre Judiciário e Executivo.

No índice com os termos existentes, há a relação de sete formas de acordo (Termos de Compromisso; Convênios; Termos de Cooperação; Termos de Cessão de Uso; Termos de Doação; Protocolos de Intenções; e Acordos de Cooperação Técnica). Apenas em três tópicos (Termos de Compromisso; Termos de Cooperação; e Acordos de Cooperação Técnica) foram encontrados acordos que tratam da matéria e interessam à pesquisa, motivo pelo qual apenas os três serão mencionados.

Muito embora seja feita essa classificação no sítio eletrônico, a nomenclatura dos termos pode possuir nome diverso ou numeração repetida nos documentos, conforme observação feita na própria página eletrônica⁵⁸.

⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema carcerário e execução penal*.

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>. Acesso em: 31 jul. 2019.

⁵⁶ O caminho percorrido foi: Página inicial > Transparência > Acordos, termos e convênios. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Acordos, termos e convênios*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/transparencia/acordos-terminos-e-convenios>. Acesso em: 31 jul. 2019.

⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Acordos, termos e convênios*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/transparencia/acordos-terminos-e-convenios>. Acesso em: 31 jul. 2019.

⁵⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Acordos, termos e convênios*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/transparencia/acordos-terminos-e-convenios>. Acesso em: 31 jul. 2019: “em função da sistematização realizada para os instrumentos com nomenclaturas diversas, mas agrupados em função da semelhança de conteúdos, como, por exemplo, “Termo de Acordo de Cooperação Técnica” e “Acordo de Cooperação Técnica”, alguns documentos poderão constar com a numeração repetida”.

Para o recorte temporal da pesquisa, utilizou-se o mês e o ano da decisão na ADPF 347 como marco (setembro de 2015). Assim, o período da pesquisa compreende os acordos celebrados desde janeiro de 2012 até junho de 2019, período que corresponde a 3 anos e 9 meses anteriores à decisão na ADPF 347 até 3 anos e 9 meses posteriores à decisão.

4.1 Os termos celebrados com o executivo antes da cautelar na ADPF 347

Nesse tópico são apresentados os acordos celebrados antes da decisão cautelar na ADPF 347, com indicação da sua numeração, dos órgãos pactuantes com o CNJ, e uma breve descrição do conteúdo de cada termo.

4.1.1 Termos de Compromisso

Foram identificados os seguintes Termos de Compromisso celebrados entre o CNJ e o Executivo, além de outros órgãos pactuantes:

- 02/2014 – Governo do Estado do Maranhão: Visa a comunhão de esforços na implementação de medidas com vistas à adequação do sistema de execução penal do Maranhão aos padrões da CR/88 Lei de Execução Penal e Tratados Internacionais de Direitos Humanos que o Brasil faça parte. Construção de presídios, ampliação de vagas e monitoramento de egressos;
- 02/2015 – Ministério da Justiça, Governo do Estado do Maranhão, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, Ministério Público do Estado do Maranhão, Defensoria Pública do Estado do Maranhão, Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Maranhão: Busca a reforma estrutural e organizacional das unidades prisionais; aprimorar a rotina da execução para conferir celeridade aos processos e consolidar os eixos do Projeto Audiência de Custódia;
- 04/2015 – Ministério da Justiça, Governo do Estado de Roraima, Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Roraima, Ministério Público do Estado de Roraima, Defensoria Pública do Estado de Roraima, Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Roraima: Busca uma reforma estrutural e organizacional das unidades prisionais; aprimorar a rotina da execução para conferir celeridade aos processos; e consolidar os eixos do Projeto Audiência de Custódia;
- 05/2015 – Ministério da Justiça, Governo do Estado do Acre, Tribunal de Justiça do Estado do Acre, Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Acre, Ministério Público do Estado do Acre, Defensoria Pública do Estado do Acre, Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Acre: Busca a reforma estrutural e organizacional das unidades prisionais; aprimorar a rotina da execução para conferir celeridade aos processos; e consolidar os eixos do Projeto Audiência de Custódia.

4.1.2 Termos de Cooperação

Não foram encontrados Termos de Cooperação celebrados.

4.1.3 Acordos de Cooperação Técnica

Foram identificados os seguintes Acordos de Cooperação Técnica celebrados entre o CNJ e o Executivo, além de outros órgãos pactuantes:

- 17/2012 – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Secretaria da Saúde do Governo do Distrito Federal, Secretaria de Segurança Pública do Governo do Distrito Federal, e Rede Feminina Nacional de Combate ao Câncer: Visa à conjugação de esforços para a realização de exames ginecológicos, de prevenção dos cânceres de mama e de colo de útero, DSTs/AIDS, bem como a orientação na área de saúde e planejamento familiar para as presidiárias e para as agentes da Penitenciária Feminina do Distrito Federal;
- 42/2012 – Corregedoria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, Governo do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo: Busca coordenar e aperfeiçoar ações na área de justiça, segurança pública e administração penitenciária, com medidas para acelerar a tramitação de inquéritos policiais e o julgamento de ações penais dos crimes dolosos contra a vida; ampliar a disponibilidade de equipamentos de monitoração eletrônica e incentivar a sua utilização; ampliar a disponibilidade de equipamentos para a realização de audiências criminais por videoconferência;
- 23/2013 – Senado Federal, Câmara dos Deputados, Ministério da Justiça, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais: Busca ampliar o acesso à justiça para as pessoas custodiadas, a fim de assegurar condições dignas para o cumprimento das penas; intercâmbio e integração de banco de dados sobre o Sistema Penitenciário; redução do déficit de vagas; estímulo à adoção de medidas alternativas; modernização da execução penal; assegurar a razoável duração dos processos; e expansão e aprimoramento dos programas e projetos de reintegração social dos presos e egressos;
- 10/2014 – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Departamento Regional de São Paulo: Busca promover ações conjuntas direcionadas ao desenvolvimento de programas de formação profissional para capacitação dos reeducandos do sistema prisional do Estado de São Paulo, com vista a sua reintegração no mercado de trabalho;
- 03/2015 – Ministério da Justiça, Governo do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Defensoria Pública do Estado De São Paulo: Efetiva implantação do projeto piloto “Audiência de Custódia”, de modo a viabilizar a apresentação pessoal dos presos em flagrante à autoridade judiciária;
- 05/2015 – Ministério da Justiça: Elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica de pessoas, com o intuito de estimular seu potencial desencarcerador e assegurar o uso da ferramenta com respeito aos direitos fundamentais;
- 06/2015 – Ministério da Justiça: Busca ampliar a aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade, contribuindo para o enfrentamento do processo de encarceramento em massa;
- 07/2015 – Ministério da Justiça, Instituto de Defesa do Direito de Defesa: Busca efetiva implantação do projeto “Audiência de Custódia”; fomentar a utilização e acompanhamento das medidas cautelares

diversas da prisão; impulsionar o desenvolvimento de trabalhos de mediação; medir os impactos das medidas cautelares alternativas à prisão e as práticas restaurativas.

4.2 Os termos celebrados com o executivo após a cautelar na ADPF 347

Nesse tópico são apresentados os acordos celebrados após a decisão cautelar na ADPF 347, com indicação da sua numeração, dos órgãos pactuantes com o CNJ, e uma breve descrição do conteúdo de cada termo.

4.2.1 Termos de Compromisso

Não foram encontrados Termos de Compromisso celebrados entre o CNJ e órgãos do Executivo.

4.2.2 Termos de Cooperação

Foram identificados os seguintes Termos de Cooperação celebrados entre o CNJ e o Executivo, além de outros órgãos pactuantes:

- 01/2018 (BRA 18/019) – Ministério das Relações Exteriores, Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento – PNUD: visa promover estratégias para a redução da população carcerária no Brasil; realizar o controle quantitativo de adolescentes privados de liberdade; subsídios para a promoção da cidadania e garantia de direitos das pessoas privadas de liberdade; aprimorar, implantar, avaliar e disseminar em âmbito nacional o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU); e aperfeiçoar as rotinas de serviço no projeto. Duração do projeto: novembro de 2018 a julho de 2021, com monitoramento contínuo;
- TED 10/2018 – Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN: Termo de Execução Descentralizada, que tem por objeto o desenvolvimento de estratégias para promover a redução da superlotação e superpopulação carcerária no Brasil, com enfoque nas políticas de alternativas penais e monitoração eletrônica de pessoas;
- TED 13/2018 – Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN: Termo de Execução Descentralizada, que tem por objeto o repasse de recursos financeiros do DEPEN para o CNJ com o objetivo de implementar o Projeto “Penas Inteligentes”, contemplando o aperfeiçoamento e aprimoramento da base de dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, por meio de interoperabilidade e disseminação nacional do Sistema Eletrônico de Execução Unificado;
- TED 15/2018 – Ministério da Segurança Pública: Termo de Execução Descentralizada com o objetivo de promover a documentação civil das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional, incluindo a execução do cadastramento da identificação biométrica, a fim de permitir que possam exercer os seus direitos decorrentes da cidadania.

4.2.3 Acordos de Cooperação Técnica

Foram identificados os seguintes Acordos de Cooperação Técnica celebrados entre o CNJ e o Executivo, além de outros órgãos pactuantes:

- 05/2016 – Ministério da Justiça: tem por objeto a emissão obrigatória de nota técnica do CNJ ao MJ, como subsídio técnico para o repasse de recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, visando financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Nacional, tendo em consideração o quanto decidido nos autos da ADPF 347/2015;
- 27/2016 – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Estado do Espírito Santo, Conselho Brasileiro de Ótica e Optometria: estreitar canais de articulação com atores envolvidos no oferecimento material de ações de prevenção e avaliação da saúde visual em óptica e optometria de pessoas privadas de liberdade;
- 28/2016 – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Estado do Espírito Santo, Universidade Federal do Espírito Santo: induzir, incentivar e implementar um conjunto de ações, contribuindo com o Escritório Social do Projeto Cidadania nos Presídios, na busca do fortalecimento da garantia de direitos e do enfrentamento dos problemas do Sistema Prisional;
- 29/2016 – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Estado do Espírito Santo, Município de Vila Velha, Universidade de Vila Velha: induzir, incentivar e implementar um conjunto de ações, contribuindo com o Escritório Social do Projeto Cidadania nos Presídios, na busca do fortalecimento da garantia de direitos e do enfrentamento dos problemas do Sistema Prisional;
- 07/2017 a 29/2017 – Secretarias de Administração Penitenciárias do Pará, Maranhão, Paraíba, Piauí, Pernambuco, Sergipe, Rio Grande do Sul, Tocantins, Acre, Espírito Santo, Amapá, Minas Gerais, Alagoas, Bahia, Mato Grosso, Paraná, Ceará, Amazonas, São Paulo, Santa Catarina e Rondônia: busca instalar bibliotecas em unidades prisionais e estabelecer cooperação técnica em atividades que possam contribuir para o fomento às atividades das pessoas privadas de liberdade, como instrumento complementar da assistência educacional a eles devida;
- 39/2018 - Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Segurança Pública: estabelecer melhorias no sistema de execução penal e da justiça criminal, especialmente na qualificação da gestão da informação e no desenvolvimento e integração entre sistemas informatizados, bem como no aprimoramento da implementação das políticas públicas de alternativas penais e monitoração eletrônica;
- 41/2018 – Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Segurança Pública, Ministério dos Direitos Humanos: cadastrar biometricamente os que estão sob a guarda do Estado com vistas a permitir a devida individualização civil e administrativa para o exercício de todos os direitos decorrentes da cidadania.
- Diante dos vários acordos celebrados entre o Conselho Nacional de Justiça e o Poder Executivo, em nível municipal, estadual ou federal, percebe-se que o CNJ é um órgão com forte atuação voltada à melhoria do sistema prisional. Assim, a seguir é analisado qual o seu possível papel para a execução de decisões de natureza dialógica.

5 O papel do CNJ na perspectiva do ativismo dialógico

Diante do estudo feito sobre os termos celebrados entre o CNJ e o Poder Executivo, verifica-se que o órgão possui vários projetos e parcerias voltados à melhoria do sistema carcerário brasileiro, tanto anteriores (12 acordos) como posteriores (33 acordos) à decisão proferida na cautelar da ADPF 347 no STF.

A quantidade de acordos celebrados foi maior após a decisão, entretanto, o maior volume se deu por conta da celebração de um termo para cada Estado da Federação para a instalação de bibliotecas em unidades prisionais (Acordos de Cooperação Técnica 07/2017 a 29/2017). Assim, não é possível afirmar que apenas após a decisão cautelar foram vislumbradas parcerias com o Executivo a fim de melhorar o sistema carcerário.

Ainda, a decisão cautelar trata da expansão das audiências de custódia, mas o “Projeto Audiência de Custódia”, do CNJ, era existente desde o início do ano de 2015; ou seja, antes mesmo da decisão cautelar.

Quanto à medida cautelar voltada ao Executivo, muito embora a decisão na ADPF não tenha previsto mecanismos de monitoramento fortes da decisão, verifica-se que um dos Termos celebrados tem como fundamento a decisão cautelar. Consiste no Acordo de Cooperação Técnica 05/2016, celebrado com o Ministério da Justiça, e que trata dos recursos do Funpen. Esta medida do CNJ visou dar apoio ao Ministério da Justiça, a fim de dar a destinação específica do Fundo.

Posteriormente à decisão cautelar, foi celebrado o Termo de Cooperação 01/2018, com o Ministério das Relações Exteriores e também com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Trata-se de cooperação em nível internacional e que buscou o compromisso do Executivo em âmbito nacional.

Como visto, decisões judiciais com previsão de monitoramento forte e tomada de medidas mais gerais e menos invasivas das competências dos poderes são mais dialógicas.

O CNJ, nesse contexto, parece ser um órgão que pode exercer um papel importante para provocação dos demais poderes, a fim de que desenvolvam políticas públicas de sua competência, segundo o que foi decidido judicialmente e de maneira mais ampla.

Além disso, pode ser um órgão importante no monitoramento do cumprimento das decisões judiciais que reconheçam, por exemplo, o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário. Isso porque os termos e acordos pesquisados evidenciam que o CNJ vem sendo um órgão provocador dos demais poderes para que assumam compromissos voltados à melhoria do sistema carcerário.

Na concepção dialógica, o STF é considerado mais uma das vozes para a definição do significado da Constituição, devendo sua atuação ser provocativa, no sentido de promover reações e o diálogo, contribuindo para a construção de sentido da Constituição e sua efetivação⁵⁹. E nesse ponto o CNJ pode auxiliar como um órgão que promove a deliberação entre os poderes. Sua atuação pode ajudar na promoção de decisões mais dialógicas, já que pode provocar o debate entre os poderes.

Assim, tem-se que, muito embora a decisão cautelar na ADPF 347 por si só não esteja próxima da forma dialógica apresentada por Rodriguez Garavito, a atuação do CNJ pode contribuir para promover essa característica em decisões estruturantes, atuando como provocador de um diálogo entre os poderes, o que ocorre entre a decisão judicial e a deliberação com o Executivo para o desenho e implementação de políticas públicas que atendam à decisão.

6 Considerações finais

O estudo realizado permitiu concluir que as decisões dialógicas são apontadas como legitimadoras da atuação mais ativa do poder Judiciário no controle da atuação dos demais poderes, especialmente quando

⁵⁹ Tratando da postura dialógica do Poder Judiciário: GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à Supremacia Judicial e diálogos interinstitucionais*. 267 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2015. p. 179. Wil Waluchow trata da Constituição como uma “árvore viva”, cujas raízes são fixas (por precedente e pelos termos escolhidos para exprimir os compromissos da Constituição), mas os ramos podem desenvolver-se ao longo do tempo por meio da Jurisprudência. WALUCHOW, Wil. *Constitutions as living trees: An idiot defends*. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. v. 18, n. 2, 2005.

a omissão implique a não realização de políticas públicas necessárias à efetivação de direitos fundamentais.

Essa perspectiva dialógica da decisão, segundo o entendimento de Rodriguez Garavito, é apontada como sendo aquela que visa assegurar a efetivação de direitos fundamentais substanciais; que proponha medidas genéricas e deixe a execução prática e elaboração a cargo do Poder competente; e que, por fim, prevejam mecanismos de monitoramento fortes.

A decisão do STF, que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, não parece ser uma decisão dialógica por si só, segundo os requisitos apresentados, pois não prevê mecanismos de monitoramento fortes.

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão que vem atuando como um verdadeiro provocador da atuação dos demais poderes, especialmente do Poder Executivo, de modo a contribuir com a reestruturação do sistema carcerário, e a fim de dar cumprimento à Constituição e aos acordos internacionais que o Brasil se comprometeu a cumprir.

Essa atuação pode ser constatada em vários Termos de Cooperação, Termos de Parceria e Acordos de Cooperação Técnica celebrados com o Poder Executivo nos âmbitos municipal, estadual e federal, tanto antes como após a decisão cautelar na ADPF 347.

Assim, muito embora a decisão cautelar não determine, de modo específico, que o CNJ seria o responsável pela fiscalização do cumprimento das medidas ali colocadas, verifica-se que pode ser ele o órgão de monitoramento do cumprimento das decisões do STF, que sejam estruturantes e determinem genericamente a atuação do Executivo para a elaboração de políticas públicas voltadas à melhoria do sistema prisional brasileiro.

O estudo permitiu identificar que sua atuação pode promover o diálogo entre os poderes, na medida em que o Poder Judiciário pode reconhecer uma inconstitucionalidade e determinar que medidas sejam adotadas pelo Executivo, ao passo que o CNJ seria o promotor do diálogo e da fiscalização do cumprimento das decisões. Desse modo, pode ser um importante órgão na promoção do diálogo, o qual confere legitimidade às decisões ativistas.

Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: Entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia Constitucional, Ativismo Judicial e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GUIMARÃES, Juarez et al. *Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.

BONILLA, Daniel. *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Interessado: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 29 jul. 2019.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema carcerário e execução penal*.

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal> Acesso em: 31 jul. 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-153/98*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 15 jan. 2020

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-025/04*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Journals, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1536716> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1536716>. Acesso em: 29 mar. 2020.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y Constitución. In: FIORAVANTI, M. (org.). *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 13-43.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*, n. 6, 1997.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, 2013. Disponível em: <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10615> Acesso em: 15. jul. 2019.

GIORGI, Raffaele de; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. *Journal Estadão*. 19 set 2015. Disponível em: <https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>. Acesso em: 10 jan. 2020.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: crítica à Supremacia Judicial e diálogos interinstitucionais*. 267 f. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2015.

GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. 382 f. Tese (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.

HIGUERA, Libardo José Ariza; GOMEZ, Mario Andrés Torres. Constitución y Cárcel: La judicialización del mundo penitenciario en Colombia. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 630-660, mar. 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2179-89662019000100630&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 02 fev. 2020.

HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. v. 11, p. 71-108, 2004. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>. Acesso em: 28 jul. 2019.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. A ADPF 347 e o ‘Estado de Coisas Inconstitucional’: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca M. Schneider. O “compromisso significativo” (Meaningful Engagement) e a promoção do pluralismo democrático na concretização judicial dos direitos fundamentais sociais na África do Sul. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 20, n. 2, p. 267-290, 2019.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*. v. 15, n. 2, 2019.

MEDA, Ana Paula; BERNARDI, Renato. Da tripartição de Poderes ao Estado de Coisas Inconstitucional e o “compromisso significativo”: A contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. *Revista Em Tempo*, v. 15, p. 11-34, dez. 2016. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1654>. Acesso em: 27 mar. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. *Revista de Direito Ambiental*, v. 72/2013, Out./Dez. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3asLGJA>. Acesso em: 27 mar. 2020.

PEÑA, Gabriel Bustamante. *Estado de Cosas Inconstitucional y políticas públicas*. 103 f. 2011. Trabalho Monográfico (Maestría en Estudios Políticos) – Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. Bogotá, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3byKi88>. Acesso em: 28 mar. 2020.

PENNA, Bernardo Schmidt. Mais do ativismo judicial à brasileira: análise do estado de coisas inconstitucional e da decisão na ADPF 347. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 11, n. 1, p. 9-19, 2017.

PULIDO, Carlos Bernal. The Paradox of the Transformative Role of the Colombian Constitutional Court. Introduction to I-CONnect Symposium—Contemporary Discussions in Constitutional Law – Part I. *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, Oct. 31, 2018. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2018/11/introduction-to-i-connect-symposium-contemporary-discussions-in-constitutional-law-part-i-the-paradox-of-the-transformative-role-of-the-colombian-constitutional-court/>. Acesso em: 02 fev. 2020.

ROA, Jorge Ernesto Roa. Redes sociales, justicia constitucional y deliberación pública de calidad: lecciones del plebiscito por la paz en Colombia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 202-216, 2019.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional Colombiana transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas LawReview*, v. 89, p. 1669, 2011.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 14, 2013.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. In: VILLEGAS, Mauricio García; CEBALLOS BEDOYA, María Adelaida. *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016. p. 489-501.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Revista Consultor Jurídico*. out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 27 jul. 2019.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *ICON*, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

WALUCHOW, Wil. Constitutions as living trees: An idiot defends. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*. v. 18, n. 2, 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Efeitos do Programa Mais Médicos (PMM) nos resultados da Atenção Básica à saúde
Effects of the More Doctors Program on Primary Health Care Outcomes

Alex dos Santos Macedo
Marco Aurélio Marques Ferreira

Efeitos do Programa Mais Médicos (PMM) nos resultados da Atenção Básica à saúde*

Effects of the More Doctors Program on Primary Health Care Outcomes

Alex dos Santos Macedo**

Marco Aurélio Marques Ferreira***

Resumo

O Programa Mais Médicos (PMM), instituído em 2013 pelo Governo Federal do Brasil, buscava fortalecer a prestação de serviços em atenção básica à saúde, bem como reduzir as desigualdades em saúde no país. Com intuito de analisar essas mudanças, realizou-se avaliação quase-experimental antes e após a implementação do PMM em um grupo de 791 municípios vulneráveis em termos socioeconômicos e de saúde, comparando os efeitos da intervenção na redução das desigualdades de médicos, ampliação da cobertura, resolutividade da Atenção Básica (AB), bem como redução da desigualdade regional em saúde. Os resultados indicam incremento de 0,49 pontos na taxa de médicos na atenção básica no grupo de municípios tratados. Essa expansão de médicos possibilitou ampliar a taxa de cobertura populacional das equipes de saúde da família (eSF) em 25,61 pontos, bem como expandir em 33,49 pontos a taxa de visitas domiciliares realizadas por médicos. Apesar dos avanços, os resultados não mostraram melhoria no acompanhamento das pessoas cadastradas pelas eSF, bem como não apontaram avanços relativos à resolutividade da atenção básica, ao reduzir os encaminhamentos para especialistas, internações hospitalares, urgência e emergência, bem como aquelas internações que são sensíveis à atenção primária à saúde. Adicionalmente, as análises não apontaram reduções na taxa de mortalidade infantil. Em sentido oposto, documentou-se incremento de 2,93 no indicador. Dessa forma, as evidências em parte apontam para o fortalecimento da prestação de serviços de saúde, por outro lado, permanecem inconclusivos os efeitos das políticas de recursos humanos em saúde, como PMM nos resultados de saúde.

Palavras-chave: Avaliação de Políticas. Programa Mais Médicos. Atenção Básica. Estudo Quase-Experimental.

* Recebido em 14/02/2020
Aprovado em 06/04/2020

** Doutor em Administração com concentração em Administração Pública pela Universidade Federal de Viçosa (UFV).
Email: alexmacedo.ufv@gmail.com

*** Professor Associado da Universidade Federal de Viçosa (UFV). Programa de Pós-Graduação em Administração, Viçosa / MG – Brasil. Email: marcoufv1@gmail.com

Abstract

The More Doctors Program (PMM), established in 2013 by the Federal Government of Brazil, sought to strengthen the provision of services in primary health care, as well as reduce health inequalities in the country. In order to analyze these changes, a quasi-experimental evaluation was conducted before and after the implementation of the PMM in a group of 791 socioe-

conomic and health vulnerable municipalities, comparing the effects of intervention in reducing inequalities in doctors, expanding coverage and resolving Primary Care (AB), as well as reducing regional inequality in health. The results indicate an increase of 0.49 points in the medical rate in primary care in the group of treated municipalities. This expansion of doctors made it possible to increase the family health team (eSF) population coverage rate by 25.61 points, as well as to expand the rate of home visits made by doctors by 33.49 points. Despite the advances, the results showed no improvement in the follow-up of people registered by the eSF, as well as no advances in the resolution of primary care, reducing referrals to specialists, hospitalizations, urgency and emergency, as well as those hospitalizations that are sensitive to primary health care. Additionally, the analyzes showed no reductions in the infant mortality rate. Conversely, an increase of 2.93 in the indicator was documented. Thus, the evidence partly points to the strengthening of health service delivery; on the other hand, the effects of human resources policies on health, such as PMM on health outcomes, remain inconclusive.

Keywords: Policy Evaluation. More Doctors Program. Primary care. Quasi-Experimental Study.

1 Introdução

A respeito do contexto de fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS) e da efetivação da saúde enquanto direito social, o Programa Mais Médicos (PMM), instituído em 2013 pelo Governo Federal, buscava, dentre outros objetivos, ampliar a prestação de serviços em atenção básica (AB) no país e reduzir as desigualdades regionais em saúde. Para tanto, as ações do PMM envolviam o provimento emergencial de médicos em regiões que enfrentavam dificuldades para prover e fixar esses profissionais, bem como o aprimoramento da formação médica com base em novas diretrizes curriculares e expansão de vagas em cursos de medicina e residência médica, além de investimentos e qualificação da infraestrutura das unidades básicas de saúde (UBS).

Passados mais de cinco anos do início de sua implementação, faz-se necessário investigar a efetividade do programa em relação aos seus efeitos em melhorias da prestação de serviços de saúde, da resolutividade da Atenção Primária à Saúde (APS), que no país é conhecida como Atenção Básica (AB) e dos indicadores de saúde populacional, como a infantil. Estudar essas questões estaria consoante à agenda de prioridades de pesquisa do Ministério da Saúde, que deseja conhecer o “impacto do Programa Mais Médicos para a atenção básica em áreas de elevada vulnerabilidade social”¹. Problematizações da literatura também têm questionado as mudanças nos indicadores de saúde da população que poderiam ser atribuídos ao PMM². Ou seja, há necessidade de conhecer o impacto do PMM nos resultados da saúde pública. As análises empreendidas neste artigo contribuem para preencher em parte as lacunas apresentadas.

Revisões de literatura sobre o PMM têm apontado crescimento da produção científica e uma diversidade de temas estudados, como: a) análise da implementação; b) os efeitos do PMM na distribuição equitativa de médicos, cobertura e acesso à saúde, mudanças nos processos e práticas de trabalho, satisfação dos usuários e gestores, nas situações de saúde, entre outros; c) análise política do programa; d) as repercussões da intervenção nas mídias; e) análises jurídicas/constitucionais e limitações e críticas ao PMM. Os temas menos recorrentes são aqueles voltados a f) formação médica e g) as ampliações e melhorias da infraestrutura das unidades básicas de saúde³.

¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Agenda de Prioridades de Pesquisa do Ministério da Saúde - APPMS*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia, 2018a. p. 19.

² BARBOSA, Allan Claudius Queiroz et al. Programa Mais Médicos: como avaliar o impacto de uma abordagem inovadora para superação de iniquidades em recursos humanos. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 42, n. 185, p. 1-8, 2018.

³ KEMPER, Elisandrée Sguario; MENDONÇA, Ana Valeria Machado; SOUSA, Maria Fátima de. The Mais Médicos (More Doctors) Program: panorama of the scientific output. *Ciência & saúde coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2785-96, set. 2016; MEDINA, Maria

Para fins deste estudo, o foco de análise refere-se aos efeitos da intervenção, considerando-se as observações da literatura que apontam para ampliação do acesso e cobertura dos serviços de saúde após implantação do programa⁴. Indicadores de mortalidade — como a evitável, prematura, por causa externa, e o baixo peso ao nascer foram objetos de avaliação em municípios da região metropolitana de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul. Os resultados de forma agregada não permitiram conclusões taxativas, mas revelaram que naqueles municípios com melhor cobertura de AB, esses indicadores foram maiores do que nos entes municipais com condições mais deficitárias de cobertura de AB⁵.

As internações por condições sensíveis a Atenção Primária à Saúde (ICSAP) por diarreia e gastroenterite foram objeto de avaliação nos estados da região Nordeste do País. Por meio de comparação de médias no período de setembro de 2012 a agosto de 2015, Gonçalves⁶ et al. identificaram redução de 35% nas internações investigadas. De forma similar, os resultados em contexto nacional mostraram indícios de redução nas ICSAP de 44,9% em 2012, para 41,2% em 2015 em municípios com população extremamente pobre e de regiões de fronteira contemplados com o PMM, enquanto o mesmo indicador manteve-se inalterado no grupo de entes locais não participantes do PMM⁷.

Mesmo sendo importantes os avanços alcançados com os resultados apontados com a implementação do PMM, sugere-se cautela em função de limitações de abrangência territorial e metodológicas, como a utilização de séries temporais e modelos avaliativos que levem em consideração variáveis de controle⁸. Em função disso, a literatura apontou a necessidade de estudos avaliativos sobre o PMM com desenhos metodológicos quase-experimentais⁹.

Os estudos quase-experimentais são aqueles que “não têm como base a seleção aleatória dos beneficiários para o tratamento”¹⁰, como é o caso do PMM. No processo de implementação do PMM, não é possível realizar distribuição aleatória dos municípios que seriam ou não contemplados com a intervenção para formar os grupos de tratamento e controle, pois normativos do PMM estabelecem critérios alocativos de prioridade no recebimento da política. Ademais, o PMM depende da vontade manifesta dos entes municipais e dos médicos em realizar a adesão a partir de chamamentos públicos.

Dessa forma, os métodos quase-experimentais, como o Diferença em Diferença e o Pareamento, são possibilidades a serem utilizadas na avaliação de impacto do PMM. Além de ser uma possibilidade alternativa aos modelos experimentais, os estudos quase experimentais apresentam vantagens como alto nível de validade externa, são úteis para intervenções que produzem impactos no longo prazo e são adequados para intervenções em que os resultados são afetados por uma longa cadeia de causas, como é o caso do PMM.

Guadalupe et al. Programa Mais Médicos: mapeamento e análise da produção acadêmica no período 2013-2016 no Brasil. *Saúde em Debate*, v. 42, n. especial 01, p. 346-360, 2018; ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Programa Mais Médicos no Brasil. Panorama da Produção Científica*. Brasília: OPAS, 2017; RIOS, David Ramos da Silva; TEIXEIRA, Carmen. Mapeamento da produção científica sobre o Programa Mais Médicos. *Saúde e Sociedade*, v. 27, n. 3, p. 794-808, 2018.

⁴ LIMA, Rodrigo Tobias de Sousa et al. A Atenção Básica no Brasil e o Programa Mais Médicos: uma análise de indicadores de produção. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2685-2696, set. 2016; MIRANDA, Gabriella Moraes Duarte et al. A ampliação das equipes de saúde da família e o Programa Mais Médicos nos municípios brasileiros. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 15, n. 1, p. 131-145, 2017; SILVA, Bruna Pontes da et al. Ampliação do acesso à saúde na região mais vulnerável do estado de São Paulo, Brasil: reflexo do Programa Mais Médicos? *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2899-2906, set. 2016.

⁵ MENDONÇA, Claunara Schilling; DIERCKS, Margarita Silva; KOPITTIKE, Luciane. O fortalecimento da Atenção Primária à Saúde nos municípios da Região Metropolitana de Porto Alegre, Brasil, após a inserção no Programa Mais Médicos: uma comparação intermunicipal. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2871-2878, set. 2016.

⁶ GONÇALVES, Rogério Fabiano et al. Programa Mais Médicos no Nordeste: avaliação das internações por condições sensíveis à Atenção Primária à Saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2815-2824, 2016.

⁷ SANTOS, Leonor Maria Pacheco et al. Implementation research: towards universal health coverage with more doctors in Brazil. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 95, n. 2, p. 103-112, 1 fev. 2017.

⁸ MEDINA, Maria Guadalupe et al. Programa Mais Médicos: mapeamento e análise da produção acadêmica no período 2013-2016 no Brasil. *Saúde em Debate*, v. 42, n. especial 01, p. 346-360, 2018.

⁹ BARBOSA, Allan Claudius Queiroz et al. Programa Mais Médicos: como avaliar o impacto de uma abordagem inovadora para superação de iniquidades em recursos humanos. *Revista Panamericana de Salud Pública*, v. 42, n. 185, p. 1-8, 2018.

¹⁰ GERTLER, Paul J. et al. *Avaliação de impacto na prática*. Washington: Banco Mundial, 2015. p. 370.

Outrossim, eles podem ser aplicados usando dados retrospectivos e, de forma geral, são mais rápidos e menos onerosos que estudos experimentais¹¹.

Estudos valendo-se de métodos quase-experimentais evidenciaram o papel do PMM para redução das ICSAP, com efeitos maiores para os municípios mais pobres e situados nas regiões Norte e Nordeste do país. A redução foi mais significativa a partir do segundo ano da intervenção, com a diminuição de 6% nas internações, uma economia estimada ao final de três anos (em 2016) de 6.185.019,85 dólares¹².

Apesar dos estudos mostrarem coerência quanto aos efeitos do PMM nas ICSAP, em outros indicadores de saúde, as evidências científicas nem sempre coadunam na mesma direção. Por exemplo, Mazetto¹³, em seu estudo, mostrou o efeito do PMM para ampliação do atendimento à população, com mais consultas, encaminhamentos, exames e visitas domiciliares. Diferentemente, os resultados do estudo conduzido por Santos¹⁴ não identificou efeitos do PMM sobre o número de consultas médicas realizadas, consultas pré-natais e nos indicadores de mortalidade (neonatal e a neonatal tardia).

Em relação aos indicadores de mortalidade, os estudos não são conclusivos quanto ao efeito do PMM. Por exemplo, Carrillo e Feres¹⁵ valendo-se do método diferença em diferença identificaram incremento de médicos de 17% em municípios tratados, o que refletiu em ampliação das consultas médicas (4,3%) e atendimento pré-natal (10%). Esperava-se que esses resultados possibilitassem melhorias na saúde infantil, entretanto, o incremento de médicos não indicou incrementos nos indicadores de baixo peso ao nascer, prematuridade e mortalidade infantil.

A proposta central do artigo é analisar os efeitos do PMM nos resultados da AB no contexto dos municípios brasileiros, considerando o papel do programa na redução das desigualdades de médicos, ampliação da cobertura e resolutividade da AB, bem como redução da desigualdade regional em saúde, captada pela mortalidade infantil. O estudo contribui de forma incremental a literatura ao focalizar a avaliação dos efeitos do PMM em um grupo de municípios considerados vulneráveis em termos socioeconômicos e epidemiológicos, que os tornariam prioritários em termos de recebimento da política, já que ela tem como um de seus propósitos diminuir a carência de médicos nas regiões prioritárias para o SUS, a fim de reduzir as desigualdades regionais na área da saúde.

A literatura e órgãos de controle indicaram falhas no processo alocativo de médicos pelo PMM¹⁶, o que torna a avaliação do programa considerando um critério alocativo pautado em vulnerabilidades de saúde ainda mais necessário para uma aferição acurada dos resultados do PMM no grupo de municípios prioritários ao seu recebimento. O que seria uma contribuição aos estudos realizados até então.

¹¹ BARRETO, Maurício Lima. Invited Commentary on Quasi-Experiments: Going Beyond the Observational and Experimental Dichotomy in Epidemiological Study Design. *Current Epidemiology Reports*, v. 3, n. 4, p. 259-261, 2016.

¹² FONTES, Luiz Felipe; CONCEIÇÃO, Otávio; JACINTO, Paulo. Evaluating the impact of physicians' provision on primary healthcare: Evidence from Brazil's More Doctors Program. *Health Economics*, v. 27, n. 8, p. 1284-1299, 2018.

¹³ MAZETTO, Débora. *Assessing the impact the "Mais Médicos" program on basic health care indicators*. Dissertação (Mestrado em Economia). Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, 2018.

¹⁴ SANTOS, Fernanda Julyanna Silva dos. *O programa mais médicos: uma avaliação do impacto sobre indicadores de saúde do Brasil*. Tese (Doutorado em Administração) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

¹⁵ CARRILLO, Bladimir; FERES, José Gustavo. *More Doctors, Better Health? Evidence from a Physician Distribution Policy*. HEDG, c/o Department of Economics, University of York, 2017. Disponível em: <https://www.york.ac.uk/media/economics/documents/hedg/workingpapers/1729.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

¹⁶ BITTAR, O. J. N. V. O mercado médico no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 33, n. 1, p. 55-66, 1999; BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 360/2017. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Seção: 08/03/2017, 2017; BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. Relatório de avaliação da execução do programa de governo no 86 Programa Mais Médicos. Brasília, 2018. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/11363.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.; GIRARDI, Sábado Nicolau et al. Impacto do Programa Mais Médicos na redução da escassez de médicos em Atenção Primária à Saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2675-2684, set. 2016; OLIVEIRA, João Paulo Alves; SANCHEZ, Mauro Niskier; SANTOS, Leonor Maria Pacheco. O Programa Mais Médicos: provimento de médicos em municípios brasileiros prioritários entre 2013 e 2014. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2719-2727, set. 2016.

Adicionalmente, o estudo traz um recorte temporal maior de exposição ao PMM em relação aos outros estudos com dados até o ano de 2017. Ainda assim, o prazo de implementação do programa é curto. A intervenção está em curso e conforme documentado pela literatura há diversas externalidades positivas (ampliação do escopo de práticas das eSF, ampliação e melhoria da infraestrutura das unidades de saúde, entre outras), que não foram objeto do estudo e que podem afetar os resultados. Adicionalmente, resultados de médio e longo prazo, que ainda é cedo para aferir, podem provocar mudanças na saúde pública. Por exemplo, o impacto da interiorização das vagas de graduação e residência médica para a distribuição e fixação de médicos em áreas desassistidas, e para a atenção básica. Não obstante, os efeitos da inserção de médicos formados sob as novas diretrizes curriculares nos resultados da saúde pública.

Além dessa seção introdutória, o artigo está organizado em mais quatro seções. A segunda faz um resgate da literatura mostrando os efeitos das políticas de recursos humanos em saúde nos resultados de saúde. Em seguida, discutem-se os aspectos metodológicos do estudo, com a seleção das variáveis e a estratégia empírica de investigação. Na terceira seção, os resultados e discussão são apresentados. Por fim, as considerações finais.

2 O Efeito das Políticas de Recursos Humanos Em Saúde (RHS) nos Resultados de Saúde

Um sistema de saúde pautado por ações de APS tende a ser mais efetivo¹⁷. A carência e distribuição desigual dos RHS pode afetar fortemente o desempenho e efetividade dos sistemas de saúde. A literatura sobre o assunto relevou influência dos RHS nos resultados de saúde¹⁸. Segundo Starfield¹⁹, um maior número de profissionais médicos da atenção primária (como os médicos de família e comunidade no Brasil), em detrimento de especialistas, resulta em melhores indicadores de saúde, bem como em menores custos de prestação do serviço conforme apontaram Engstrom, Foldevi e Borgquist²⁰.

Alguns estudos entre países vêm mostrando que, quando há um aumento na densidade dos recursos humanos em saúde (RHS) por mil habitantes, há redução na carga de doenças da população²¹. No Vietnã, por exemplo, constatou-se a relação estatística entre a disponibilidade de profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, parteiros e farmacêuticos) e os resultados de saúde em relação à melhoria da expectativa de vida ao nascer e redução das taxas de mortalidade infantil e de menores de cinco anos, controlado pela renda *per capita*, densidade populacional, taxa de pobreza e de analfabetismo de adultos²².

Estudando o efeito dos profissionais de saúde na mortalidade materna, infantil e para menores de cinco anos, controlado por determinantes socioeconômicos (renda e educação), Anand e Barnighausen²³ evidenciaram significância estatística nesses resultados. Apesar de ser um dos recursos imprescindíveis aos sistemas de saúde, a escassez de profissionais de saúde é vista como um obstáculo para alcançar a cobertura universal

¹⁷ STARFIELD, Bárbara. *Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia*. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002.

¹⁸ ANAND, Sudhir; BARNIGHAUSEN, Até. Human resources and health outcomes: cross-country econometric study. *Lancet (London, England)*, v. 364, n. 9445, p. 1603-1609, out. 2004.

¹⁹ STARFIELD, Bárbara. *Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia*. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002.

²⁰ ENGSTROM, Sven; FOLDEVI, Mats; BORGQUIST, Lars. Is general practice effective? A systematic literature review. *Scandinavian journal of primary health care*, v. 19, n. 2, p. 131-144, jun. 2001.

²¹ CASTILLO-LABORDE, Carla. Human resources for health and burden of disease: an econometric approach. *Human Resources for Health*, v. 9, n. 1, p. 4, jan. 2011.

²² NKONKI, L.; TUGENDHAFT, A.; HOFMAN, K. A systematic review of economic evaluations of CHW interventions aimed at improving child health outcomes. *Human Resources for Health*, v. 15, n. 1, p. 19, 2017.

²³ ANAND, Sudhir; BARNIGHAUSEN, Até. Human resources and health outcomes: cross-country econometric study. *Lancet (London, England)*, v. 364, n. 9445, p. 1603-1609, out. 2004.

em saúde. O relatório *The world health report 2006: working together for health* da Organização Mundial de Saúde (OMS), aponta a temática dos RHS como questão-chave para promoção da universalização da saúde. Nesse relatório, estimou-se que 57 países apresentavam à época, escassez equivalente a um déficit mundial de 2,4 milhões de médicos, enfermeiros e parteiras²⁴.

Nesse sentido, a OMS emitiu recomendações aos países para aumentar o acesso da população que vive em áreas rurais, remotas e carentes aos profissionais da saúde. Uma forma de se alcançar esse objetivo seria ampliando a retenção desses profissionais nessas localidades através de ações governamentais, já que individualmente por uma série de motivos (pessoais, salariais, condições de trabalho, supervisão, infraestrutura, distância geográfica, nível de desenvolvimento, oportunidades de atualização profissional, entre outros), os profissionais optam ou não por ocupar os postos de trabalho nestas localidades. Para tanto, foi sugerido investir em políticas de recursos humanos, conjugando ações de: a) seleção; b) educação; c) regulatória/normativa; d) incentivos financeiros; e) suporte pessoal e profissional aos trabalhadores da saúde²⁵.

A respeito do conjunto geral de sugestões da OMS, o PMM contemplou 37,5% das 16 recomendações²⁶. Evidências científicas apontam que as intervenções propostas pelos países se concentram em uma única ou poucas estratégias a fim de mitigar os fatores que poderiam contribuir para retenção dos RHS. As sugestões da literatura apontam a necessidade de os governos conjugarem estratégias que sejam capazes de mitigar os efeitos dos fatores que contribuem para a decisão dos trabalhadores de saúde em ir, permanecer ou deixar as áreas de trabalho rurais/remotas/vulneráveis, pois, as decisões deles não são baseadas em apenas um único fator²⁷.

A despeito disso, sistematizações da literatura indicam poucas evidências empíricas do sucesso dessas intervenções em promover melhor distribuição dos profissionais de saúde²⁸. Particularmente, os efeitos dessas intervenções nos resultados de saúde são pouco conhecidos. Dolea, Stormont e Braichet²⁹ procuraram sistematizar os estudos que avaliavam a eficácia e sustentabilidade destas intervenções. De um total de 27 trabalhos incluídos na análise, somente quatro analisaram os efeitos das políticas na saúde pública. Os estudos apontaram melhoria para o atendimento, redução de encaminhamentos e diminuição do tempo de espera. Porém, não houve menção às mudanças nos indicadores de mortalidade após as políticas implementadas.

De forma similar, mas com maior rigor metodológico, as revisões de literatura realizadas pelo grupo de revisores da Cochrane tiveram como propósito avaliar o papel dessas políticas em promover uma melhor distribuição de médicos a partir de estudos com ensaios clínicos randomizados, padrão geralmente adotado em suas revisões. Como não identificaram à época, estudos com esse rigor metodológico incluíram os estudos quase randomizados, controlados antes e depois dos estudos das intervenções e as séries temporais interrompidas. Nenhum dos 1.844 estudos identificados foi inserido na revisão considerando os critérios de inclusão, o que denota a necessidade de estudos mais robustos sobre a temática³⁰.

²⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The World Health Report 2006: Working Together for Health*. Geneva: World Health Organization, 2006.

²⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Increasing access to health workers in remote and rural areas through improved retention - global policy recommendations. *Sciences-New York*, p. 70, 2010.

²⁶ CARVALHO, Viviane K. da Silva.; MARQUES, Carla Pintas; SILVA, Everton Nunes da. A contribuição do Programa Mais Médicos: análise a partir das recomendações da OMS para provimento de médicos. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2773-2784, 2016.

²⁷ LEHMANN, Uta; DIELEMAN, Marjolein; MARTINEAU, Tim. Staffing remote rural areas in middle- and low-income countries: a literature review of attraction and retention. *BMC health services research*, v. 8, n. 19, p. 1-10, 23 jan. 2008.

²⁸ LEHMANN, Uta; DIELEMAN, Marjolein; MARTINEAU, Tim. Staffing remote rural areas in middle- and low-income countries: a literature review of attraction and retention. *BMC health services research*, v. 8, n. 19, p. 1-10, 23 jan. 2008; WILSON, Nathaniel et al. A critical review of interventions to redress the inequitable distribution of healthcare professionals to rural and remote areas. *Rural and remote health*, v. 9, n. 2, p. 1060, 2009.

²⁹ DOLEA, Carmen; STORMONT, Laura; BRAICHET, Jean-Mark. Evaluated strategies to increase attraction and retention of health workers in remote and rural areas. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 88, n. 5, p. 379-385, maio 2010.

³⁰ GROBLER, Liesl et al. Interventions for increasing the proportion of health professionals practising in rural and other under-served areas. *Cochrane Database of Systematic Reviews*, v. 1, n. CD005314, 2009.

Em 2015, os revisores do grupo atualizaram o levantamento considerando os mesmos critérios metodológicos. Dos 8.945 registros de acordo com os critérios de busca, 125 estudos foram selecionados para leitura final. Destes, somente um atendia aos pressupostos metodológicos exigidos. Novamente, os revisores constataram o pequeno número de evidências confiáveis destas intervenções em promover uma distribuição mais equitativa de profissionais de saúde³¹. O foco das investigações concentrava-se nos fatores favoráveis e limitantes, bem como nos efeitos sobre a distribuição de médicos, e pouco discutia as mudanças nos indicadores de saúde, como os de mortalidade.

Na Austrália, Yong et al.³² procuraram avaliar a eficácia da política de incentivo financeiro do governo australiano para atrair e reter os clínicos gerais em áreas remotas, valendo-se do método diferença em diferença. Os autores não constataram resultados de que o programa de incentivo rural tenha alterado o estoque geral de clínicos gerais nessas localidades em relação às áreas metropolitanas. A política de incentivo surtiu mais efeito nos recém-graduados, que deveriam ser priorizados na política em detrimento dos mais seniores. Os autores controlaram a análise com variáveis populacionais (tamanho da população, a proporção de mulheres e a proporção de pessoas com mais de 65 anos de idade), bem como a situação econômica das regiões.

É importante frisar que outras categorias de profissionais de saúde, além dos médicos, são essenciais para uma boa qualidade na prestação dos serviços de saúde. Isso não significa invalidar ou não reconhecer a importância dos médicos para o desempenho dos sistemas de saúde. A título de exemplo, a inserção de parteiras nas equipes de médicos de família em áreas rurais na região do oriente médio, conhecida como Curdistão, mostrou aumento na conscientização das mulheres quanto aos benefícios do parto normal e diminuição da preferência pela cesárea, mas os resultados não apontaram diminuição nas taxas de parto por cesárea³³.

No Brasil, APS está estruturada na Política Nacional de Atenção Básica (Pnab), que definiu como forma de organizar a AB, a Estratégia de Saúde da Família (ESF). A AB é desenvolvida por equipes multiprofissionais de saúde, podendo contar, dentre outros, com médicos, enfermeiros, auxiliar ou técnico de enfermagem, agentes comunitários de saúde (ACS), ou outros profissionais, a depender do tipo de equipe formada considerando as características e necessidades municipais. Os médicos do PMM fazem parte das Equipes de Saúde Família (eSF) e Atenção Básica (eAB), conforme Portaria n.º 1.143, de 29 de outubro de 2014.

Muitos estudos desenvolvidos no país observaram que o fortalecimento da ESF permite melhores resultados de saúde populacional, como redução das taxas de mortalidade infantil, de menores de cinco anos, mortalidade materna e diminuição das taxas de ICSAP³⁴. Diante do exposto, evidencia-se a complexidade e a necessidade em avaliar os efeitos das políticas de RHS, no sentido de mensurar os resultados das intervenções e atribuí-los as ações das políticas propostas. Na próxima seção, é apresentada a estratégia empírica de investigação do estudo.

³¹ GROBLER, Liesl; MARAIS, Ben; MABUNDA, Sikhumbuzo. Interventions for increasing the proportion of health professionals practising in rural and other underserved areas. *Cochrane Database of Systematic Reviews*, v. 6, n. CD005314, p. 83, 2015.

³² YONG, Jongsay et al. Do rural incentives payments affect entries and exits of general practitioners? *Social Science & Medicine*, v. 214, p. 197-205, 2018.

³³ HAJIZADEH, Shayesteh et al. Effects of Recruiting Midwives into a Family Physician Program on Women's Awareness and Preference for Mode of Delivery and Caesarean Section Rates in Rural Areas of Kurdistan. *Plos One*, v. 11, n. 4, p. e0151268, 8 abr. 2016.

³⁴ AQUINO, Rosana.; OLIVEIRA, Nelson F. de; BARRETO, Maurício L. Impact of the Family Health Program on Infant Mortality in Brazilian Municipalities. *American Journal of Public Health*, v. 99, n. 1, p. 87-93, 4 jan. 2009; PINTO JUNIOR, Elzo Pereira et al. Efeito da Estratégia Saúde da Família nas internações por condições sensíveis à atenção primária em menores de um ano na Bahia, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 34, n. 2, p. 1-11, 2018; RASELLA, Davide; AQUINO, Rosana; BARRETO, Maurício Lima. Impact of the Family Health Program on the quality of vital information and reduction of child unattended deaths in Brazil: an ecological longitudinal study. *BMC Public Health*, v. 10, n. 1, p. 380, 2010.

3 Metodologia

3.1 Dados e estratégia de investigação

Trata-se de uma análise *cross section* do efeito do PMM considerando-se os anos de 2012, antes da implantação da intervenção e após implementação do programa em dois momentos do tempo, em 2015 e 2017 em função de disponibilidade dos dados. Algumas variáveis de desfecho utilizadas, principalmente aquelas relacionadas a pessoas acompanhadas, visitas médicas e encaminhamentos estavam disponíveis nas bases de dados oficiais somente até o ano de 2015. Por sua vez, outras de desfecho, como a taxa de médicos na atenção básica, cobertura populacional, ICSASP e a taxa de mortalidade infantil possuíam lastros temporais maiores, disponíveis até o ano 2017, quando da realização do estudo.

Estabeleceu-se como corte os anos de 2013 e 2014, tendo em vista que muitos municípios aderiram ao programa neste intervalo. Além do mais, a implementação do PMM foi um processo que demandou meses para sua operacionalização — entre os chamamentos públicos de adesão de municípios e médicos até a efetiva chegada do profissional no território e atuação nas unidades de saúde. Entre os anos de 2013 e 2014, o total de médicos, entrantes menos desistentes, chegou a 13,6 mil alocados em 3.591 municípios, conforme dados obtidos pela lei de acesso à informação.

Embora houvesse dados de resultados para os anos de 2013 e 2014, eles não foram considerados para a análise dos efeitos nesse período. Adicionalmente, considerou-se a permanência no programa ao longo do período analisado, isto é, entes municipais que aderiram ao PMM entre os anos de 2013 e 2014 e que permaneceram até o ano de 2017, período mais recente de informações atualizadas. Tendo assim, ao menos quatro anos de exposição à intervenção. O tempo de adesão ao PMM poderá revelar diferenças nos resultados entre os municípios, pois o programa pode não produzir resultados imediatamente à sua implementação, bem como as gestões locais podem demandar tempo para entendimento da sua operacionalização, entre outros fatores³⁵.

Para as análises, consideraram-se informações de saúde pública, socioeconômicas e de estrutura de prestação de serviços de saúde que estão descritas no quadro 01 (anexo), que explicita, de forma sintética, as variáveis incluídas no estudo (desfecho e controle), suas definições, fórmulas de cálculo e as fontes dos dados.

Desde já, cabe esclarecer que apenas comparar os municípios antes e depois da intervenção do PMM não é capaz de revelar o efeito da política, uma vez que, diversos outros fatores podem afetar os resultados da intervenção. Assim, “para poder estimar o efeito causal ou impacto de um programa sobre os resultados, qualquer método escolhido deve estimar o chamado contrafactual, isto é, qual teria sido o resultado para os participantes do programa se eles não tivessem participado”³⁶.

Diante disso, torna-se viável utilizar métodos como o Diferenças em Diferenças (DD), adotado nos estudos de abordagem quase experimentais³⁷. O método DD “compara as mudanças nos resultados ao longo do tempo em uma população inscrita em um programa (o grupo de tratamento) e uma população que não está inscrita (o grupo de comparação)” comumente designado de controle³⁸.

Para definição da amostra de municípios do estudo, consideraram-se as condições de vulnerabilidade (severa e alta) em saúde a partir do Indicador de Vulnerabilidade e Condições em Saúde (IVCS) para o ano

³⁵ GERTLER, Paul J. et al. *Avaliação de impacto na prática*. Washington: Banco Mundial, 2015.

³⁶ GERTLER, Paul J. et al. *Avaliação de impacto na prática*. Washington: Banco Mundial, 2015. p. 8.

³⁷ BARRETO, Maurício Lima. Invited Commentary on Quasi-Experiments: Going Beyond the Observational and Experimental Dichotomy in Epidemiological Study Design. *Current Epidemiology Reports*, v. 3, n. 4, p. 259-261, 2016; REEVES, Barnaby C.; WELLS, George A.; WADDINGTON, Hugh. Quasi-experimental study designs series—paper 5: a checklist for classifying studies evaluating the effects on health interventions—a taxonomy without labels. *Journal of Clinical Epidemiology*, v. 89, p. 30-42, 6 set. 2017.

³⁸ GERTLER, Paul J. et al. *Avaliação de impacto na prática*. Washington: Banco Mundial, 2015. p. 99-100.

de 2012 (antes do PMM) elaborado por Macedo e Ferreira³⁹ a partir de informações socioeconômicas e de saúde dos municípios brasileiros. A amostra continha 895 municípios no grupo de vulnerabilidades do IVCS. Para definição do grupo de tratamento, consideraram-se aqueles municípios que aderiram ao PMM entre os anos de 2013 e 2014, e que permaneceram no programa até o ano de 2017, totalizando, assim 572 municípios. Por sua vez, o grupo de controle, eram aqueles entes em situação de vulnerabilidade, mas que não aderiram ao Mais Médicos em nenhum momento do recorte temporal. Eram 209 municípios nesta situação. Dessa forma, o total de observações final foi de 781.

O perfil dos 781 municípios analisados neste estudo em sua maior parte é das regiões Nordeste (67%) e Norte (18%) do país, seguido das regiões Sudeste (9%), Sul (4%) e Centro-Oeste (3%). Considerando-se o porte populacional, a grande maioria é de pequeno porte. 71% dos municípios possuem até 20 mil habitantes. Aqueles na faixa dos 20 aos 50 mil habitantes somam 24%. Em seguida, estão 3% dos entes na faixa dos 50 aos 100 mil habitantes e somente 1%, são municípios na faixa populacional dos 100 aos 500 mil habitantes.

A partir de então, estabeleceram-se os grupos de tratamento e controle a fim de observar os efeitos do PMM considerando o fortalecimento da prestação de serviços em saúde em AB, um de seus objetivos. Para tanto, analisou-se como desfecho: a) o incremento de médicos na AB; b) capacidade de cobertura populacional das equipes de saúde da família (eSF); c) o número de pessoas acompanhadas pelas eSF; d) a proporção de visitas médicas realizadas. Esses indicadores procuravam captar a ampliação da cobertura dos serviços de saúde. Em seguida, analisou-se a resolutividade da APS a partir e) da proporção de encaminhamento para atendimento especializado; f) da proporção de encaminhamentos para atendimento de urgência e emergência; g) da proporção de encaminhamento para internação hospitalar e h) das Internações por Condições Sensíveis à Atenção Primária (ICSAP). Por fim, analisaram-se os efeitos do PMM nos resultados de saúde, pois um de seus objetivos é reduzir as desigualdades regionais em saúde. Desta forma, considerou-se o seu impacto do PMM na saúde infantil, materializado pela j) taxa de mortalidade infantil para menores de um ano de vida.

A ampliação do acesso da população aos níveis de atenção à saúde, bem como a redução do déficit de profissionais é uma das formas de contribuir para o fortalecimento da prestação de serviços de saúde no nível da AB, bem como para um maior resolutividade⁴⁰. Uma Atenção Primária à Saúde (APS) efetiva contribui para reduzir os encaminhamentos e as internações de um conjunto de problemas de saúde que são sensíveis à APS, o que indicaria a qualidade e a resolutividade desta orientação⁴¹.

A resolutividade pode ser observada em dois momentos. Num primeiro, dentro do próprio serviço em relação “à capacidade de atender à sua demanda e de encaminhar os casos que necessitam de atendimento mais especializado”. Já num segundo momento, “dentro do sistema de saúde, que se estende desde a consulta inicial do usuário no serviço de atenção primária à saúde até a solução de seu problema em outros níveis de atenção à saúde”⁴².

Dessa forma, a análise dos indicadores de encaminhamentos dos pacientes para outros níveis de atendimento à saúde pode ajudar o entendimento da resolutividade da APS. Por sua vez, o indicador ICSAP instituído por meio da Portaria n.º 221/2008 é considerado o “instrumento de avaliação da atenção primária e/ou da utilização da atenção hospitalar, podendo ser aplicada para avaliar o desempenho do sistema de

³⁹ MACEDO, Alex Santes; FERREIRA, Marco Aurélio Marques. O Programa Mais Médicos e Alocação Equitativa de Médicos na Atenção Primária à Saúde. *In: ENCONTRO DA ANPAD*, 43., 2019, São Paulo. *Anais [...] São Paulo: EnANPAD*, 2019. p. 1-16.

⁴⁰ PINTO, Héider Aurélio et al. O Programa Mais Médicos e o fortalecimento da Atenção Básica. *Divulgação em Saúde para Debate*, v. 51, p. 105-120, 2014.

⁴¹ BERMÚDEZ-TAMAYO, Clara. et al. Características organizativas de la atención primaria y hospitalización por los principales ambulatory care sensitive conditions. *Atención Primaria*, v. 33, n. 6, p. 305-311, 2004.

⁴² TURRINI, Ruth Natalia Teresa; LEBRÃO, Maria Lúcia; CESAR, Chester Luiz Galvão. Resolutividade dos serviços de saúde por inquérito domiciliar: percepção do usuário. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 24, n. 3, p. 663-674, 2008. p. 663.

saúde nos âmbitos Nacional, Estadual e Municipal⁴³. Considerou-se na análise a lista de causas da referida portaria. Ademais, esse indicador foi endossado pelo TCU como uma das formas de avaliar se o PMM estaria contribuindo para fortalecer a prestação de serviços de atenção básica em saúde no País⁴⁴.

Assim, “atividades, como a prevenção de doenças, o diagnóstico e o tratamento precoce de patologias agudas, o controle e acompanhamento de patologias crônicas, devem ter como consequência a redução das internações hospitalares por esses problemas”⁴⁵. Dessa forma, o indicador das ICSAP pode ser usado como instrumento para avaliar o desempenho da atenção primária e também o efeito de intervenções políticas de saúde⁴⁶, como o PMM.

Por fim, a mortalidade infantil é comumente aplicada para evidenciar as condições de desigualdade em saúde pública⁴⁷, um dos objetivos que o PMM busca reduzir. A saúde infantil também é sugerida para avaliar os desfechos das políticas de RHS em melhorias das situações de saúde populacional⁴⁸. O fortalecimento das ações de ESF tem contribuído para reduzir as mortalidades nesse grupo etário⁴⁹.

Não obstante, diversos fatores, como baixos “níveis socioeconômicos da população, quantificáveis por meio do acesso a serviços de saúde e saneamento, do nível de escolaridade da população, da renda per capita e do nível de desigualdade de renda” estão relacionados a altas taxas de mortalidade infantil⁵⁰. Diante do exposto, em seguida discute-se a estratégia empírica de investigação.

3.2 Estratégia Empírica – Diferença em Diferença com *Propensity Score Matching*

Uma questão que merece especial atenção no modelo DD é o efeito das variáveis omitidas que poderia não revelar o efeito real da intervenção, pois a oferta de médicos aos entes locais pode não produzir efeitos nos resultados de saúde pública se outros componentes importantes não se estiverem presentes, como infraestrutura (estabelecimentos e leitos de internação) e recursos - humanos (como o número de médicos na AB) e materiais (recursos recebidos para investimento na saúde e aqueles próprios gerados pelos entes locais para fazer frente às necessidades tanto na saúde quanto em outras áreas). Todavia, é reconhecido, que o bom desempenho do trabalho dos profissionais de saúde é um componente-chave para um sistema de saúde forte, que, aliado a outros determinantes sociais, como o nível de acesso à água e o nível educacional, podem contribuir para melhorar o estado de saúde populacional⁵¹.

⁴³ BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria n.º: 221/SAS de 17 de abril de 2008*, que define a Lista Brasileira de Internações por Condições Sensíveis à Atenção Primária. Diário Oficial da União. Brasil, 2008.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria operacional: Programa Mais Médicos e Projeto Mais Médicos para o Brasil; avaliação da eficácia do programa* (TC nº 005.391/2014-8). Brasília, 2014.

⁴⁵ ALFRADIQUE, Maria Elmira et al. Internações por condições sensíveis à atenção primária: a construção da lista brasileira como ferramenta para medir o desempenho do sistema de saúde (Projeto ICSAP - Brasil). *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 6, p. 1337-1349, jun. 2009. p. 1337.

⁴⁶ ALFRADIQUE, Maria Elmira. et al. Internações por condições sensíveis à atenção primária: a construção da lista brasileira como ferramenta para medir o desempenho do sistema de saúde (Projeto ICSAP - Brasil). *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 6, p. 1337-1349, jun. 2009.

⁴⁷ CARVALHO, Renata Alves da Silva et al. Desigualdades em saúde: condições de vida e mortalidade infantil em região do nordeste do Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 49, n. 5, p. 1-9, 2015; VOLPE, Fernando M. et al. The impact of changing health indicators on infant mortality rates in Brazil, 2000 and 2005. *Revista panamericana de salud publica*, v. 26, n. 6, p. 478-484, dez. 2009.

⁴⁸ HUICHO, Luis et al. Increasing access to health workers in underserved areas: a conceptual framework for measuring results. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 88, n. 5, p. 357-363, 1 maio 2010.

⁴⁹ RASELLA, Davide; AQUINO, Rosana; BARRETO, Maurício Lima. Impact of the Family Health Program on the quality of vital information and reduction of child unattended deaths in Brazil: an ecological longitudinal study. *BMC Public Health*, v. 10, n. 1, p. 380, 2010.

⁵⁰ VOLPE, Fernando M. et al. The impact of changing health indicators on infant mortality rates in Brazil, 2000 and 2005. *Revista panamericana de salud publica*, v. 26, n. 6, p. 478-484, dez. 2009, p. 797.

⁵¹ HUICHO, Luis et al. Increasing access to health workers in underserved areas: a conceptual framework for measuring results. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 88, n. 5, p. 357-363, 1 maio 2010.

A literatura recomenda que os grupos de comparação e tratamento sejam comparáveis, ou melhor, que as diferenças entre os dois grupos ocorram em função das características observáveis controladas pela inserção de variáveis de controle ou de alguma técnica de pareamento⁵². Assim, empregou-se o *Propensity Score Matching* (PSM), que possibilita calcular a probabilidade (PX) das unidades (os municípios) de tratamento e controle vir a participar do PMM considerando os valores observados de suas características, ou melhor, o escore de propensão, que varia de 0 a 1. Convencionalmente, a estimação do *Propensity Score* é realizada por modelos de escolha binária, como os modelos *Logit* e *Probit*.

O escore de propensão evidencia a probabilidade de o município (i) participar do programa dado um conjunto de características observáveis (X_i). Nesse caso, representado pelas variáveis socioeconômicas, infraestrutura e recursos para a prestação de serviços em saúde que podem ser consultadas no quadro 01 (anexo A). Além da pertinência teórica, as variáveis utilizadas no pareamento foram baseadas em exercícios de inclusão e exclusão, considerando a significância estatística no sentido de obter a melhor predição possível do modelo. Ele pode ser representado formalmente pela equação 01, que foi estimada através do modelo *Probit*.

$$(PX) = Pr(PMM_i = 1/X_i) \quad (1)$$

A partir dos seus resultados, realizou-se o pareamento entre os grupos de controle e tratamento que tinham os escores similares. O pareamento foi realizado por meio do vizinho mais próximo, por ser o mais usual na literatura. Ele faz o pareamento para cada unidade do grupo de municípios que receberam o tratamento a pelo menos uma unidade do grupo controle com escores de propensão mais próximo⁵³.

O pareamento para o caso estudado se fez necessário em função de os municípios participantes do PMM não serem escolhidos de forma aleatória e sim, de acordo com critérios de elegibilidade. Entretanto, mesmo a política estabelecendo os critérios de adesão, cabe aos municípios escolherem aderirem ou não a política, ou seja, não é uma adesão obrigatória. Ademais, conforme já apontando pela literatura, mudanças nos critérios alocativos de vagas pelo PMM permitiu a adesão de municípios que não seriam prioritários para participarem da intervenção⁵⁴. Além do mais, verificou-se iniquidades alocativas de médicos pelo PMM⁵⁵, o que reforça a escolha pelo método de pareamento.

Apesar dos resultados do PSM indicar de forma satisfatória o efeito médio da intervenção a partir do pareamento, no estudo, a técnica foi utilizada para estabelecer de forma adequada os grupos de tratamento e controle. Após a definição dos grupos, estimou-se os efeitos através do método de diferença em diferenças (DD). Como o próprio nome sugere, ele calcula duas diferenças. A primeira diz respeito à diferença das médias das variáveis de desfecho para os grupos (tratamento e controle) antes e após a implementação do PMM. A segunda é a diferença da primeira diferença calculada entre os grupos de tratamento e controle. Formalmente, pode ser representado através de uma regressão linear múltipla que foi estimada pelo método de mínimos quadrados ordinários (MQO) na equação 02.

$$Y_{it} = \beta_0 + \beta_1 ano_t + \beta_2 PMM_{it} + \beta_3 X_{it} + \epsilon_{it} \quad (2)$$

Em que que Y_{it} , refere-se às variáveis de desfecho para município i no ano t , que podem ser consultadas no quadro 01 (anexo A). β_0 , mostra o valor esperado da variável de interesse para o grupo de controle, antes da intervenção, revelando os parâmetros de comparação. β_1 capta os efeitos de estar no segundo período para o grupo de controle. Já ano_t é a variável dummy para o período t (1), se os dados se referem ao segundo

⁵² GERTLER, Paul J. et al. *Avaliação de impacto na prática*. Washington: Banco Mundial, 2015.

⁵³ KHANDKER, Shahidur R.; KOOLWAL, Gayatri B.; SAMAD, Hussain A. *Handbook on Impact Evaluation: quantitative methods and practices*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, 2010.

⁵⁴ OLIVEIRA, João Paulo Alves; SANCHEZ, Mauro Niskier; SANTOS, Leonor Maria Pacheco. O Programa Mais Médicos: provimento de médicos em municípios brasileiros prioritários entre 2013 e 2014. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2719-2727, set. 2016.

⁵⁵ GIRARDI, Sábado Nicolau et al. Impacto do Programa Mais Médicos na redução da escassez de médicos em Atenção Primária à Saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2675-2684, set. 2016.

período (pós-implementação) e $t(0)$, indica o período antes da implementação. Por sua vez, β_2 revela as possíveis diferenças entre o grupo de tratamento e controle antes da política mudar, e PMM_{it} é a variável dummy que indica se o município está ($t=1$) ou não ($t=0$) participando do PMM. E_{it} indica o termo de erro.

Adicionalmente, β_3 mostra o impacto da política pública no grupo de tratamento, em relação ao grupo de controle, sobre as variáveis de desfechos analisadas. Para isolar o efeito de outras variáveis que podem estar causando mudanças na variável de interesse, inseriu, no modelo, variáveis de controle, X_{it} , representadas pelas condições socioeconômicas, infraestrutura e recursos de prestação de serviços em saúde dos entes municipais dispostas no quadro 01 (anexo A).

4 Resultados e discussão

A seção está organizada em dois momentos. Num primeiro é apresentado a estatística descritiva dos dados utilizados nas análises realizadas juntamente ao teste de médias. Em seguida, os resultados e análises da estimação com o escore de propensão e do método diferença em diferença.

4.1 Descrição dos dados utilizados para o escore de propensão e diferença em diferença

Conforme estatística descritiva e teste de médias na tabela 01, percebe-se significância estatística ao nível de 1% na taxa de médicos na Atenção Básica (txmed_ab) para ambos grupos de municípios, porém o incremento foi maior no grupo de municípios que participaram do PMM, grupo este que partiu de uma média menor no ano de 2012. Em situação similar, está a cobertura populacional pelas equipes de saúde aptas a receber médicos pelo PMM (txesf), que, antes do PMM, possuíam na amostra estudada cobertura superior a 100% da população. O incremento foi maior no grupo de municípios que participaram da intervenção.

Apesar do aumento da cobertura populacional, essa não se traduziu na ampliação de pessoas acompanhadas (txacomp) pelas equipes, considerando a população do município com maior prioridade de cobertura de atenção básica. O que pode estar relacionado ao incremento ou preenchimento de equipes, indicando maior possibilidade de cobertura. Porém, por uma diversidade de motivos, que podem estar relacionados à implementação do programa e as capacidades de prestação de serviços oferecidas pelos entes municipais, não reverberou em ampliação de pessoas acompanhadas.

Em relação ao indicador que reflete o percentual de visitas domiciliares realizadas pelos profissionais médicos, a txvis_med, percebe-se redução para os grupos, sendo mais expressiva, porém não significativa para os municípios do grupo de controle. Entretanto, a média de 2015 (167.27) do grupo controle era superior à média do grupo de tratamento antes e após a intervenção, o que pode ser reflexo da desassistência de médicos na AB conforme evidenciado pela txmed_ab.

Tabela 1 – estatísticas descritivas e teste de médias para os grupos de tratamento e controle, para os anos de 2012, 2015 e 2017.

Variáveis	Tratamento (n=572)					Controle (n=209)				
	Obs	2012 média	2015 média	2017 média	Diferença	Obs	2012 média	2015 média	2017 média	Diferença
txmed_ab	1,143	0.91	-	1.52	-0.61***	416	0.98	-	1.22	-0.24***
txesf	1,134	109.58	-	132.52	-22.95***	412	144.50	-	151.11	-6.61***
txacomp	959	93.20	88.66	-	4.54	350	98.66	94.98	-	3.68
txvis_med	1,142	159.89	132.03	-	27.86	417	215.73	167.27	-	48.46
txencam_esp	1,050	5.71	4.77	-	0.94	385	5.03	5.18	-	-0.15

Variáveis	Tratamento (n=572)					Controle (n=209)				
	Obs	2012	2015	2017	Diferença	Obs	2012	2015	2017	Diferença
		média	média	média			média	média		
txencam_ih	1,048	0.86	0.70	-	0.16	381	0.86	0.91	-	-0.05
txencam_urg	1,047	1.95	1.75	-	0.20	383	1.72	1.90	-	-0.18
icsap	1,144	28.10	-	23.53	4.57	418	24.25	-	19.72	4.54
tmi	1,057	26.35	-	18.32	8.03	345	30.73	-	21.38	9.35
txlint	836	1.55	-	1.51	0.04	220	2.01	-	2.02	-0.01
txmed_sus	1,144	7.34	-	9.43	-2.09***	418	8.17	-	10.22	-2.05***
txbpbf	1,144	154.36	-	154.42	-0.06	418	152.28	-	147.38	4.90
pip_per capita	1,144	6,747.07	9,017.30	-	-2,270.23***	418	7,665.58	10,014.54	-	-2,348.96***
transf_capita	1,144	162.02	-	219.10	-57.07***	418	176.41	-	284.22	-107.81***
tdis	1,144	36.69	-	29.21	7.47	418	32.94	-	25.66	7.29
rcpc	1,113	1653.08	-	2611.34	-958.25***	408	2071.41	-	3216.24	-1,144.84***
txagua	1,144	39.89	42.36	-	-2.47***	418	45.75	-	47.44	-1.69
txest	1,144	0.70	-	0.48	0.23	418	0.87	-	0.58	0.29

Obs, é igual número total de observações. *** significante a 1%; ** significante a 5%; *significante a 10%

Fonte: elaboração própria a partir de dados da pesquisa.

Considerando-se os indicadores de encaminhamentos para atendimentos especializados (txencam_esp), internação hospitalar (txencam_ih), urgência e emergência (txencam_urg), percebe-se que houve reduções nos indicadores mencionados para o grupo de municípios que receberam a intervenção, ainda que não significativo em termos estatísticos. Em contraposição, no grupo controle, houve piora, com aumento nas taxas de encaminhamentos, porém não foram significativos estatisticamente. O que pode indicar que nesse grupo não houve melhoria da resolutividade da APS. Em relação à taxa de ICSAP, o teste de médias não apontou significância estatística, porém, percebe-se, para ambos grupos analisados, redução em torno de 4,5 pontos na média do indicador. Os municípios do grupo que participaram do PMM apresentaram média superior aos municípios do grupo controle no indicador analisado.

Adicionalmente, o grupo de tratamento partiu de uma média menor em relação à taxa de mortalidade infantil (tmi) quando comparado com o grupo controle, todavia a redução, não significativa em termos estatísticos foi superior no grupo controle. Entretanto, a média do indicador no grupo de controle em 2017 era superior em 3 pontos ao grupo de tratamento.

Em relação às variáveis de controle, que foram inseridas com o intuito de isolar o efeito de outras variáveis que podem provocar mudanças na variável de interesse, inseriu-se no modelo variáveis socioeconômicas e de recursos para prestação de serviços de saúde utilizadas no pareamento dos grupos e no método de diferença em diferença.

As variáveis de cunho socioeconômico, como a proporção de beneficiários do Programa Bolsa Família capitada pela (txbpbf) praticamente se manteve estável para os municípios do grupo tratamento, enquanto houve queda no grupo de controle. Todavia, a taxa do grupo tratamento era superior em relação ao grupo de controle, indicando uma proporção maior de pessoas em situação socioeconômica deficitária. Situação que pode ser endossada pela taxa de distorção idade série (tdis), em que, apesar da redução na distorção ser próxima entre os grupos, a média para os municípios do grupo de tratamento é superior ao controle.

Outro indicador que capta as condições socioeconômicas, a média da proporção da população coberta com abastecimento de água, captada pela txagua, era menor para o grupo de tratamento em relação ao controle. Ambos apresentaram incremento na cobertura, porém o aumento foi mais significativo em termos estatísticos no grupo de municípios que receberam a intervenção.

Em relação à capacidade econômica dos entes municipais, captada pelo produto interno bruto per capita (pip_percapita) e a receita corrente per capita (rcpc), evidencia-se significância estatística ao nível de 1% para ambos grupos, no entanto, o incremento médio de 2012 para 2017 foi maior para os municípios do grupo controle. Estes também tiveram maiores incrementos na média das transferências recebidas fundo a fundo em termos per capita (transf_capita) para investimentos em ações e serviços de saúde.

Considerando-se as condições de prestação de serviços de saúde, as variáveis de proporção de leito de internação (txlint) e de estabelecimentos de saúde (txest) em relação a população, com exceção do grupo controle, em que a txlint apresentou estabilidade, nas demais situações houve redução na capacidade de estrutura para prestação de serviços e ações de saúde. Em situação oposta, a proporção de médicos no SUS (txmed_sus) apresentou melhorias.

Para entender melhor se os grupos de tratamento e controle eram semelhantes, considerando algumas características observáveis, procedeu-se, com o parâmetro dos entes municipais com o escore de propensão pelo método do vizinho mais próximo conforme resultado no Apêndice B. Isso se faz necessário em função de os municípios participantes do PMM não serem escolhidos de forma aleatória e, sim, de acordo com critérios de elegibilidade.

Estimaram-se os escores de propensão por meio do modelo Probit para cada variável de desfecho do estudo com base em algumas características observáveis dos entes municipais, no sentido de encontrar os melhores pares de comparação entre os entes do grupo tratado e controle. Além da pertinência teórica, exercícios de inclusão e exclusão de variáveis foram adotados no sentido de encontrar o modelo ótimo.

De acordo com os resultados observados, percebe-se que quatro variáveis permitiram a formação dos grupos de comparação e controle. A probabilidade estimada de adesão ao PMM é negativamente associada à capacidade de geração de receitas próprias pelos entes municipais, bem como pelo valor repassado por meio das transferências fundo a fundo para ações e serviços de saúde. Isto é, se o ente municipal não enfrenta dificuldades de gerar receitas próprias, aumenta sua capacidade de contratação de médicos por recursos próprios, o que contribui para diminuir a possibilidade de demandar médicos do provimento federal. O inverso também é válido. Se o município não enfrenta dificuldades de gerar receitas, ele se torna menos dependente de transferências governamentais para ações e serviços de saúde. O que aumenta a possibilidade de propor iniciativas próprias voltadas a contratação e retenção de médicos.

Por sua vez, em sentido positivo, o tamanho populacional do ente municipal juntamente à taxa de distorção idade-série, proxy da área educacional, afeta, positivamente, a adesão ao PMM. Com populações maiores, passa a demandar do ente local uma maior força de trabalho em saúde a fim de suprir as demandas por ações e serviços de saúde, o que pode contribuir para aumentar a demanda do ente por médicos. Em relação a defasagem idade-série, proxy da área educacional, o seu aumento significa deterioração das condições sociais⁵⁶. A literatura já indicou que locais mais vulneráveis socialmente enfrentam dificuldades para retenção de médicos⁵⁷. Após a definição dos grupos, estimou-se o modelo de diferença em diferenças (DD).

4.2 Os efeitos estimados do PMM nos Indicadores de Saúde

Definidos os grupos de controle e tratamento para cada variável de interesse do estudo, os efeitos do PMM foram estimados para variáveis de desfecho relacionadas aos indicadores de saúde que estão descritos

⁵⁶ PORTELLA, A. L.; BUSSMANN, T. B.; OLIVEIRA, A. M. H. A relação de fatores individuais, familiares e escolares com a distorção idade-série no ensino público brasileiro. *Nova Economia*, v. 27, n. 3, p. 477-509, 2017.

⁵⁷ ALBUQUERQUE, Cleandro Pires de. Inequalidade na distribuição de reumatologistas no Brasil: correlação com local de residência médica, Produto Interno Bruto e Índice de Desenvolvimento Humano. *Revista Brasileira de Reumatologia*, v. 54, n. 3, p. 166-171, 2014; BITTAR, O. J. N. V. O mercado médico no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 33, n. 1, p. 55-66, 1999; PÓVOA, Luciano; ANDRADE, Mônica Viegas. Distribuição geográfica dos médicos no Brasil: uma análise a partir de um modelo de escolha locacional. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 22, p. 1555-1564, 2006.

na Tabela 02. Os resultados foram estimados considerando-se a equação 02 apresentada na seção metodológica. A tabela 02 indica os impactos da participação no PMM para as variáveis de desfecho — pessoas acompanhadas, visitas médicas, encaminhamento para atendimento especializado, internação hospitalar e encaminhamentos para urgência e emergência para o ano de 2015 em comparação ao período anterior à implementação do PMM, no ano de 2012. As variáveis de controle também estavam disponíveis para o mesmo recorte temporal. Por sua vez, as variáveis de desfecho — taxa de médicos na AB, cobertura populacional, internações por condições sensíveis à APS e taxa de mortalidade infantil foram analisadas para o ano de 2017 em contraposição ao ano de 2012 e controladas por variáveis no mesmo instante temporal.

Um dos objetivos do PMM é contribuir para diminuir a carência de médicos em regiões prioritárias do SUS. De acordo com a estimativa, percebe-se que, após a inserção do programa, houve incremento na taxa de médicos na atenção básica de 0,49 pontos percentuais (p.p) para o grupo de tratamento em relação ao grupo de controle. As variáveis utilizadas para controlar os efeitos evidenciaram que a proporção de estabelecimentos de saúde juntamente à proporção de médicos atuando no SUS contribui, de forma positiva, para o incremento de médicos no nível da AB. Em sentido contrário, o aumento na proporção de pessoas assistidas com programas de transferência de renda, como o bolsa família, contribui, negativamente, para a expansão dos profissionais médicos. Isto é, o aumento da desigualdade social dificulta o aumento na taxa de médicos no nível da AB.

Os controles utilizados, a proporção de estabelecimentos de saúde e o número de médicos atuando no SUS ajudam a entender um pouco das oportunidades de trabalho no município, para além do PMM, como possibilidades de plantão. Ou seja, essas questões funcionam como um incentivo a atração dos profissionais e uma forma de mantê-los atuando no município em caso de ausência do PMM. Em sentido oposto, o nível de pobreza contribui para afastar os profissionais daquele território. Os controles utilizados reforçam os argumentos da literatura em relação aos fatores que facilitam ou dificultam a fixação de médicos, como as oportunidades de ganhos econômicos e o nível de desenvolvimento da região⁵⁸.

Os resultados encontrados endossam outros estudos da literatura que avaliaram com métodos quase-experimentais os efeitos do PMM em relação ao incremento de médicos⁵⁹. Adicionalmente, os achados corroboram estudos de outras políticas de recursos humanos em saúde implementadas em outros países ao apontar aumento no número de profissionais médicos após a implementação das intervenções⁶⁰.

Tabela 2 – Efeitos do PMM nos indicadores de saúde, estimado pelo método de regressão linear múltipla por MQO.

Variáveis	Taxa de Médicos na AB	Cobert. Pop	Pessoas Acomp.	Visitas médicas	Encam. Atend. Especializado	Encam. Internação Hospitalar	Encam. Urgência e Emergência	ICSAP	Mortalidade Infantil
Constante	-0.53	0.85	89.57	350.17	-16.75	2.20	1.35	-9.81	-14.37
PMM	0.49	25.61	0.63	33.49	-0.65	-0.90	-0.08	0.53	2.93
p-valor	0.000***	0.000***	0.865	0.089*	0.663	0.454	0.816	0.55	0.075*
Ano	2017-2012	2017-2012	2015-2012	2015-2012	2015-2012	2015-2012	2015-2012	2017-2012	2017-2012

⁵⁸ ALBUQUERQUE, Cleandro Pires de. Inequalidade na distribuição de reumatologistas no Brasil: correlação com local de residência médica, Produto Interno Bruto e Índice de Desenvolvimento Humano. *Revista Brasileira de Reumatologia*, v. 54, n. 3, p. 166-171, 2014; BITTAR, O. J. N. V. O mercado médico no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 33, n. 1, p. 55-66, 1999; PÓVOA, Luciano; ANDRADE, Mônica Viegas. Distribuição geográfica dos médicos no Brasil: uma análise a partir de um modelo de escolha locacional. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 22, p. 1555-1564, 2006.

⁵⁹ CARRILLO, Bladimir; FERES, José Gustavo. *More Doctors, Better Health? Evidence from a Physician Distribution Policy*. HEDG, c/o Department of Economics, University of York, 2017. Disponível em: <https://www.york.ac.uk/media/economics/documents/hedg/workingpapers/1729.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018; FONTES, Luiz Felipe; CONCEIÇÃO, Otávio; JACINTO, Paulo. Evaluating the impact of physicians' provision on primary healthcare: Evidence from Brazil's More Doctors Program. *Health Economics*, v. 27, n. 8, p. 1284-1299, 2018.

⁶⁰ YONG, Jongsay et al. Do rural incentives payments affect entries and exits of general practitioners? *Social Science & Medicine*, v. 214, p. 197-205, 2018.

Variáveis	Taxa de Médicos na AB	Cobert. Pop.	Pessoas Acomp.	Visitas médicas	Encam. Atend. Especializado	Encam. Internação Hospitalar	Encam. Urgência e Emergência	ICSAP	Mortalidade Infantil
Controles									
txest	0.37*	53.47***	-4.01	-	0.12	-	0.27	5.08*	-23.33***
txmed_sus	0.06***	0.19	0.94	-0.050	0.16	-0.02	0.14**	-0.12	-
txbpbf	-0.01**	0.01	-	-0.04	0.04**	0.00	-0.00	0.02**	0.08***
lnrcpc	0.015	-4.07	-	-54.59	1.36	-0.29	-0.39	-	-
txagua	-	-	0.05	0.79***	-0.03	-0.00	0.00	-	-
txlint	-	-	-	-	-	0.00	-	-	-2.31***
transf_capita	-	-	-	-	-	-	-	0.01	0.02**
lnpib	-	-	-14.16***	-	-	-	-	-	-
Observações	744	744	781	602	602	400	602	781	528
R2	0.1280	0.0927	0.0104	0.0168	0.0009	0.0064	0.0102	0.0114	0.1330
Blocos	7	7	9	9	9	9	9	5	5
Controles: proporção de estabelecimentos de saúde (txest); taxa de médicos do SUS (txmed_sus); proporção de beneficiários do programa bolsa família (txbpbf); logaritmo da receita corrente per capita (lnrcpc); logaritmo do produto interno bruto per capita (lnpib); proporção de pessoas cobertas com abastecimento de água encanada (txagua); transferência fundo a fundo per capita (transf_capita); taxa de leitos de internação (txlint).									
*** significante a 1%; ** significante a 5%; *significante a 10%									

Fonte: elaboração própria a partir de dados da pesquisa.

O incremento de médicos para atenção básica permitiu também ampliar a possibilidade de cobertura populacional das equipes de saúde da família (eSF) aptas a receber médicos do PMM. Isto é, pode ter permitido a formação de novas equipes ou o preenchimento de equipes que tinham dificuldades de reter profissionais. Dessa forma, houve um incremento de 25,6 p.p na taxa de cobertura populacional das equipes dos municípios tratados em relação ao grupo de controle.

Somente a proporção de estabelecimentos de saúde mostrou contribuir estatisticamente como controle dos efeitos na cobertura populacional. Os demais controles, taxa de médicos do SUS, proporção de beneficiários do programa bolsa família e a receita corrente per capita não se mostraram com significância estatística. É importante ressaltar que municípios do grupo controle antes do PMM em 2012 possuíam alta (144,5%) cobertura populacional, o que pode ajudar a entender o porquê eles não estavam interessados em participar do PMM conforme também apontaram⁶¹.

Com o incremento de médicos e expansão da cobertura das eSF, esperava-se ampliação no acompanhamento em termos estatísticos na proporção de pessoas cadastradas pelas equipes, o que não se revelou. Havia, antes do PMM, em 2012, valores expressivos de pessoas cadastradas pelas eSF, superior a 90%, para ambos grupos, sendo maior para o grupo controle (98%). A estatística descritiva anteriormente apresentada mostrou que ambos grupos, tratamento e controle, diminuíram em média o número de pessoas acompanhadas pelas eSF, porém a queda foi menor no grupo controle.

Em relação às visitas domiciliares realizadas por médicos, os resultados apresentaram incremento de 33,4 p.p, significativo a 10%. Como controle, somente a ampliação na proporção de pessoas cobertas com abastecimento de água encanada mostrou contribuir significativamente em termos positivos nos resultados das visitas médicas realizadas. A taxa de médicos no SUS, a proporção de usuários do programa bolsa família e receita corrente per capita não apresentaram significância estatística.

As visitas médicas domiciliares tendem a permitir um atendimento mais humanizado, por ser realizado no contexto social e cultural do paciente. Assim, possibilita ampliar a confiança e o vínculo do paciente — profissional e com o sistema de saúde, bem como permite fortalecer os vínculos do médico com a comunidade⁶².

⁶¹ SANTOS, Leonor Maria Pacheco et al. Implementation research: towards universal health coverage with more doctors in Brazil. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 95, n. 2, p. 103-112, 1 fev. 2017.

⁶² SILVA, Bruna Pontes da et al. Ampliação do acesso à saúde na região mais vulnerável do estado de São Paulo, Brasil: reflexo do

Resultados de outros estudos também apontam ampliação nas visitas médicas em valores próximos a 30%⁶³. Avaliações considerando métodos quase-experimentais caminham nesta mesma direção. Por exemplo, Mazetto⁶⁴ evidenciou resultados próximos deste estudo, incremento de 32,2%. Por sua vez, Santos⁶⁵ indicou incremento, como valores menores, de 8,5 p.p após a inserção do PMM em municípios com 20% ou mais da sua população vivendo em extrema pobreza.

Considerando-se os indicadores de resolutividade, os resultados do estudo mostram que o PMM contribuiu para melhoria dos indicadores ao reduzir os encaminhamentos para atendimento especializado, internação hospitalar e urgência e emergência. Porém, nenhum apresentou significância estatística quando controlado pela proporção de estabelecimentos de saúde, taxa de médicos do SUS, proporção de beneficiários do programa bolsa família, receita corrente *per capita* e proporção de pessoas cobertas com abastecimento de água encanada. A respeito da taxa de encaminhamentos para internações hospitalares, utilizou-se a taxa de leito de internações como controle em vez da proporção de estabelecimentos de saúde; as demais foram mantidas.

Talvez o fato de os municípios analisados possuírem boa cobertura de atenção básica ajude a entender esses resultados, o que pode indicar que esse nível de atenção esteja “incorporando procedimentos de pronto-atendimento e ampliação do escopo das práticas regularmente realizadas”⁶⁶. Os autores comparam a produção de equipes de saúde com médicos do PMM e aquelas sem médicos do programa no ano de 2014, os resultados não mostraram diferenças estatísticas nos encaminhamentos para os demais níveis do sistema de saúde. Porém, revelou que, a respeito do grupo de municípios que aderiram ao PMM tendo 20% ou mais da população, vivem em extrema pobreza, e, em relação aos considerados G100 –, municípios com mais 80 mil habitantes, com piores níveis de desenvolvimento humano, houve menores proporções de encaminhamentos para atendimento especializado e hospitalar em relação à amostra total⁶⁷.

Em sentido contrário, o estudo de Mazetto⁶⁸ apontou que, após a inserção do PMM, houve ampliação de encaminhamentos para outros níveis do sistema de saúde, indicando piora na resolutividade. Segunda a autora, houve aumento significativo em termos estatísticos de 13,2% para as taxas de encaminhamentos especializados, 8,9% para internação hospitalar e de 10,2% para os encaminhamentos de urgência e emergência. Em análise de municípios situados em região de alta vulnerabilidade no Estado de São Paulo, Silva et al.⁶⁹ identificaram que, entre 2012 e 2014, por meio de teste de médias, houve ampliação nos encaminhamentos para especialista (14%), internação hospitalar (33%) e redução nos encaminhamentos de urgência e emergência (-5%).

Em curto prazo, ampliações nas taxas de encaminhamentos são compreensíveis em virtude das demandas reprimidas por atendimento de saúde, da falta de acesso da população às ações e serviços de saúde e dos

Programa Mais Médicos? *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2899-2906, set. 2016.

⁶³ SILVA, Bruna Pontes da et al. Ampliação do acesso à saúde na região mais vulnerável do estado de São Paulo, Brasil: reflexo do Programa Mais Médicos? *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2899-2906, set. 2016; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria operacional: Programa Mais Médicos e Projeto Mais Médicos para o Brasil; avaliação da eficácia do programa* (TC no 005.391/2014-8). Brasília, 2014.

⁶⁴ MAZETTO, Débora. *Assessing the impact the “Mais Médicos” program on basic health care indicators*. 2018. Dissertação (Mestrado em Economia) - Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

⁶⁵ SANTOS, Fernanda Julyanna Silva dos. *O programa Mais Médicos: uma avaliação do impacto sobre indicadores de saúde do Brasil*. Tese (Doutorado em Administração) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

⁶⁶ LIMA, Rodrigo Tobias de Sousa et al. A Atenção Básica no Brasil e o Programa Mais Médicos: uma análise de indicadores de produção. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2685-2696, set. 2016. p. 2694.

⁶⁷ LIMA, Rodrigo Tobias de Sousa et al. A Atenção Básica no Brasil e o Programa Mais Médicos: uma análise de indicadores de produção. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2685-2696, set. 2016.

⁶⁸ MAZETTO, Débora. *Assessing the impact the “Mais Médicos” program on basic health care indicators*. 2018. Dissertação (Mestrado em Economia) - Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

⁶⁹ SILVA, Bruna Pontes da et al. Ampliação do acesso à saúde na região mais vulnerável do estado de São Paulo, Brasil: reflexo do Programa Mais Médicos? *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2899-2906, set. 2016.

problemas relacionados à referência e contrarreferência⁷⁰. Os dados dos estudos analisados, assim como o do presente estudo, consideraram, até o ano de 2015, período mais recente de informações para os indicadores citados. Estudos mais recentes, com dados mais atualizados, poderiam ajudar a entender se houve ou não melhoria nas taxas de encaminhamento para os demais níveis do sistema de saúde, melhorando ou não, a resolutividade da atenção básica. Em longo prazo, a estabilização desses indicadores, assim como a redução das internações por condições sensíveis à atenção primária (icsap) seriam esperadas em virtude de melhoria na resolutividade da AB⁷¹.

Os resultados desse estudo da análise das ICSAP, com dados mais atuais, de 2017 em relação a 2012, não confirmam a expectativa, pois mostram aumento no indicador, porém sem efeitos estatísticos quando controlado pelos médicos do SUS, proporção de estabelecimentos de saúde, proporção de usuários do bolsa família e volume *per capita* recebido de recurso das transferências fundo a fundo para ações e serviços de saúde. Somente controlaram estatisticamente os estabelecimentos e a proporção de usuários do bolsa família, com efeitos positivos no indicador ICSAP.

Talvez a condição de vulnerabilidade dos municípios analisados ajude a entender o aumento no indicador após a inserção do PMM, pois o programa pode ter atendido a uma demanda reprimida de atendimentos que exigiam internações. Não obstante, houve conforme estatística descritiva, piora na proporção de estabelecimentos de saúde para os grupos de municípios tratado e controle, assim como diminuição do volume de recursos repassados fundo a fundo para as ações e serviços de saúde, bem como manutenção da proporção de usuários do programa bolsa família, indicando que a vulnerabilidade social não diminuiu ao longo do período analisado.

Evidências científicas também apontam ampliação nas ICSAP para o grupo de municípios com 20% ou mais de sua população vivendo em extrema pobreza⁷². Divergentemente, resultados de outros estudos têm indicado melhorias no indicador, apontando redução nas taxas de internações para áreas mais carentes⁷³.

Por fim, os resultados do estudo indicaram aumento na taxa de mortalidade infantil de 2,93 p.p, significativo a 10%, quando controlado pela proporção de estabelecimentos de saúde, leitos de internação, proporção de usuários do programa bolsa família e das transferências fundo a fundo. Todos os controles apresentaram significância estatística ao nível de 1%. Conforme já apontado, houve piora nos indicadores de controle que pode ter contribuído para ampliar a mortalidade infantil, que, desde a década de 1990 até o ano de 2015, vinha apresentando diminuição⁷⁴. Porém, de 2015 para 2016, houve retrocessos na mortalidade infantil em função de deterioração nas condições de vida e de acesso aos serviços de saúde⁷⁵.

⁷⁰ LIMA, Rodrigo Tobias de Sousa et al. A Atenção Básica no Brasil e o Programa Mais Médicos: uma análise de indicadores de produção. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2685-2696, set. 2016; SILVA, B. P. et al. Ampliação do acesso à saúde na região mais vulnerável do estado de São Paulo, Brasil: reflexo do Programa Mais Médicos? *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2899-2906, set. 2016.

⁷¹ SILVA, B. P. et al. Ampliação do acesso à saúde na região mais vulnerável do estado de São Paulo, Brasil: reflexo do Programa Mais Médicos? *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 9, p. 2899-2906, set. 2016.

⁷² SANTOS, Fernanda Julyanna Silva dos. *O programa Mais Médicos: uma avaliação do impacto sobre indicadores de saúde do Brasil*. Tese (Doutorado em Administração) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

⁷³ CARRILLO BERMÚDEZ, Bladimir. *Three Essays On Health Economics*. 2017. Tese (Doutorado em Economia) - Departamento de Economia Rural, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2017; FONTES, Luiz Felipe; CONCEIÇÃO, Otávio; JACINTO, Paulo. Evaluating the impact of physicians' provision on primary healthcare: Evidence from Brazil's More Doctors Program. *Health Economics*, v. 27, n. 8, p. 1284-1299, 2018; SANTOS, Leonor Maria Pacheco et al. Implementation research: towards universal health coverage with more doctors in Brazil. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 95, n. 2, p. 103-112, 1 fev. 2017.

⁷⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde Brasil 2017: uma análise da situação de saúde e os desafios para o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável*. Brasília: Ministério da Saúde, 2018b.

⁷⁵ REIS, Vilma. *Especial Abrasco sobre o aumento da mortalidade infantil e materna no Brasil*. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/institucional/especial-abrasco-sobre-o-aumento-da-mortalidade-infantil-e-materna-no-brasil/36777/>. Acesso em: 3 dez. 2018.

Os resultados do estudo divergem em parte com os apontados pela literatura. Mazetto⁷⁶ indicou, de forma ampla, que o PMM não contribuiu para reduzir a mortalidade infantil, porém análises por regiões do país mostram incremento estatístico na mortalidade infantil para o Nordeste do país, em especial, a congênita, que pode ser decorrente dos surtos recentes de Zika vírus e de microcefalia. Outros levantamentos acadêmicos reforçam a não incidência do PMM em melhorias no indicador de mortalidade infantil⁷⁷, o que indicaria manutenção das desigualdades em saúde no país.

4 Considerações finais

A estratégia do Programa Mais Médicos em reduzir as desigualdades de médicos no território pode ser considerada bem-sucedida na medida que os resultados dos efeitos do programa caminham nesta direção. Documentou-se, a partir de métodos quase-experimentos, as mudanças provocadas em municípios considerados vulneráveis após a implementação do Mais Médicos em relação ao incremento de médicos na atenção básica, a expansão da cobertura populacional das eSF e ampliações nas visitas domiciliares realizadas por médicos.

O que indica avanços pertinentes à ampliação da cobertura e acesso da população aos serviços de saúde em curto espaço temporal com o provimento emergencial. Apesar de positivo esses avanços em curto espaço temporal, eles não se traduziram, como se esperava com o PMM, em melhorias da resolutividade da atenção básica. Os resultados não permitiram observar os efeitos do programa na diminuição dos encaminhamentos para atendimento especializado, internação hospitalar, urgência e emergência, bem como aquelas internações que são sensíveis a atenção primária à saúde. Não obstante, as análises não consentiram observar reduções na taxa de mortalidade infantil. Muito pelo contrário, observou-se, no grupo de municípios vulneráveis analisados, piora na saúde infantil. O que denota dificuldades em promover melhorias na saúde pública.

Porém, é preciso ressaltar que os resultados são de curto prazo e eles foram controlados por fatores relacionados a infraestrutura municipal de prestação de serviços de saúde, recursos humanos e materiais e por questões sociais como acesso à água, nível educacional e de vulnerabilidade social que afetam os indicadores de saúde analisados. Em muitos desses indicadores de controle, houve retrações, como a respeito da diminuição da infraestrutura de serviços de saúde. Em outros, houve pouco avanço, como melhoria da vulnerabilidade social e acesso à água. Questões que figuram como determinantes sociais e podem comprometer os resultados da saúde⁷⁸.

Diante do exposto, os resultados sugerem aos formuladores de políticas públicas e gestores públicos a necessidade de conjugar políticas públicas intersetoriais no sentido de amenizar ou reduzir os determinantes sociais da saúde. Além do mais, os achados deste estudo, em relação à melhoria do provimento de médicos, contribuem para a literatura de políticas de RHS, que indicavam poucas evidências dessas intervenções em melhorar a distribuição dos profissionais de saúde⁷⁹.

⁷⁶ MAZETTO, Débora. *Assessing the impact the “Mais Médicos” program on basic health care indicators*. Dissertação (mestrado). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Economia de São Paulo, 2018.

⁷⁷ CARRILLO, Bladimir; FERES, José Gustavo. *More Doctors, Better Health? Evidence from a Physician Distribution Policy*. HEDG, c/o Department of Economics, University of York, 2017. Disponível em: <https://www.york.ac.uk/media/economics/documents/hedg/workingpapers/1729.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018; SANTOS, Fernanda Julyanna Silva dos. *O programa Mais Médicos: uma avaliação do impacto sobre indicadores de saúde do Brasil*. Tese (Doutorado em Administração) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

⁷⁸ HUICHO, Luis et al. Increasing access to health workers in underserved areas: a conceptual framework for measuring results. *Bulletin of the World Health Organization*, v. 88, n. 5, p. 357-363, 1 maio 2010.

⁷⁹ GROBLER, Liesl; MARAIS, Ben; MABUNDA, Sikhumbuzo. Interventions for increasing the proportion of health professionals practising in rural and other underserved areas. *Cochrane Database of Systematic Reviews*,

Os achados neste estudo somam-se aos esforços empreendidos no sentido de documentar os efeitos das políticas de RHS nos resultados de saúde. Porém, permanece ainda inconclusivo as evidências dos seus efeitos. Dessa forma, convida-se a comunidade acadêmica a contribuir com esse debate a fim de observar o papel do PMM para redução das desigualdades em saúde, considerando-se as análises empreendidas no estudo foram realizadas no curto prazo. Portanto, há necessidade de realizar o monitoramento e análise de impacto do PMM em médio e longo prazo. Por ora, os resultados são acanhados para a dimensão do programa, considerando o investimento realizado, as expectativas sobre ele depositadas e os desafios estruturais do SUS que precisam ser combatidos no sentido de tornar a saúde um direito social.

Referências

ALBUQUERQUE, Cleandro Pires de. Inequilidade na distribuição de reumatologistas no Brasil: correlação com local de residência médica, Produto Interno Bruto e Índice de Desenvolvimento Humano. *Revista Brasileira de Reumatologia*, São Paulo, v. 54, n. 3, p. 166-171, jun. 2014.

ALFRADIQUE, Maria Elmira et al. Internações por condições sensíveis à atenção primária: a construção da lista brasileira como ferramenta para medir o desempenho do sistema de saúde (Projeto ICSAP - Brasil). *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 6, p. 1337-1349, jun. 2009.

ANAND, Sudhir; BARNIGHAUSEN, Até. Human resources and health outcomes: cross-country econometric study. *Lancet*, London, v. 364, n. 9445, p. 1603-1609, oct. 2004.

AQUINO, Rosana.; OLIVEIRA, Nelson F. de; BARRETO, Maurício L. Impact of the Family Health Program on Infant Mortality in Brazilian Municipalities. *American Journal of Public Health*, Birmingham, v. 99, n. 1, p. 87-93, jan. 2009.

BARBOSA, Allan Claudius Queiroz et al. Programa Mais Médicos: como avaliar o impacto de uma abordagem inovadora para superação de iniquidades em recursos humanos. *Revista Panamericana de Salud Publica*, Washington, v. 42, n. 185, p. 1-8, oct. 2018.

BARRETO, Maurício Lima. Invited Commentary on Quasi-Experiments: Going Beyond the Observational and Experimental Dichotomy in Epidemiological Study Design. *Current Epidemiology Reports*, Germany, v. 3, n. 4, p. 259-261, oct. 2016.

BERMÚDEZ-TAMAYO, Clara et al. Características organizativas de la atención primaria y hospitalización por los principales ambulatory care sensitive conditions. *Atención Primaria*, Barcelona, v. 33, n. 6, p. 305-311, feb. 2004.

BITTAR, Olímpio José Nogueira. O mercado médico no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 55-66, jan./fev. 1999.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Agenda de prioridades de pesquisa do Ministério da Saúde - APPMS*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia, 2018a.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde Brasil 2017: uma análise da situação de saúde e os desafios para o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável*. Brasília: Ministério da Saúde, 2018b.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 221/SAS de 17 de abril de 2008*, que define a Lista Brasileira de Internações por Condições Sensíveis à Atenção Primária. Diário Oficial da União. Brasil, 2008. Disponível

v. 6, n. CD005314, p. 83, 2015; LEHMANN, Uta; DIELEMAN, Marjolein; MARTINEAU, Tim. Staffing remote rural areas in middle- and low-income countries: a literature review of attraction and retention. *BMC health services research*, v. 8, n. 19, p. 1-10, 23 jan. 2008; WILSON, Nathaniel et al. A critical review of interventions to redress the inequitable distribution of healthcare professionals to rural and remote areas. *Rural and remote health*, v. 9, n. 2, p. 1060, 2009.

em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0221_17_04_2008.html.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. *Relatório de avaliação da execução do programa de governo nº 86 Programa Mais Médicos*. Brasília, 2018. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/11363.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 360/2017*. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Seção: 08/03/2017, 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria operacional: Programa Mais Médicos e Projeto Mais Médicos para o Brasil; avaliação da eficácia do programa (TC nº 005.391/2014-8)*. Brasília, 2014.

CARRILLO BERMÚDEZ, Bladimir. *Three Essays On Health Economics*. 2017. Tese (Doutorado em Economia) - Departamento de Economia Rural, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2017.

CARRILLO, Bladimir; FERES, José Gustavo. *More Doctors, Better Health? Evidence from a Physician Distribution Policy*. HEDG, c/o Department of Economics, University of York, 2017. Disponível em: <https://www.york.ac.uk/media/economics/documents/hedg/workingpapers/1729.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

CARVALHO, Renata Alves da Silva et al. Desigualdades em saúde: condições de vida e mortalidade infantil em região do nordeste do Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 49, n. 5, p. 1-9, fev. 2015.

CARVALHO, Viviane K. da Silva.; MARQUES, Carla Pintas; SILVA, Everton Nunes da. A contribuição do Programa Mais Médicos: análise a partir das recomendações da OMS para provimento de médicos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 9, p. 2773-2784, set. 2016.

CASTILLO-LABORDE, Carla. Human resources for health and burden of disease: an econometric approach. *Human Resources for Health*, Germany, v. 9, n. 1, p. 4, jan. 2011.

DOLEA, Carmen; STORMONT, Laura; BRAICHET, Jean-Mark. Evaluated strategies to increase attraction and retention of health workers in remote and rural areas. *Bulletin of the World Health Organization*, Genebra, v. 88, n. 5, p. 379-385, maio 2010.

ENGSTROM, Sven; FOLDEVI, Mats; BORGQUIST, Lars. Is general practice effective? A systematic literature review. *Scandinavian journal of primary health care*, Finlândia, v. 19, n. 2, p. 131-144, jun. 2001.

FONTES, Luiz Felipe; CONCEIÇÃO, Otávio; JACINTO, Paulo. Evaluating the impact of physicians' provision on primary healthcare: Evidence from Brazil's More Doctors Program. *Health Economics*, EUA, v. 27, n. 8, p. 1284-1299, maio 2018.

GERTLER, Paul J. et al. *Avaliação de impacto na prática*. Washington: Banco Mundial, 2015.

GIRARDI, Sábado Nicolau et al. Impacto do Programa Mais Médicos na redução da escassez de médicos em Atenção Primária à Saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 9, p. 2675-2684, set. 2016.

GONÇALVES, Rogério Fabiano et al. Programa Mais Médicos no Nordeste: avaliação das internações por condições sensíveis à Atenção Primária à Saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 9, p. 2815-2824, set. 2016.

GROBLER, Liesl et al. Interventions for increasing the proportion of health professionals practising in rural and other underserved areas. *Cochrane Database of Systematic Reviews*, EUA, v. 1, n. CD005314, jan. 2009.

GROBLER, Liesl; MARAIS, Ben; MABUNDA, Sikhumbuzo. Interventions for increasing the proportion of health professionals practising in rural and other underserved areas. *Cochrane Database of Systematic Reviews*, EUA, v. 6, n. CD005314, p. 83, jun. 2015.

HAJIZADEH, Shayesteh et al. Effects of Recruiting Midwives into a Family Physician Program on Women's Awareness and Preference for Mode of Delivery and Caesarean Section Rates in Rural Areas of Kurdistan. *Plos One*, EUA, v. 11, n. 4, p. e0151268, 8 abr. 2016.

- HUICHO, Luis et al. Increasing access to health workers in underserved areas: a conceptual framework for measuring results. *Bulletin of the World Health Organization*, Genebra, v. 88, n. 5, p. 357-363, maio 2010.
- KEMPER, Elisandréa Sguario; MENDONÇA, Ana Valeria Machado; SOUSA, Maria Fátima de. The Mais Médicos (More Doctors) Program: panorama of the scientific output. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 9, p. 2785-96, set. 2016.
- KHANDKER, Shahidur R.; KOOLWAL, Gayatri B.; SAMAD, Hussain A. *Handbook on impact evaluation: quantitative methods and practices*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development, The World Bank, 2010.
- LEHMANN, Uta; DIELEMAN, Marjolein; MARTINEAU, Tim. Staffing remote rural areas in middle- and low-income countries: a literature review of attraction and retention. *BMC health services research*, Germany, v. 8, n. 19, p. 1-10, 23 jan. 2008.
- LIMA, Rodrigo Tobias de Sousa et al. A Atenção Básica no Brasil e o Programa Mais Médicos: uma análise de indicadores de produção. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 9, p. 2685-2696, set. 2016.
- MACEDO, Alex Santes.; FERREIRA, Marco Aurélio Marques. O Programa Mais Médicos e Alocação Equitativa de Médicos na Atenção Primária à Saúde. In: ENCONTRO DA ANPAD, 43., 2019, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: EnANPAD, 2019. p. 1-16.
- MAZETTO, Débora. *Assessing the impact the "Mais Médicos" program on basic health care indicators*. 2018. Dissertação (Mestrado em Economia) - Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018.
- MEDINA, Maria Guadalupe et al. Programa Mais Médicos: mapeamento e análise da produção acadêmica no período 2013-2016 no Brasil. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 42, n. esp. 01, p. 346-360, set. 2018.
- MENDONÇA, Claunara Schilling; DIERCKS, Margarita Silva; KOPITITKE, Luciane. O fortalecimento da Atenção Primária à Saúde nos municípios da Região Metropolitana de Porto Alegre, Brasil, após a inserção no Programa Mais Médicos: uma comparação intermunicipal. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 9, p. 2871-2878, set. 2016.
- MIRANDA, Gabriella Morais Duarte et al. A ampliação das equipes de saúde da família e o Programa Mais Médicos nos municípios brasileiros. *Trabalho, Educação e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 131-145, jan. 2017.
- NKONKI, L.; TUGENDHAFT, Aviva.; HOFMAN, Kathleen. A systematic review of economic evaluations of CHW interventions aimed at improving child health outcomes. *Human Resources for Health*, EUA, v. 15, n. 1, p. 19, fev. 2017.
- OLIVEIRA, João Paulo Alves; SANCHEZ, Mauro Niskier; SANTOS, Leonor Maria Pacheco. O Programa Mais Médicos: provimento de médicos em municípios brasileiros prioritários entre 2013 e 2014. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 9, p. 2719-2727, set. 2016.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Programa Mais Médicos no Brasil: Panorama da Produção Científica*. Brasília: OPAS, 2017.
- PINTO, Hêider Aurélio et al. O Programa Mais Médicos e o fortalecimento da Atenção Básica. *Divulgação em Saúde para Debate*, Rio de Janeiro, v. 51, p. 105-120, out. 2014.
- PINTO JUNIOR, Elzo Pereira et al. Efeito da Estratégia Saúde da Família nas internações por condições sensíveis à atenção primária em menores de um ano na Bahia, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 2, p. 1-11, fev. 2018.
- PORTELLA, Alysso Lorenzon; BUSSMANN, Tanise Brandão; OLIVEIRA, Ana Maria Hermeto de. A relação de fatores individuais, familiares e escolares com a distorção idade-série no ensino público brasileiro.

Nova Economia, Belo Horizonte, v. 27, n. 3, p. 477-509, set./dez. 2017.

PÓVOA, Luciano; ANDRADE, Mônica Viegas. Distribuição geográfica dos médicos no Brasil: uma análise a partir de um modelo de escolha locacional. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, p. 1555-1564, ago. 2006.

RASELLA, Davide; AQUINO, Rosana; BARRETO, Maurício Lima. Impact of the Family Health Program on the quality of vital information and reduction of child unattended deaths in Brazil: an ecological longitudinal study. *BMC Public Health*, EUA, v. 10, n. 1, p. 380, jun. 2010.

REEVES, Barnaby C.; WELLS, George A.; WADDINGTON, Hugh. Quasi-experimental study designs series—paper 5: a checklist for classifying studies evaluating the effects on health interventions—a taxonomy without labels. *Journal of Clinical Epidemiology*, EUA, v. 89, p. 30-42, set. 2017.

REIS, Vilma. *Especial Abrasco sobre o aumento da mortalidade infantil e materna no Brasil*. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/outras-noticias/institucional/especial-abrasco-sobre-o-aumento-da-mortalidade-infantil-e-materna-no-brasil/36777/>. Acesso em: 3 dez. 2018.

RIOS, David Ramos da Silva; TEIXEIRA, Carmen. Mapeamento da produção científica sobre o Programa Mais Médicos. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 27, n. 3, p. 794-808, jul./set. 2018.

SANTOS, Fernanda Julyanna Silva dos. *O programa mais médicos: uma avaliação do impacto sobre indicadores de saúde do Brasil*. 2018. Tese (Doutorado em Administração) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

SANTOS, Leonor Maria Pacheco *et al.* Implementation research: towards universal health coverage with more doctors in Brazil. *Bulletin of the World Health Organization*, Genebra, v. 95, n. 2, p. 103-112, fev. 2017.

SILVA, Bruna Pontes da et al. Ampliação do acesso à saúde na região mais vulnerável do estado de São Paulo, Brasil: reflexo do Programa Mais Médicos? *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 9, p. 2899-2906, set. 2016a.

STARFIELD, Bárbara. *Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia*. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002.

TURRINI, Ruth Natalia Teresa; LEBRÃO, Maria Lúcia; CESAR, Chester Luiz Galvão. Resolutividade dos serviços de saúde por inquérito domiciliar: percepção do usuário. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 663-674, mar. 2008.

VOLPE, Fernando M. et al. The impact of changing health indicators on infant mortality rates in Brazil, 2000 and 2005. *Revista panamericana de salud publica*, Washington, v. 26, n. 6, p. 478-484, dez. 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The World Health Report 2006: Working Together for Health*. Geneva: World Health Organization, 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Increasing access to health workers in remote and rural areas through improved retention: global policy recommendations*. New York: Sciences, 2010. 70 p.

WILSON, Nathaniel et al. A critical review of interventions to redress the inequitable distribution of healthcare professionals to rural and remote areas. *Rural and remote health*, EUA, v. 9, n. 2, p. 1060, jun. 2009.

YONG, Jongsay et al. Do rural incentives payments affect entries and exits of general practitioners? *Social Science & Medicine*, UK, v. 214, p. 197-205, out. 2018.

Anexo A

Variáveis/finalidade	Descrição	Cálculo	Fonte
<i>TxMed_AB</i> (d)	Taxa de Médicos (da Estratégia de Saúde da Família, de Família e Comunidade, Pediatra e Clínico) na Atenção Básica	$(n^{\circ} \text{ de médicos da AB} / \text{População do município com maior prioridade de cobertura de atenção básica no mesmo local e período}) \times 3450 \text{ habitantes}$	Elaborado a partir de Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde do Brasil - CNES; IBGE; SIB/ANS/MS
<i>TxESF</i> (d)	Capacidade de cobertura populacional das Equipes de Saúde da Família aptas a receber médicos do Mais Médicos conforme Portaria 1.143 de 29 de outubro de 2014	$(n^{\circ} \text{ de ESF} \times 3450 \text{ habitantes} / \text{População do município no mesmo local e período}) \times 100$	Elaborado a partir de CNES e IBGE
<i>Txacomp</i> (d)	Taxa de pessoas acompanhadas pelas ESF	$(n^{\circ} \text{ de pessoas cadastradas/população do município com maior prioridade de cobertura de atenção básica no mesmo local e período}) \times 100$	Elaborado a partir de Ministério da Saúde - Sistema de Informação de Atenção Básica – SIAB e IBGE
<i>TxVis_med</i> (d)	Percentual de visitas domiciliares realizadas pelos médicos.	$(n^{\circ} \text{ de vistas médicas realizadas/população do município com maior prioridade de cobertura de atenção básica no mesmo local e período}) \times 3450$	Elaborado a partir de Ministério da Saúde - Sistema de Informação de Atenção Básica – SIAB; IBGE
<i>TxEncam_Esp</i> (d)	Proporção de encaminhamento para atendimento especializado	$(n^{\circ} \text{ de encaminhamento para atendimento especializado/Número total de consultas médicas básicas no mesmo local e período}) \times 100$	Elaborado a partir de SIAB
<i>TxEncam_Urg</i> (d)	Proporção de encaminhamentos para atendimento de urgência e emergência	$(n^{\circ} \text{ de encaminhamento para urgência e emergência/Número total de consultas médicas básicas no mesmo local e período}) \times 100$	Elaborado a partir de SIAB

Variáveis/finalidade	Descrição	Cálculo	Fonte
TxE_{ncam_IH} (d)	Proporção de encaminhamento para internação hospitalar	(nº de encaminhamentos para internação hospitalar, em determinado local e período / nº total de consultas médicas básicas no mesmo local e período) x 100	Elaborado a partir de SIAB
$ICSAP$ (d)	Internações por condições sensíveis a Atenção Primária à Saúde	(nº de internações hospitalares por condições sensíveis a APS, excluídos as internações de longa permanência/ nº total de internações hospitalares, excluídas as internações de longa permanência e partos) x 100	Elaborado a partir de Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS)
TMI (d)	Taxa de Mortalidade Infantil	(nº de óbitos de menores de um ano de idade/nº de nascidos vivos de mães residentes) x 1.000	Elaborado a partir de Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM e Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos – SINASC
PBF (c)	Proporção de pessoas Beneficiários do Programa Bolsa Família (PBF)	(nº de beneficiários do PBF / população no mesmo local e período) x 1000 habitantes	Elaborado a partir de Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) e IBGE
$Pib_percapita$ (c)	Produto Interno Bruto Per Capita	Produto interno bruto/ população no mesmo local e período	Elaborado a partir de IBGE
TxE_{ST} (c)	Taxa de Estabelecimentos de Saúde por mil habitantes	(nº de estabelecimentos/ população no mesmo local e período) x 1000 habitantes	Elaborado a partir de Ministério da Saúde - Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde do Brasil - CNES e IBGE
TxL_{int} (c)	Taxa de leitos de internação por mil habitantes	(nº de leitos de internação/ população no mesmo local e período) x 1000 habitantes	Elaborado a partir de CNES e IBGE

Variáveis/finalidade	Descrição	Cálculo	Fonte
<i>TxMed_SUS</i> (c)	Taxa de médicos do SUS	(n° de médicos que atende no SUS / População do município no mesmo local e período) x 1000 habitantes	Elaborado a partir CNES e IBGE
<i>Trans</i> (c)	Transferência Fundo a Fundo per capita para ações e serviços de saúde	valor transferido fundo a fundo/população no mesmo local e período	Elaborado a partir de Fundo Nacional de Saúde e IBGE
<i>RCPC</i> (c)	Receita Corrente per capita	Receita corrente líquida/população no mesmo local e período	Elaborado a partir de Tesouro Nacional e IBGE
<i>TDIS</i> (c)	Taxa de Adequação Idade Série dos alunos, em cada série, com idade superior à idade recomendada (Ensino Fundamental de 8 e 9 anos)	Ver cálculo do INEP	INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
<i>Txagua</i> (c)	Taxa da população coberta com abastecimento de água	(população total atendida com abastecimento de água / população no mesmo local e período) x 100	Elaborado a partir de Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) e IBGE
<i>Dist_pop</i> (c)	Tamanho do município em termos populacional, distribuídos em cinco faixas	Faixa 1 – de 0 até 20 mil hab Faixa 2 – de 20 até 50 mil hab Faixa 3 – de 50 até 100 mil hab Faixa 4 – de 100 até 500 mil hab Faixa 5 – Acima de 500 mil hab	Elaborado a partir de IBGE

Observação; d – desfecho e c, controle.

Quadro 1 - Descrição das Variáveis Utilizadas no Estudo

Fonte: Elaboração própria

Anexo B

Variável	ATT	P Valor	Controle (p<5%)	Obs	Blocos	R ²	Nº Trat	Nº Cont
Taxa de Médicos na AB	0.374	5.242		781	7	0.1352	572	144
Cobertura populacional	-1.285	-0.295		781	7	0.1352	572	144
Pessoas Acompanhadas	-2.529	-0.669		781	9	0.1228	572	93
Visitas Médicas	2.578	0.17	(+) tdis e	781	9	0.1228	572	141
Encaminhamento Especializado	-0.21	-0.407	dist_pop; (-) transf_capita	781	9	0.1228	572	119
Encaminhamento Internação Hospitalar	-0.176	-0.981		781	9	0.1228	572	142
Encaminhamento Urgência e Emergência	-47.882	-1.796		781	9	0.1228	572	142
Internação por Condições Sensíveis a APS	6.066	6.026	(+) tdis e dist_pop; (-) lnrcpc;	744	5	0.0993	544	146
Mortalidade Infantil	-0.505	-0.334	(-) lnrcpc; (+) tdis; dist_pop	744	5	0.0993	544	95

Controles: taxa de distorção idade série (tdis); tamanho populacional (dist_pop); transferência fundo a fundo per capita para ações e serviços de saúde (transf_capita), logaritmo de receita corrente líquida per capita (lnrcpc)

Nota: ATT – Average Treatment Effect on the Treated; (+) afeta positivamente; (-) afeta negativamente; Trat – Grupo Tratamento; Cont – Grupo Controle.

Tabela 3 - Resultado do Propensity Score para as variáveis de interesse, controlado por fatores.

Fonte: Dados da Pesquisa.

Agradecimentos

CAPES, FAPEMIG e ao Programa Pesquisa para o SUS: gestão compartilhada em saúde – PPSUS

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Orçamento para os direitos
das crianças e adolescentes em
Curitiba: plano e execução**

**Budget for the rights of children
and adolescents in Curitiba:
plan and execution**

Karoline Strapasson Jambersi

Antonio Gonçalves de Oliveira

Orçamento para os direitos das crianças e adolescentes em Curitiba: plano e execução*

Budget for the rights of children and adolescents in Curitiba: plan and execution

Karoline Strapasson Jambersi**

Antonio Gonçalves de Oliveira***

Resumo

O texto constitucional desenvolveu o sistema de proteção aos direitos das crianças e adolescentes incluindo a destinação privilegiada de recursos públicos. Os municípios são responsáveis pela política de atendimento em razão do processo de descentralização das políticas públicas. A gestão é realizada juntamente à sociedade civil no Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, que possui a atribuição de deliberar sobre recursos específicos dedicados à política por meio do Fundo Municipal para Criança e Adolescente (FMCA). Busca-se analisar como o orçamento municipal é planejado para atender essa prioridade orçamentária. Este é um estudo exploratório acerca do FMCA no município de Curitiba no ano de 2019. A pesquisa se desdobrou em três etapas: (i) revisão bibliográfica sobre os direitos das crianças e adolescentes e sobre o FMCA; (ii) análise documental das leis orçamentárias do Município de Curitiba a fim de identificar as despesas gerais planejadas para crianças e adolescentes e as despesas no FMCA; (iii) comparação entre as despesas planejadas no campo da assistência social para crianças e adolescentes com sua execução orçamentária disponível no Portal da Transparência de Curitiba. Verificou-se que o orçamento destinado à infância envolve diversas áreas (educação, saúde, abastecimento, defesa social, cultura, assistência social, trabalho, esporte, lazer e juventude), as despesas do FMCA ocupam o quarto lugar em quantidade de recursos (desconsiderados os gastos com educação), porém, após a análise da execução orçamentária, verificou-se que apenas 51,6% da fixação das despesas foram executadas.

Palavras-chave: Fundo Municipal para Criança e Adolescente. Planejamento orçamentário. Execução orçamentária. Conselho Municipal para Crianças e Adolescentes de Curitiba.

Abstract

The constitutional text developed the system to protect the rights of children and adolescents, including the privileged allocation of public resources. The municipalities are responsible for the service policy due to the process of decentralizing public policies. Management is carried out jointly with civil society in the *Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente*, which is responsible for deliberating on specific resources dedicated to policy through the

* Recebido em 16/02/2020
Aprovado em 03/04/2020

** Doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestra em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Professora de Direito no Instituto Superior do Litoral do Paraná, Conciliadora, Advogada. E-mail: kstrapasson@gmail.com.

*** Professor Associado na Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR) / Programa de Mestrado/Doutorado em Planejamento e Governança Pública (PGP). Doutor em Engenharia de Produção, Mestre em Administração de Empresas, Contador e Advogado. Líder do Grupo de Pesquisa em Governança Pública e Desenvolvimento (UTFPR/CNPq). Consultor ad hoc e Membro do Comitê de Assessoramento de Área - Ciências Sociais Aplicadas - Fundação Araucária. Membro Acadêmico na Academia de Ciências Contábeis do Paraná (ACCPR) - Cadeira 26. Editor Adjunto da Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento (DBPD). Tutor do Programa de Educação Tutorial (PET/MEC) em Políticas Públicas. E-mail: agoliveira@utfpr.edu.br.

Fundo Municipal para Criança e Adolescente (FMCA). It seeks to analyze how the municipal budget is planned to meet this budgetary priority. This is an exploratory study about the FMCA in the municipality of Curitiba in 2019. The research was divided into three stages: (i) bibliographic review on the theme of the rights of children and adolescents and the FMCA; (ii) documentary analysis of Curitiba city budget laws to identify planned general expenses planned for children and adolescents and the expenses at the FMCA; (iii) comparison of planned expenditures in the field of social assistance for children and adolescents with their budget execution available on the *Portal da Transparência de Curitiba*. It was found that the budget for children involves several areas (education, health, supply, social defense, culture, social assistance, work, sport, leisure and youth), with FMCA spending occupying the fourth place in terms of resources (disregarding education expenditures), but after analyzing the budget execution it was found that 51,6% of its expenses were executed.

Keywords: *Fundo Municipal para Criança e Adolescente*. Budget planning. Budget execution. *Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Curitiba*.

1 Introdução

Há cerca de 60 anos, o Brasil firmou o compromisso internacional na proteção dos direitos das crianças e adolescentes por meio da Declaração dos Direitos das Crianças de 1959, e, trinta anos depois, reafirmou o compromisso por meio da Convenção dos Direitos das Crianças de 1989. A Constituição de 1988 aumentou a proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, detalhado no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/1990) – que representou uma mudança significativa sobre o tratamento dado à infância e adolescência no Brasil.¹

Tanto o texto constitucional quanto o ECA definem que seus direitos devem ser garantidos com prioridade incluindo a preferência para formulação e execução de políticas sociais e a destinação privilegiada de recursos públicos. A realização desses direitos depende da articulação da família, Estado e sociedade, demandando uma atuação diferenciada do Estado frente aos casos de maior vulnerabilidade (art. 4º, Lei n. 8.069/1990).

Em razão do processo de descentralização os municípios são os principais entes federativos responsáveis pela política de atendimento de crianças e adolescentes. Segundo o texto constitucional, devem atuar por meio de uma gestão democrática e descentralizada com o uso de instâncias participativas como os Conselhos Municipais dos Direitos das Crianças e Adolescentes os quais podem deliberar acerca de recursos especiais destinados em um Fundo Municipal para Criança e Adolescente (FMCA).

Todavia, o financiamento do atendimento aos direitos das crianças e adolescentes não pode ser realizado, apenas, com os recursos do FMCA, pois existem limitações para o seu uso. Desse modo, é necessário que a temática da infância esteja incluída no orçamento geral do município inclusive com quantias mais expressivas que o FMCA para a obediência ao Princípio da Destinação Privilegiada de Recursos. Faz-se necessário analisar o orçamento municipal para comparar os valores planejados para o fundo especial e para o orçamento geral com o intuito de verificar a importância dessas fontes de recurso em relação ao atendimento de crianças e adolescentes.

Em que pese já existir metodologia voltada para o orçamento para a infância,² e de trabalhos voltados

¹ Cf. LIMA, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 313-329, 2017.

² INESC; FUNDAÇÃO ABRINQ; UNICEF. *De olho no orçamento criança: atuando para priorizar a criança e o adolescente no orçamento público*. Documento elaborado em parceria do Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), a Fundação Abrinq e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). São Paulo, 2005. Disponível em: <https://polis.org.br/wp-content/uploads/De-olho-no-orcamento-crianca.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.

para essas despesas,³ o caráter inovador deste trabalho consiste na comparação do planejamento geral do município e do planejamento do FMCA, e na verificação de quanto foi executado desse fundo no município de Curitiba. O objetivo deste trabalho é realizar um estudo exploratório sobre dos fundos especiais voltados à infância e adolescência com recorte no município de Curitiba, a fim de analisar o financiamento de ações que visam garantir os direitos fundamentais desse grupo. Para tanto, buscou-se comparar os recursos do FMCA com os demais gastos destinados à infância e realizados por outros órgãos da administração municipal no ano de 2019, com especial ênfase ao financiamento da assistência social.

A pesquisa se desdobrou em três etapas: (i) breve revisão bibliográfica sobre a temática dos direitos das crianças e adolescentes e do respectivo fundo municipal; (ii) análise documental das leis orçamentárias do Município de Curitiba para identificar o total das despesas planejadas no ano de 2019 no orçamento geral do município e para o FMCA;⁴ (iii) comparação entre as despesas planejadas no campo da assistência social para crianças e adolescentes e as despesas liquidadas utilizando-se o Portal da Transparência de Curitiba para extrair os dados da execução orçamentária.

Verificou-se que, no ano de 2019, os recursos do FMCA eram a quarta maior despesa planejada na Lei Orçamentária Anual (LOA) para o campo da infância e adolescência (R\$ 20.206.000,00), se desconsiderados os gastos com educação.⁵ Analisando-se os demais recursos planejados para a assistência social das crianças e adolescentes, verificou-se que o fundo financiaria cerca de 41% da política de atendimento. Todavia, apesar dos recursos planejados serem significativos, após a análise das despesas liquidadas, descobriu-se que apenas parte do orçamento foi executada, somando 51,6% do orçamento previsto (R\$ 10.422.090,77).⁶

Neste breve estudo serão então apresentados os benefícios dos fundos especiais para os direitos das crianças e adolescentes e algumas limitações identificadas. Os fundos especiais integram um complexo sistema de participação e proteção social desenhado pela Constituição Federal e pelo ECA, que possibilitam a participação da sociedade ao longo da política desde a arrecadação de recursos, passando pela deliberação das ações, incluindo sua execução.

2 O custo dos direitos: o financiamento dos direitos por meio do orçamento público

Nos últimos anos, o Estado brasileiro limitou o teto de suas despesas primárias por meio da Emenda Constitucional n. 95/2016 em razão da crise fiscal que culminou na fixação de limites para o investimento público. Frente a esse cenário, reacendem as discussões sobre quais atividades são essenciais e devem ser mantidas pelo Estado. De um lado, estão os defensores de que o Estado pode efetivar despesas para manter os serviços públicos, e de outro a compreensão de que não se deve sucumbir ao endividamento público alegando os riscos de comprometer à solvência do Estado.

A primeira perspectiva se orienta em parte do intervencionismo estatal de Maynard Keynes. A intervenção do Estado na economia foi a principal ferramenta empregada para combater a crise de 1929 e os efeitos das duas Guerras Mundiais sobre a economia dos Estados Unidos e do continente europeu. Para tanto, se

³ Telles, Suguinho e Barros realizaram um levantamento no âmbito federal das políticas voltadas à infância. Cf. TELLES, Tiago Santos; SUGUIHIRO, Vera Lucia Tiekko; BARROS, Mari Nilza Ferrari de. Os direitos de crianças e adolescentes na perspectiva orçamentária. *Revista de Serviço Social*, São Paulo, n. 105, p. 50-66, mar. 2011. p. 51.

⁴ Plano Plurianual de 2018-2021 (Lei n. 15.131/2017), Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2019 (Lei n. 15.269/2018 e Lei n. 15.374/2018) e Lei Orçamentária Anual de 2019 (Lei n. 15.375/2018 e o Decreto n.1.462/2018).

⁵ CURITIBA. *Lei n. 15.375, de 27 de dezembro de 2018*. Estima a Receita e fixa a Despesa do Município de Curitiba para o exercício financeiro de 2019. Disponível em: http://www.orcamentos.curitiba.pr.gov.br/orcamento2019/LOA_2019_INTERNET0301.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁶ CURITIBA. *Portal da Transparência*. Disponível em: <https://www.transparencia.curitiba.pr.gov.br>. Acesso em: 30 dez. 2019.

admitiu o aumento da dívida pública para o investimento social, aumentando o consumo e os salários com o objetivo de gerar crescimento econômico, todavia às custas do aumento do gasto público.⁷

Por outro lado, após a crise do petróleo na década de 70, o pensamento conservador, representado por intelectuais Milton Friedman e Friedrich Hayek, se opuseram a lógica da intervenção estatal por considerarem antinatural, contraproducente e avessa à liberdade humana. Utilizou-se por instrumento a orientação de restringir gastos públicos para estabilizar a economia, com o objetivo de não tolher a liberdade para os agentes privados. Medidas de austeridade foram tomadas na Inglaterra com Margareth Thatcher, e nos Estados Unidos com Ronald Reagan. Posteriormente sua aplicação se espalhou para outros países, por meio da atuação de organismos internacionais que exigia como condição para obtenção de suporte financeiro.⁸

Para Holmes e Sustain, as liberdades civis e políticas ou os direitos sociais dependem de uma saudável condição fiscal. Esses autores consideram que direitos fundamentais são bens públicos, pois são serviços sociais financiados pelos contribuintes administrados pelo governo com o objetivo de aperfeiçoar o bem-estar coletivo. Os autores igualam os direitos de liberdade frente à intromissão indevida estatal ao direito de ser assistido pelo Estado, pois ambos são implementados por autoridades públicas que recorrem ao tesouro público e dispõem de um poder discricionário para interpretar esses direitos e protegê-los.⁹

A compreensão de que todos os direitos possuem custos para o Estado aumenta a importância dos estudos sobre o orçamento público. De acordo com Paludo, o orçamento público é o principal instrumento organizador da intervenção do Estado, que possui três funções: alocativa, distributiva e estabilizadora. A função alocativa é relativa ao oferecimento de bens e serviços que não seriam ofertados pelo mercado em condições eficientes. Nessa função, o Estado cria condições para que os bens privados sejam oferecidos. Na função distributiva, o objetivo é reduzir as desigualdades de renda por meio da tributação e de transferências de renda para parcelas vulneráveis da população. Já a função estabilizadora envolve a aplicação de políticas econômicas que colaborem o ajuste de preços, empregabilidade, equilíbrio monetário assegurando a estabilidade econômica, política e social.¹⁰

O planejamento do Estado por meio do orçamento revela aspectos jurídicos, econômicos e políticos. No campo econômico, a administração dos recursos públicos importa para o favorecimento de áreas específicas, permitindo o seu desenvolvimento. A escolha dessas áreas passa pela dimensão política, pois foram selecionadas previamente por meio de uma decisão política, considerando-se os interesses conflitantes e as inúmeras necessidades de diferentes segmentos sociais. Em seu aspecto jurídico, o orçamento público se materializa por meio do processo legislativo. A iniciativa da lei é do poder executivo que encaminha a proposta para o legislativo. Este irá discuti-la e poderá realizar emendas se desejar, devendo votá-la. Após a votação, o texto é reencaminhado para a sanção do poder executivo. Desse modo, o poder público fixa os limites das despesas públicas, ao mesmo tempo que estabelece a previsão para a arrecadação de receitas.^{11, 12}

O art. 165 da Constituição Federal prevê três espécies de leis que definem o orçamento público na sua forma sistêmica: O Plano Plurianual (PPA), as Diretrizes Orçamentárias (LDO) e o Orçamento Anual (LOA). Essa estrutura é, de forma extensiva, empregada por todos os entes da federação. Para a realização deste estudo, tem

⁷ MITCHELL, William; FAZI, Thomas. *Reclaiming the State*. Londres: Pluto Press, 2017.

⁸ MITCHELL, William; FAZI, Thomas. *Reclaiming the State*. Londres: Pluto Press, 2017.

⁹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF - Martins fontes, 2019.

¹⁰ PALUDO, Augustinho Vicente. *Orçamento público, administração financeira e orçamentária e LRF*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 4-5.

¹¹ PALUDO, Augustinho Vicente. *Orçamento público, administração financeira e orçamentária e LRF*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 6.

¹² Importa ressaltar a atenção que deve ser dada para os critérios que definem as prioridades do orçamento. O orçamento não pode ser visto apenas como uma carta de intenções, na qual as despesas sejam fixadas de modo ficcional, e as receitas sejam estimadas apenas para cumprir requisitos formais. Ao estimar receitas e despesas não se pode manipular as expectativas, mas sim realizar uma análise realista sobre as possibilidades factíveis do Estado acerca dos recursos disponíveis e o cumprimento de suas obrigações fundamentais. Cf. 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.

como objeto a análise do orçamento do município de Curitiba para o ano de 2019 considerando o Plano Plurianual de 2018-2021 (Lei n. 15.131/2017), Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2019 (Lei n. 15.269/2018 e Lei n. 15.374/2018) e Lei Orçamentária Anual de 2019 (Lei n. 15.375/2018 e o Decreto n.1.462/2018).

O PPA é responsável pelo planejamento estratégico de médio a longo prazo, estabelecendo as metas, objetivos e diretrizes para as despesas de capital e outras decorrentes de programas de duração continuada para os próximos quatro anos. Sua vigência será para três anos da gestão atual e o primeiro ano da gestão seguinte. A LDO fixa as metas e prioridades da administração para o ano, devendo conter as orientações para a elaboração do orçamento anual, além de eventuais ajustamentos no Plano Plurianual, disposições sobre a legislação tributária e a projeção das despesas de capital para o exercício financeiro. Por sua vez, a LOA é o instrumento mais importante do gerenciamento orçamentário e financeiro, nela são estimadas as receitas para a realização das despesas estabelecendo a dotação orçamentária dos entes governamentais, incluindo também orçamento fiscal de fundos, órgãos, entidades da administração; o orçamento de investimentos das empresas públicas e sociedades de economia mista; e o orçamento da seguridade social.^{13, 14}

Em um cenário em que a realização, defesa ou manutenção de direitos implicam custos para o Estado, deve-se considerar a escassez financeira e o papel político da alocação de recursos para a tutela de determinados direitos. Para Galdino o critério de quais direitos restarão protegidos e quais ficarão sem proteção revelam os valores sociais vigentes frente as prioridades de cada período.¹⁵ A escolha acerca da alocação de recursos ocorre por meio dos representantes eleitos, devendo o processo de elaboração das leis orçamentárias ser permeado pela participação popular por meio de audiências públicas (art. 48, § 1º, I, Lei Complementar 101/2000). A materialização das prioridades escolhidas pela população dependerá da atuação governamental para sua transformação em ações, programas e serviços para a população.¹⁶

Almeida descreve uma série de estudos preocupados em analisar a quantidade de recursos destinadas à infância. Já em 1995, o Grupo Executivo do Pacto pela Infância tinha como diretriz desenvolver um método para monitorar esses gastos. Posteriormente, instituições como o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a Fundação de Apoio ao Estudante apoiadas pela UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) denominaram como Orçamento Criança (OC) as ações do governo federal em prol dos direitos das crianças e adolescentes.¹⁷

No ano de 2005, o INESC (Instituto de Estudos Socioeconômicos), a Fundação Abrinq e o UNICEF apresentaram nova proposta metodológica para o orçamento da infância no documento *De olho no Orçamento Criança*, ficando conhecido como OCA (Orçamento da Criança e Adolescente). O OCA é dividido entre componentes exclusivos (saúde, educação, assistência social) e componentes não exclusivos (saneamento, habitação, cultura, desporto, lazer, direitos da cidadania), além dos componentes, emprega como critérios a visibilidade orçamentária, o foco exclusivo ou predominante do grupo social e o acesso universal.^{18, 19}

¹³ CARNEIRO, Cláudio. *Curso de direito tributário e financeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 28-30.

¹⁴ OLIVEIRA, Débora Tazinasso; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves; VICENTIN, Ivan Carlos. Participação social no planejamento governamental municipal: um estudo em planos plurianuais de uma capital brasileira. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, v. 1, p. 1-16, 2018. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/ccss/2018/09/planejamento-governamental.html>. Acesso em: 14 jan. 2020.

¹⁵ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 196.

¹⁶ Para uma análise sobre as prioridades elencadas por meio das consultas populares e sua correspondência no orçamento de Curitiba conferir: OLIVEIRA, Débora Tazinasso; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves; VICENTIN, Ivan Carlos. Participação social no planejamento governamental municipal: um estudo em planos plurianuais de uma capital brasileira. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, v. 1, p. 1-16, 2018. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/ccss/2018/09/planejamento-governamental.html>. Acesso em: 14 jan. 2020.

¹⁷ ALMEIDA, Riezo. Orçamento público destinado às crianças e aos adolescentes- OCA. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 1, p. 205-233, 2012. p. 221-223.

¹⁸ INESC; FUNDAÇÃO ABRINQ; UNICEF. De olho no orçamento criança: atuando para priorizar a criança e o adolescente no orçamento público. Documento elaborado em parceria do Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), a Fundação Abrinq e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). São Paulo, 2005. Disponível em: <https://polis.org.br/wp-content/uploads/De-olho-no-orcamento-crianca.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.

¹⁹ ALMEIDA, Riezo. Orçamento público destinado às crianças e aos adolescentes- OCA. *Boletim Científico da Escola Superior do*

A proposta deste estudo não segue os aspectos metodológicos já existentes para a avaliação do OCA, mas busca analisar o orçamento municipal e quais parcelas são destinadas para a temática da infância, considerando-se que esse ente federativo é o responsável pela política de atendimento. Segundo Netto a municipalização implica reconhecer a existência de um poder central que ao organizar a política pública transfere para o outro ente o seu custo e a sua operacionalização. No cenário brasileiro, muitos dos 5.560 municípios dependem de repasses de outros entes federativos, o que enfraquece a autonomia municipal terminando o município por descumprir os preceitos legais por falta de recursos ou se endividando para cumprir suas obrigações.²⁰

Para Berclaz e Moura, a Lei Orçamentária Anual e os recursos do fundo municipal para infância não podem estar orçados de modo desproporcional aos demais gastos públicos, pois, desse modo, estariam a violar o Princípio da Prioridade Absoluta dada à infância e ao destino prioritário de recursos para esse grupo. Os demais órgãos oficiais (Tribunais de Contas, Câmara Municipal, Conselho de Direitos, Conselho Tutelar e Ministério Público) e a sociedade civil devem se mobilizar para garantir a destinação dos recursos públicos. Segundo os autores, o orçamento não pode ser uma peça mal elaborada e chancelada pelo legislativo, mas se preciso deve ser submetida à apreciação do poder judiciário por assumir uma natureza ilícita devendo haver uma correção judicial e responsabilização do gestor público.²¹

3 A previsão constitucional e infraconstitucional para as políticas para a infância e adolescência

Ao final da década de 1980, os anseios sociais se voltavam à redemocratização e à expectativa de participação social. A Constituição Federal de 1988 correspondeu a esses anseios, pois reconfigurou a proteção social redefinindo o desenho das políticas sociais e de seus beneficiários com o objetivo de alcançar patamares mínimos de proteção. Na saúde e educação, o acesso é universal, na assistência social, o acesso ocorre em razão do estado de vulnerabilidade, e, na política de apoio ao trabalhador e previdência social, o acesso depende do vínculo de trabalho ou do recolhimento de contribuições à previdência social.²²

O texto constitucional também destinou trechos específicos para diferentes grupos cuja vulnerabilidade é reconhecida. Entre as diferentes faixas do desenvolvimento humano, ressaltam-se as crianças, adolescentes e idosos e também as pessoas com deficiência. Do tema proposto para este estudo — crianças e adolescentes — a Constituição deu especial ênfase aos órfãos, aos abandonados e às vítimas de violência sexual. O constituinte reconhece a fragilidade do ser humano em condição peculiar de desenvolvimento. As crianças e adolescentes devem ser protegidas de todas as formas de negligência, violência, discriminação, exploração, crueldade e opressão. No entanto, nos temas da educação e da seguridade social, o constituinte definiu a vinculação financeira para o administrador público, não realizando o mesmo com a temática da infância e adolescência.²³

Entre os artigos 227 ao 229 da CF, são definidos diversos direitos fundamentais das crianças e adolescentes: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito e liberdade, e

Ministério Público da União, Brasília, v. 1, p. 205-233, 2012. p. 221-223.

²⁰ NETTO, Alexandre de Oliveira. Análise crítica acerca do financiamento da proteção à criança e ao adolescente no federalismo brasileiro. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, v. 4, p. 13-26, jul./dez. 2011. p. 24.

²¹ BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros de. O FIA e as “so(m)bras” do orçamento público: da (des)consideração absoluta à otimização de recursos para o orçamento da criança e do adolescente - OCA. *Revista De Jure*, Belo Horizonte, v. 12, p. 469-485, 2009. p. 474-477.

²² CARDOSO, José Celso Junior; JACCOUD, Luciana. Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. In: JACCOUD, Luciana (org.). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005. p. 194-196.

²³ NETTO, Alexandre de Oliveira. Análise crítica acerca do financiamento da proteção à criança e ao adolescente no federalismo brasileiro. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, v. 4, p. 13-26, jul./dez. 2011.

um padrão especial de proteção para o trabalho, devendo ser garantido o acesso à escola, o devido processo legal nos casos de apuração de ato infracional, a igualdade de filiação entre filhos adotivos e biológicos e a responsabilidade dos pais no cuidado dos filhos e dos filhos no momento da velhice de seus pais, frente à carência ou à enfermidade.

O artigo 227 dispõe que esses direitos são deveres da família, da sociedade e do Estado e que deverão ser assegurados à criança, ao adolescente e ao jovem com absoluta prioridade. Todavia, a realização desses direitos está atrelada à arrecadação e destinação de recursos públicos por meio do planejamento da ação do Estado ou de particulares em sua colaboração, em ambos os casos, os meios para a realização passam pela definição no orçamento público.²⁴

Lameia ressalta a importância do uso dos recursos públicos para a o bem-estar e inclusão de crianças e adolescentes. Situações de vulnerabilidade social intensificam o processo de autoexclusão, vergonha, humilhação e baixa autoestima, estreitando o horizonte social que terminam em piores situações de vida. O entendimento acerca da proteção desse grupo envolve estudos multidimensionais acerca de seu bem-estar em diferentes práticas de desenvolvimento da ação social.²⁵

Além do alargamento dos direitos sociais, no título referente à ordem social, o constituinte menciona que, para os campos da saúde, educação, previdência social e assistência social deverão contemplar a participação de interessados por meio de uma gestão democrática e descentralizada incluindo diferentes atores sociais e a comunidade (art. 194, parágrafo único, VII; 198, III; 204, II; e 206, VI, CF). Essa ordem constitucional foi implementada por meio da legislação infraconstitucional que criou conselhos gestores de políticas públicas nos âmbitos federal, estadual e municipal. A concepção de participação colegiada por meio de conselhos, fundos e conferências foi empregada em outros setores das políticas públicas.²⁶

Enquanto os dispositivos constitucionais traçaram as linhas gerais para as políticas setoriais desse grupo, a Lei Federal n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) instituiu um sistema completo de proteção.²⁷ O ECA reforça os preceitos constitucionais de primazia e proteção dados à infância e adolescência. Em seu artigo 4º, parágrafo único dispõe sobre a garantia de prioridade que se desdobra na proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, na precedência no atendimento nos serviços públicos e na preferência para formulação de políticas públicas, incluindo a destinação privilegiada de recursos públicos.²⁸

A gestão política dos direitos das crianças e adolescentes passa por dois princípios definidos no texto constitucional: a descentralização político-administrativa e a participação da sociedade civil. No caso da descentralização política, a União transfere para outros entes federativos a elaboração ou a execução de políticas públicas, sem excluir a cooperação entre os entes governamentais. Enquanto as políticas centralizadas possuem como vantagem a uniformidade de atendimento, elas podem deixar de contemplar as peculiaridades das diferentes regiões do país e suas necessidades específicas. A descentralização permite uma ampliação da participação democrática, considerando-se que os programas debatidos e desenvolvidos em nível municipal são mais próximos e palpáveis do que as políticas instituídas em nível nacional.²⁹

²⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out. 2019.

²⁵ LAMEIA, Gonzalo de Castro. El impacto relacional de la pobreza en la infancia y la adolescência: aportes desde el análisis del bienestar y los derechos de la infancia en España 2007-2015. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento Econômico*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 6-21, jan./abr. 2017.

²⁶ TATAGIBA, Luciana. Conselhos gestores de políticas públicas e democracia participativa: aprofundando o debate. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, p. 209-213, 2005.

²⁷ O ECA também trata sobre os direitos de filiação e colocação em família substituta, os mecanismos de prevenção de ameaças ou de violação aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes; da apuração dos atos infracionais cometidos por adolescentes; de medidas aplicadas aos pais e responsáveis e das infrações penais e administrativas acerca da violação dos direitos das crianças e adolescentes.

²⁸ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 06 out. 2019.

²⁹ CORREA, Leonardo Alves; CLARK, Giovani; CARVALHO, Pedro Rezende. Direito institucional econômico e arranjos in-

Entre as diretrizes da política de atendimento, estão: (i) a municipalização do atendimento; (ii) a criação de conselhos que são órgãos deliberativos e controladores das ações do poder público com a participação popular a serem regulados no âmbito municipal, estadual e nacional; e (iii) a criação de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos referidos conselhos (art. 88, Lei n. 8.069/1990).³⁰ Ressalta-se que a esfera de decisão foi compartilhada entre os entes federativos para os programas que ocorrem em seus respectivos limites geográficos. Desse modo, cada um dos conselhos possui autonomia em relação ao uso de seus recursos. Além dos fundos e do conselho de direitos, outra instituição importante são os conselhos tutelares.³¹

Os conselhos tutelares são órgãos municipais autônomos, permanentes e não jurisdicionais, que buscam zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e adolescentes na esfera local.³² Este é o principal órgão responsável por acolher as crianças e adolescentes nos casos de violação de direitos atuando na interrupção da violência e encaminhando os envolvidos para a rede de atendimento. Casos de maus-tratos, violência sexual, exploração do trabalho infantil, abandono, dentre outras formas de violência são atendidos por esse órgão.³³

Os conselhos de direitos possuem caráter interinstitucional, com composição paritária entre representantes da administração pública e de setores da sociedade civil. Os conselhos são vistos como ferramentas para o controle social da política em razão da participação da sociedade civil e de sua função fiscalizadora, promovendo o modelo de governança participativa com partes interessadas para criar soluções compartilhadas assistindo as demandas locais. Associado ao conselho, pode ser instituído um fundo especial para investir em ações voltadas ao sistema de garantias para os direitos da criança.³⁴ Verifica-se a construção de um novo modo de gerir o recurso público, em oposição a centralização na União Federal.³⁵

O artigo 86 do ECA define que o atendimento desses direitos será articulado por ações governamentais e não governamentais por todos os entes federativos.³⁶ Verifica-se que a relação entre os entes públicos e os entes privados permeia toda a política dos direitos da infância e adolescência: famílias, sociedade civil, comunidade local e contribuintes. A defesa dos direitos das crianças e adolescentes passa pelo cuidado das famílias, já a sociedade civil integra de modo paritário o conselho de direitos; a comunidade local elege os membros do conselho tutelar, e os contribuintes podem colaborar na captação de recursos ao fundo público por meio de deduções do imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas. A própria execução das ações para a defesa de crianças e adolescentes pode ocorrer por meio de parcerias e convênios realizados com o terceiro setor, fiscalizados pelo conselho de direitos e subsidiados pelo fundo público.

Essa estrutura de direitos fundamentais e instituições participativas foi elaborada ao final da década de 80 e início da década de 90, período em que ocorreu a previsão constitucional e a regulação infraconstitucional:

stucionais: um diagnóstico sobre os conselhos e fundo municipal de segurança alimentar e nutricional em Minas Gerais. *Rei – Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 725-747, dez. 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/245>. Acesso em: 02 jan. 2020. p. 730.

³⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

³¹ MAGALHÃES JÚNIOR, José César; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. (org.) *Fundos públicos*. São Paulo: Instituto Pólis, 2004. p. 43-44.

³² LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

³³ FONSECA, Franciele Fagundes *et al.* As vulnerabilidades na infância e adolescência e as políticas públicas brasileiras de intervenção. *Revista Paulista de Pediatria*, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 258-264, jun. 2013. p. 261.

³⁴ GAUTO, Maitê Fernandez; SOUZA, Elias de; BERNINI, José Eduardo. *Avaliação da aplicação eficiente dos recursos do FUMCAD como instrumento da política pública*: Estudo de Caso do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente de São Paulo. 2015. 193 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

³⁵ MAGALHÃES JÚNIOR, José César; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. (org.) *Fundos públicos*. São Paulo: Instituto Pólis, 2004. p. 43-44.

³⁶ BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 06 out. 2019.

nal. A Constituição de 1988 estabeleceu no Brasil uma série de direitos sociais, enquanto, em outros países, medidas de austeridade fiscal e de controle de gastos públicos eram tomadas. Posteriormente, essa foi uma tendência também seguida pelo Brasil. Ao longo da década de 90, a atuação governamental se afastou das práticas de intervenção estatal, e, com o objetivo de garantir a eficiência administrativa, foi proposta uma reforma para a melhoria dos serviços públicos por meio do controle de seus resultados. A política de ajuste fiscal e reformas econômicas eram justificadas para que o país alcançasse níveis competitivos no cenário econômico global. Para tanto, foram também incluídas reformas constitucionais na previdência social e alterações nos instrumentos de política social.³⁷

As parcerias entre as entidades públicas e privadas já existiam antes da Constituição de 1988. O Decreto-lei n. 200/1967 já estabelecia diretrizes para esses convênios em seu art. 156, §2º, bem como o Decreto Federal n. 93.872/1986, atualmente revogado, também versava sobre a execução de serviços de interesse público de mútua cooperação mediante convênio com o setor privado (tema regulado atualmente pelo Decreto n. 6.170/2007). Porém, após a reforma administrativa ocorrida na década de 90, as parcerias aumentaram.³⁸

Uma das medidas propostas pelo ministro da reforma administrativa, Bresser Pereira, foi a “publicização”, ou seja, a transferência subsidiada para o setor privado (chamado de público não estatal) da execução de atividades desempenhadas pelo Estado como a educação, saúde, cultura e pesquisa científica. Desse modo, haveria parceria entre a sociedade (por meio das organizações sociais) e o Estado para o financiamento e controle dessas atividades.³⁹ Posteriormente, a Lei n. 9.637/1998 e a Lei n. 9.790/1999 trataram do regime jurídico das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público e de quais áreas poderiam desempenhar suas atividades.

Nesse matiz Dagnino, Olvera e Panfichi alertam para os riscos de se emprestar a lógica de mercado para o âmbito estatal. Descrevem um projeto neoliberal de participação nos quais governos se tornam “provedores de serviços”, os cidadãos viram “clientes” ou “usuários” e a principal relação se atém à eficiência no atendimento. Segundo os autores, termina-se por privatizar áreas de políticas públicas, fazendo uso de um discurso de revalorização simbólica na sociedade civil, mas que se trata de transferir para organizações sociais a execução desses serviços. Essa perspectiva se afastaria do projeto democrático-participativo de compartilhamento do poder decisório do Estado em relação às questões de interesse público, concebendo uma cidadania minimalista com a diminuição de espaços participativos e a redução seletiva da sociedade civil a tipos específicos de atores.⁴⁰

Para Abbers, Silva e Tatagiba, em uma perspectiva prática, embora a classificação de Dagnino, Olvera e Panfichi seja útil para nomear os conflitos no campo da participação social, é preciso compreender a sobreposição de atores e de instituições no espaço político. Desse modo as relações entre o Estado e a sociedade são mais complexas que a oposição entre dois projetos políticos de participação. Novos arranjos institucionais são forjados em torno de diferentes atores, interesses e coalizações. Mesmo que a interação não ocorra em condições igualitárias entre os atores em razão das assimetrias de poder é preferível estar em desvantagem do que ser excluído dos espaços de discussão pública.⁴¹

³⁷ BRASIL. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2020.

³⁸ RESENDE, Maria Letícia Rodrigues Guimarães Araújo. A “fuga para o direito privado” por meio das organizações sociais. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 85-107, jul./dez. 2015. p. 88.

³⁹ BRASIL. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2020.

⁴⁰ DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. Para uma outra leitura da disputa pela construção democrática na América Latina. In: DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. *A disputa pela construção democrática na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

⁴¹ ABERS, Rebecca Neaera; SILVA, Marcelo Kunrath; TATAGIBA, Luciana. Movimentos sociais e políticas públicas: repensando atores e oportunidades políticas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 105, p. 15-46, 2018.

4 Aspectos legais dos fundos municipais dos direitos da criança e adolescente: análise do orçamento de Curitiba no ano de 2019

A previsão constitucional dos direitos das crianças e adolescentes, bem como ao sistema de proteção erigido pelo ECA dependem da quantidade de recursos destinados no orçamento público para serem realmente efetivos. Consoante ao objetivo proposto para este estudo, além do orçamento geral do município, busca-se estudar, também, o Fundo Municipal para Criança e Adolescente (FMCA) cuja arrecadação de recursos também é compartilhada com a sociedade por meio da destinação de parcela do imposto de renda. Para Souza e Freitas os fundos públicos são mecanismos de descentralização do orçamento ficando a critério de órgãos responsáveis o seu controle interno e externo, no caso o FMCA o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente é um dos seus órgãos de controle ao lado do Tribunal de Contas e da Câmara de Vereadores.⁴²

Souza e Freitas identificaram, na Constituição e no ordenamento jurídico, diversas regras que devem ser observadas em relação aos fundos públicos:

- a) As condições para instituição e funcionamento, deverão ser fixadas em lei complementar – Constituição Federal, art. 165, § 9º, II;
- b) É vedada a instituição de fundo de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa – Constituição Federal, art. 167, IX;
- c) É vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, com exceção daquelas ressalvadas expressamente na própria Constituição Federal – art. 167, IV;
- d) A destinação de receitas para constituição dos fundos, dar-se-á por meio das dotações consignadas na lei orçamentária ou em créditos adicionais – Constituição Federal, art. 165, § 5º e Lei nº 4.320/64, art.72;
- e) O fundo especial deve ser constituído de receitas específicas e especificadas, próprias ou transferidas – Lei nº 4.320/64, art. 71;
- f) O fundo ao ser instituído deverá vincular-se à realização de programas de trabalho de interesse da Administração – Lei nº 4.320/64, art. 71;
- g) A lei que instituir o fundo deverá estabelecer normas sobre aplicação, controle, prestação e tomada de contas dos recursos financeiros, ressalvada a competência específica do Tribunal de Contas – Lei nº 4.320/64, art. 74;
- h) O saldo apurado em balanço a ser transferido para o exercício seguinte deverá ser utilizado exclusivamente para atender o objeto de sua vinculação - Lei nº 4.320/64, art. 73 e LC no 101, art.8º, § único;
- i) A disponibilidade de caixa deverá constar de registro próprio de modo que os recursos vinculados fiquem identificados e escriturados de forma individualizada – Lei de Responsabilidade Fiscal, art.50, I;
- j) As demonstrações contábeis dos entes devem identificar de forma isolada e conjuntamente, as transações e operações de cada órgão, fundo ou entidade da administração direta, autárquica e fundacional, inclusive empresa estatal dependente – Lei de Responsabilidade Fiscal, art.50, I.⁴³

Além dessas exigências legais, no ano de 2010, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) editou a resolução n. 137/2010 que traça diretrizes importantes sobre o FMCA fixando parâmetros para a atuação do poder executivo e dos demais conselhos estaduais e municipais. De acordo com a resolução, o FMCA deverá ser criado por lei do ente federativo e mantido por este, podendo ser instituído na mesma legislação que criar o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, excetuan-

⁴² SOUZA, Maria Ilanice Lima de; FREITAS, Alcinéia Sousa. Fundos públicos: características, aplicação e controle dos recursos. *Caderno Gestão Pública*, Curitiba, n. 1, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2SKDeiw>. Acesso em: 30 out. 2019. p.102.

⁴³ SOUZA, Maria Ilanice Lima de; FREITAS, Alcinéia Sousa. Fundos públicos: características, aplicação e controle dos recursos. *Caderno Gestão Pública*, Curitiba, n. 1, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2SKDeiw>. Acesso em: 30 out. 2019. p. 106-107.

do os casos em que o conselho já existia e não fora instituído o fundo.

Máxime que a lei de criação do fundo deverá apontar as fontes de receita, objetivos e finalidades e determinar sua vinculação ao respectivo conselho. Cabe ao poder executivo em acordo com o conselho providenciar a regulamentação do fundo, realizando um Decreto ou outro meio legal para a adequação do fundo à legislação vigente e à resolução n. 137/2010 do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA).⁴⁴ Em Curitiba o FMCA e o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente foram criados pela mesma Lei Municipal (Lei n. 7.829/1991), tendo sido o FMCA regulamentado pelo Decreto n. 647/1994.^{45,46}

O artigo 2º do Decreto n. 647/1994 define o objetivo do fundo: a facilitar a captação, repasse e aplicação de recursos para o desenvolvimento de ações de atendimento de crianças e adolescentes, principalmente para programas de proteção especial, em casos de exposição de situação de risco pessoal e social cuja necessidade extrapola as políticas sociais básicas. A gestão administrativa do fundo é de responsabilidade da estrutura organizacional da prefeitura. A prestação de contas dos recursos deverá ser encaminhada anualmente para a Câmara de Vereadores (art. 6º e 7º, Lei n. 7.829/1991).⁴⁷

De acordo com o ECA, as receitas que compõe o FMCA podem ser de multas judiciais previstas pelo art. 214 e da contribuição por meio de dedução do imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas além de outras formas de doação. Pode-se incluir no fundo recursos provenientes de repasses da União e Estados, ou ainda de transferências de entidades nacionais, internacionais, governamentais e não governamentais por meio de convênios, acordos e contratos firmados. Inclui-se também o resultado da rentabilidade de aplicações financeira do fundo, venda de materiais, publicações e eventos.⁴⁸

O art. 260 do ECA define que as pessoas físicas podem realizar doações de seu imposto de renda para o FMCA sem que haja ônus. As empresas podem deduzir até 1% do seu imposto de renda, já as pessoas físicas, durante o ano de referência (até o dia 31/12 do ano de exercício), podem deduzir até 6% do imposto devido. Após o encerramento do ano e antes do vencimento da primeira quota do imposto de renda, poderão ser feitas doações, no entanto, a dedução fica reduzida a 3% do imposto devido.⁴⁹ Desse modo, o fundo é compreendido como um instrumento para a cidadania fiscal, considerando-se o engajamento social e a escolha do contribuinte por uma área específica de política pública.⁵⁰

A Confederação Nacional dos Municípios (CNM), em estudo técnico realizado no ano de 2019, acerca dos fundos dos direitos das crianças e adolescentes contabilizou a existência de 1.691 fundos em 2018: um

⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução n. 137, de 21 de janeiro de 2010*. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/137-resolucao-137-de-21-de-janeiro-de-2010/view>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁴⁵ CURITIBA. *Lei n. 7.829, de 17 de dezembro de 1991*. Cria o conselho dos direitos das crianças e dos adolescentes e dá outras providências. Disponível em: <https://cm-curitiba.jusbrasil.com.br/legislacao/730678/lei-7829-91>. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁴⁶ CURITIBA. *Decreto n. 647, de 29 de agosto de 1994*. Regulamenta o Fundo Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente – FMCA. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/decreto/1994/64/647/decreto-n-647-1994-regulamenta-o-fundo-municipal-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-fmca>. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁴⁷ CURITIBA. *Decreto n. 647, de 29 de agosto de 1994*. Regulamenta o Fundo Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente – FMCA. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/decreto/1994/64/647/decreto-n-647-1994-regulamenta-o-fundo-municipal-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-fmca>. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁴⁸ CUSTÓDIO, André Viana; KUHN, Franciele Letícia. O uso indevido dos fundos municipais dos direitos da criança e do adolescente: uma análise dos pareceres do ministério público de contas do Estado de Santa Catarina. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. *Anais...* Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp>. Acesso em: 01 abr. 2019.

⁴⁹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Nota técnica n. 19/2017*. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/NT_19_2017_FIA.pdf. Acesso em: 08 jan. 2019. p. 7.

⁵⁰ CUSTÓDIO, André Viana; KUHN, Franciele Letícia. O uso indevido dos fundos municipais dos direitos da criança e do adolescente: uma análise dos pareceres do ministério público de contas do Estado de Santa Catarina. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. *Anais...* Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp>. Acesso em: 01 abr. 2019.

fundo nacional, 22 fundos estaduais e 1.669 fundos municipais. No ano base de 2018, o valor de doações totalizou cerca R\$ 81.866.081,66 para esses fundos. De acordo com dados da CNM, 70% dos municípios (3.899) não possuem fundo ou não estão com o fundo regularizado. Estima-se que deixem de captar cerca de R\$ 511 milhões e 1.023 bilhão (considerando o potencial de 3% e 6% respectivamente).⁵¹ No município de Curitiba, foram recebidas 3.621 doações que totalizaram R\$ 4.434.246,96 referente ao exercício de 2018 e repassados ao município em julho de 2019.⁵²

Os direitos das crianças e adolescentes comprometem recursos de diferentes áreas como a educação, saúde, assistência social, dentre outros setores. No caso do FMCA, seus recursos são destinados para programas especiais de combate às graves situações de violência (exploração sexual, violência doméstica, tráfico de crianças e abandono) nas quais as políticas tradicionais não são suficientes. Em alguns casos, os programas especiais são incorporados ao orçamento como atividade continuada por uma secretaria do município.⁵³

De acordo com o art. 15 da Resolução n. 137/2010, os recursos do fundo se destinam ao financiamento de programas e serviços complementares ou inovadores por tempo determinado (não excedendo três anos); ao acolhimento de criança e adolescente em situação de risco pessoal ou social; projetos e programas de estudo, diagnóstico, monitoramento e avaliação do sistema de informações; programas de capacitação e de formação profissional continuada aos operadores do sistema, conselheiros tutelares, conselheiros de direitos e profissionais envolvidos; campanhas educativas, publicações e programas e projetos de comunicação; mobilização social e articulação para divulgação dos direitos e defesa de crianças e adolescentes para crianças, famílias e comunidade local.⁵⁴

Os recursos destinados ao fundo não podem ser empregados para manutenção das organizações não governamentais (exceto se o próprio projeto estipular este gasto e for aprovado pelo conselho) e para o financiamento de políticas básicas continuadas como a saúde, habitação, educação. O art. 16 da Resolução 137/2010 define que é proibido o uso de recursos sem a deliberação do respectivo conselho. O fundo também não pode pagar a manutenção e funcionamento do conselho tutelar ou do próprio conselho de direitos. Ficam vedadas as seguintes ações com o uso do fundo: aquisição, construção, reforma, manutenção, aluguéis de imóveis públicos ou privados, mesmo que para uso exclusivo da política da infância e adolescência. Essas despesas descritas deverão ser mantidas com recursos do próprio ente federativo.⁵⁵

Após esse breve levantamento teórico sobre fundo público, buscou-se analisar o orçamento do município de Curitiba para o ano de 2019 considerando o Plano Plurianual de 2018-2021 (Lei n. 15.131/2017),⁵⁶ Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2019 (Lei n. 15.269/2018⁵⁷ e Lei n. 15.374/2018)⁵⁸ e Lei Orça-

⁵¹ RIBEIRO, Rosângela; ROCHA, Wanderson; LEAL, Hilton. Confederação Nacional de Municípios. *Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil*. 2019. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Estudo_Fundos%20dos_Direitos_da_Crianca_e_do_Adolescente_no_Brasil_2019.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020. p. 5.

⁵² BRASIL. Receita Federal. *Nota técnica sobre os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente n. 005/2019*. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/direitos-e-deveres/educacao-fiscal/projeto-destinacao/nota-fdca-no-005-2019-com-anexos.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁵³ MAGALHÃES JÚNIOR, José César; TEIXEIRA, Ana Claudia C. (org.) *Fundos públicos*. São Paulo: Instituto Pólis, 2004. p. 13.

⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução n. 137, de 21 de janeiro de 2010*. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/137-resolucao-137-de-21-de-janeiro-de-2010/view>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução n. 137, de 21 de janeiro de 2010*. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/137-resolucao-137-de-21-de-janeiro-de-2010/view>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁵⁶ CURITIBA. *Lei n. 15.131, de 08 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre o Plano Plurianual para o período de 2018-2021. Disponível em: http://www.orcamentos.curitiba.pr.gov.br/plano_plurianual_2018_2021/plano_plurianual_2018_2021.htm. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁵⁷ CURITIBA. *Lei n. 15.269, de 06 de julho de 2018*. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária Anual para 2019 e dá outras providências. Disponível em: http://www.orcamentos.curitiba.pr.gov.br/ldo_2019_Diretrizes_Orcamentarias.htm. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁵⁸ CURITIBA. *Lei n. 15.374, de 27 de dezembro de 2018*. Altera dispositivos da Lei Municipal no 15.269, de 6 de julho de 2018, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária Anual para 2019. Disponível em: <http://www.orcamentos.curitiba>

mentária Anual de 2019 (Lei n. 15.375/2018⁵⁹ e o Decreto n.1.462/2018)⁶⁰ a fim de verificar quais foram os recursos reservados para o tema da infância no orçamento geral e compará-las com a reserva orçamentária para o FMCA.

Todos os gastos públicos indiretamente podem afetar, positivamente, a qualidade de vida das famílias, e, por consequência, salvaguardar direitos das crianças e adolescentes. Todavia, considerando-se que o tema da infância deve ser priorizado, optou-se por analisar as remissões diretas realizadas para a infância no orçamento com a busca dos termos: infância, infantil, adolescência, crianças e adolescentes. O levantamento dos termos foi realizado com o auxílio do software de análise qualitativa ATLAS. Ti versão 8 sendo posteriormente compilado para o software Microsoft Excel versão 16.

No Plano Plurianual de 2018-2021, houve algumas citações pontuais ao tema da infância e adolescência nas áreas da educação, saúde e assistência social. Na área da educação, as menções foram referentes às melhorias nas condições estruturais, implementação do currículo para a educação infantil e fundamental tendo como meta atingir o ensino em educação integral em 50% das escolas públicas até 2020. As demais áreas não apresentaram metas. No campo da assistência social, as atividades propostas foram a melhoria nas condições de vida para as famílias com maior índice de vulnerabilidade social e a estruturação e adaptação dos espaços físicos das unidades e veículos oficiais para o atendimento de pessoas com deficiência e crianças. Na saúde foram descritas três ações: o monitoramento da taxa de mortalidade infantil, a reorganização de postos de saúde para atender todo o ciclo de vida com promoção, prevenção e assistência em cada situação e programas voltados ao pré-natal, parto e puerpério para todas as crianças nos dois primeiros anos de vida.⁶¹

A Lei de Diretrizes Orçamentárias apresenta a função, subfunção, programa, ação e produto almejado pelo ente público. O tema da infância foi incluído por diferentes funções: segurança pública (três ações)⁶², educação (trinta e cinco ações)⁶³, assistência social (dezenove ações)⁶⁴, saúde (uma ação)⁶⁵, cultura (duas ações)⁶⁶ e esporte e lazer (duas ações)⁶⁷. A projeção de número de crianças atendidas por essas diferentes ações é de 290.681 crianças e adolescentes. Das 68 ações, cerca de 11⁶⁸ envolviam a transferência de recursos para entidades privadas: 4 dessas ações eram de transferências do Fundo Municipal para a Criança e do Adolescente,⁶⁹ outras 3 ações envolviam repasses do Fundo Municipal de Assistência Social (FMAS),⁷⁰ já no campo da educação foram 4 ações envolvendo a transferência de recursos.⁷¹ Estimou-se, para o ano de 2019, a realização de 354 termos de colaboração ou afins na área da assistência social.⁷²

pr.gov.br/ldo_2019_Diretrizes_Orçamentárias.htm. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁵⁹ CURITIBA. *Lei n. 15.375, de 27 de dezembro de 2018*. Estima a Receita e fixa a Despesa do Município de Curitiba para o exercício financeiro de 2019. Disponível em: <http://www.orçamentos.curitiba.pr.gov.br/orçamento2019/orçamento2019.html>. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁶⁰ CURITIBA. *Decreto n. 1.462, de 27 de dezembro de 2018*. Aprova o Quadro de Detalhamento da Despesa para o exercício de 2019, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.orçamentos.curitiba.pr.gov.br/orçamento2019/orçamento2019.html>. Acesso em: 20 dez. 2019.

⁶¹ CURITIBA. *Lei n. 15.131, de 08 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre o Plano Plurianual para o período de 2018-2021. Disponível em: http://www.orçamentos.curitiba.pr.gov.br/plano_plurianual_2018_2021/plano_plurianual_2018_2021.htm. Acesso em: 20 dez. 2019. p. 28; p. 32-33; p. 34; p. 46; p. 47.

⁶² Ações: 5001, 6001, 6011.

⁶³ Ações: 1011, 1013, 0044, 1012, 1014, 1052, 1058, 1072, 1161, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2039, 2041, 2042, 2043, 2044, 2076, 2078, 1015, 1016, 1059, 1073, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2040, 2045, 2091.

⁶⁴ Ações: 5002, 5003, 5005, 6002, 6004, 6005, 5004, 5005, 5006, 5007, 6006, 6007, 6008, 6009, 6010, 6015, 6016, 6017, 6022.

⁶⁵ Ação: 2216.

⁶⁶ Ações 6012 e 6014.

⁶⁷ Ações: 6013 e 6018.

⁶⁸ Ações: 5002, 5003, 5005, 6002, 6004, 6009, 1058, 2078, 1059, 2038.

⁶⁹ Ações: 5002, 5005, 6004, 6009.

⁷⁰ Ações: 5003, 6002, 6007.

⁷¹ Ações: 1058, 1059, 2038, 2078.

⁷² CURITIBA. *Lei n. 15.269, de 06 de julho de 2018*. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária Anual para 2019 e dá outras providências. Disponível em: http://www.orçamentos.curitiba.pr.gov.br/ldo_2019_Diretrizes_Orçamentárias.htm. Acesso em: 20 dez. 2019.

A análise da Lei Orçamentária Anual é um dos principais pontos para este estudo, considerando que ela discrimina quais são as despesas por função, e, desse modo, permite a comparação dos recursos destinados em cada área com os recursos do FMCA. Para essa comparação, foram excluídos os gastos referentes à Secretaria Municipal de Educação, por ser uma das principais despesas planejadas do município (R\$ 1.523.482.000,00) e atender a crianças e adolescentes, todavia os termos “infância e adolescência” não são empregados em sua literalidade em suas ações.

Os órgãos e fundos que apresentaram em seus orçamentos a menção expressa ao atendimento de crianças e adolescentes foram: Secretaria Municipal de Abastecimento, Secretaria Municipal do Esporte, Lazer e Juventude, Instituto Municipal de Administração Pública, Secretaria Municipal do Emprego, Secretaria Municipal da Defesa Social, Fundação Cultural de Curitiba, Fundo de Abastecimento Alimentar de Curitiba, Fundo Municipal de Cultura, Fundação de Ação Social, Fundo Municipal para a Criança e o Adolescente e o Fundo Municipal de Assistência Social.

Após a identificação e catalogação das despesas que mencionavam a criança e o adolescente, em cada um desses órgãos, elas foram somadas, a fim de analisar o quanto foi investido por cada setor, conforme evidenciado na tabela 1.

Tabela 1 – Despesas planejadas com a temática da infância por órgãos e fundos municipais de Curitiba, excluídas as despesas com educação

Órgão	Despesa planejada
Secretaria Municipal do Esporte, Lazer e Juventude	26.711.000,00
Fundo de abastecimento alimentar de Curitiba	24.995.000,00
Fundo Municipal de Assistência Social	23.883.000,00
Fundo Municipal para Criança e Adolescente	20.206.000,00
Fundo Municipal da Cultura	14.125.000,00
Fundação de Ação Social	5.058.000,00
Secretaria Municipal de Abastecimento	4.565.000,00
Fundação Cultural de Curitiba	2.235.000,00
Instituto Municipal de Administração Pública	583.000,00
Secretaria Municipal da Defesa Social	75.000,00
Fundo Municipal de Saúde	60.000,00
Secretaria Municipal do Emprego	10.000,00
Total	122.506.000,00

Fonte: Elaboração própria com base na Lei Orçamentária Anual de 2019 – Lei n. 15.375/2018.

Denota-se que, no Município de Curitiba, foram planejados valores significativos para o Fundo Municipal para Criança e Adolescente, porém ele não é o principal financiador das ações para a infância adolescência.

Durante a análise das especificações das despesas, algumas mencionam o tema da infância e da adolescência, porém suas ações também alcançam outras faixas etárias. A especificação da despesa da Secretaria Municipal de Abastecimento (R\$ 4.565.000,00) envolve a manutenção de restaurantes populares atendendo à população em geral e também a crianças e adolescentes. Caso semelhante ocorre com os recursos destinados do Fundo de Abastecimento Alimentar de Curitiba (R\$ 24.995.000,00), pois, apesar de incluir expressamente os termos “crianças e adolescentes”, o atendimento envolve todas as faixas etárias da população em vulnerabilidade social.

Uma das áreas centrais para análise deste estudo refere-se ao campo da assistência social para o atendimento de crianças e adolescentes. As despesas, para o atendimento dessa área, foram divididas entre a Fundação de Ação Social (FAS), Fundo Municipal para Criança e Adolescente (FMCA) e Fundo Municipal

de Assistência Social (FMAS). A Lei Orçamentária Anual planejou 90% da despesa pública sobre os dois fundos. Da análise do orçamento da Fundação de Ação Social, verifica-se que os Conselhos Tutelares são mantidos com seus recursos em concordância com a resolução n. 137/2010 do Conanda, que proíbe o uso de recursos do FMCA para essa finalidade.

A respeito da leitura do orçamento do FMAS, verifica-se que, em relação aos R\$ 23.883.000,00, cerca de R\$ 11.470.000,00 (48%) são destinados a transferências para entidades privadas em prol de ações para proteção de direitos, assistência ou acolhimento institucional de crianças e adolescentes. Já as ações a serem realizadas pelo próprio município foram destinados os 52% restantes — R\$ 12.413.000,00. Cumpre ressaltar o compartilhamento semelhante da responsabilidade e de recursos entre o terceiro setor e o município para ações de assistência à criança e ao adolescente.

Por outro lado, o orçamento do FMCA (R\$ 20.181.000,00) destina a maior parte de seus recursos para a transferência a entidades privadas R\$ 17.673.000,00 (88%) restando cerca de R\$ 2.508.000,00 (12%) dos quais R\$2.178.000,00 servem para o desenvolvimento e execução ações para o atendimento de criança e adolescentes. Para campanhas publicitárias, informativas e educativas acerca dos direitos das crianças e adolescentes, são destinados R\$300.000,00, e, para a compra de equipamentos e de material permanente, R\$30.000,00.

A Lei Orçamentária Anual tem por objetivo autorizar as despesas públicas para o referido ano. Faz-se necessário analisar a execução orçamentária, isto é, se a despesa autorizada foi destinada como previsto. Para a obtenção das informações, utilizou-se o Portal da Transparência de Curitiba por meio do campo “despesa”, e, na sequência, da opção “despesa – planejamento e execução orçamentária”. O filtro temporal escolhido foi o período de 01/01/2019 até 31/12/2019. A fase da despesa escolhida foi a liquidação, considerando-se que o pagamento de parte da despesa pública poderá ocorrer no ano de 2020. Foram realizados levantamentos nos três órgãos: Fundação de Ação Social, Fundo Municipal de Assistência Social e Fundo Municipal para Criança e Adolescente. O resultado de cada uma das pesquisas foi exportado no formato xlsx para acesso por meio do software Excel. Com esse software, foram empregados como filtros a função “assistência social” e a subfunção “assistência à criança e ao adolescente” e considerado o somatório de todas as despesas.⁷³ Os resultados seguem evidenciados na tabela 2:

Tabela 2 – Comparação entre a despesa autorizada e a liquidada no ano de 2019

Órgão	Despesa autorizada	Despesa liqui- dada	%
Fundação de Ação Social	5.058.000,00	5.500.444,64	108,7 ⁷⁴
Fundo Municipal para Criança e Adolescente	20.206.000,00	10.422.090,77	51,6
Fundo Municipal de Assistência Social	23.883.000,00	19.225.975,10	80,5
Total	49.147.000,00	35.148.510,51	71,6

Fonte: Elaboração própria a partir Lei Orçamentária Anual (Lei n. 15.375/2018) e dados do Portal da Transparência de Curitiba.

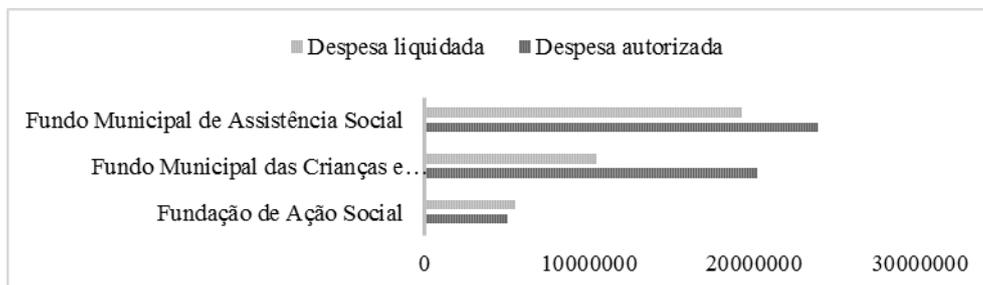
Cumpre ressaltar que o valor autorizado pela Lei Orçamentária Anual de 2019 não foi executado em sua totalidade, restando o valor de R\$ 13.998.489,49 (28,4%) sem ser realizado no campo da assistência social para crianças e adolescentes. Restando como objetivo para próximas pesquisas a análise de quanto do orçamento geral foi de fato liquidado, considerando-se que o planejamento/fixação da despesa não implica, necessariamente, sua execução, haja vista o caráter autorizativo do orçamento proposto pelo Poder Execu-

⁷³ CURITIBA. *Portal da Transparência*. Disponível em: <https://www.transparencia.curitiba.pr.gov.br>. Acesso em: 30 dez. 2019.

⁷⁴ As despesas também contemplam restos a pagar de despesas não processadas no exercício anterior.

tivo. Verifica-se que a Fundação de Ação Social teve despesas maiores do que as autorizadas pela legislação orçamentária, podendo ter recorrido a créditos adicionais para o cumprimento do atendimento às crianças e adolescentes. Deve-se considerar que a execução financeira não necessariamente guarda relação obrigatória com a fixação orçamentária pelo caráter autorizativo já mencionado. Cumpre ressaltar a existência de liquidação de restos a pagar de despesas não processadas no exercício anterior.

Gráfico 1 - Comparação entre a despesa autorizada e liquidada para a assistência às crianças e adolescentes



Fonte: Elaboração própria a partir Lei n. 15.375/2018 e dados do Portal da Transparência de Curitiba.

Por outro lado, o FMCA, principal objeto de análise deste estudo, foi o ente que deixou de executar R\$ 9.783.909,23 (48%) da despesa autorizada. Apesar de recursos significativos serem destinados para o Fundo a sua execução perpassa pela deliberação do Conselho e também pela operacionalização realizada pelo poder executivo por meio da atribuição de setores técnicos contábeis e administrativos.⁷⁵

Percebe-se que, apesar da crise fiscal e das medidas de austeridade, o legislador infraconstitucional encontrou maneiras para que recursos fossem captados a fim de que garantir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, no entanto, para além da fixação em orçamento das despesas, é necessária a execução dos recursos em ações de proteção aos direitos das crianças e adolescentes. Segundo Telles, Suguihiro e Barros, o orçamento deveria se concentrar em áreas prioritárias evitando sua pulverização por meio de ações fragmentadas e desarticuladas.⁷⁶ Ademais os projetos que são financiados pelo fundo possuem prazo máximo de realização de três anos, sua continuidade dependerá da incorporação no orçamento público.

5 Considerações finais

Todos os direitos, quer sejam direcionados às crianças e adolescentes ou não, possuem custos. Aos poderes constituídos — principalmente ao poder legislativo e poder executivo — recaem a responsabilidade na definição de quais direitos serão prioritários e como serão atendidos. Apesar das definições constitucionais e das leis infraconstitucionais a realização de direitos é uma escolha política que se manifesta nas leis orçamentárias e, principalmente, na sua efetiva execução financeira. No entanto, elas não são suficientes para a salvaguardar direitos. A efetividade da prestação do serviço público passa, então, pela execução orçamentária. O planejamento orçamentário do município de Curitiba em 2019 reservou para o FMCA cerca de 20 milhões de reais em despesas para o atendimento a esses direitos, no entanto, a execução orçamentária revelou que pouco mais de metade foi liquidado.

Outra questão relevante refere-se a quem executa a política para os direitos das crianças e adolescentes. As diferentes interpretações sobre o tamanho do Estado e a reforma administrativa desencadearam a compreensão de que certas atividades poderiam ser remanejadas para entes privados subsidiados pelo

⁷⁵ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Nota técnica n. 19/2017*. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/NT_19_2017_FIA.pdf. Acesso em: 08 jan. 2020. p. 3.

⁷⁶ TELLES, Tiago Santos; SUGUIHIRO, Vera Lucia Tiekko; BARROS, Mari Nilza Ferrari de. Os direitos de crianças e adolescentes na perspectiva orçamentária. *Revista de Serviço Social*, São Paulo, n. 105, p. 50-66, mar. 2011. p. 51.

Estado. Quando analisado o planejamento orçamentário do FMCA, cerca de 88% de seus recursos (R\$ 17.673.000,00) seriam destinados a transferências para entes privados a fim de atender a política de assistência à criança e ao adolescente. Todavia, esse valor não foi completamente executado.

O FMCA permite que sejam realizados investimentos sociais em áreas especiais ao atendimento de crianças e adolescentes, principalmente para aqueles em situação de vulnerabilidade social, todavia os projetos que receberem esses recursos deverão ser por tempo determinado não podendo exceder o prazo de três anos. Esse público, em algum momento, terá essa prestação de atendimento descontinuada. A permanência do atendimento, em período superior, exige que seu financiamento seja incorporado ao orçamento geral.

Os fundos especiais representam a oportunidade de captar recursos para arcar com o custo do atendimento aos direitos de crianças e adolescentes, especialmente aqueles em situação de vulnerabilidade social, apesar de ocorrer de modo provisório. Enquanto a legislação desenvolveu mecanismos institucionais para a captação de recursos para investimento social na proteção e promoção destes direitos, como doações de parcela do imposto de renda, cerca de 70% dos municípios ainda não fazem uso desse instrumento por não possuírem o fundo ou por não regularizá-lo, o que revela a subutilização de um aliado importante para a efetividade dos direitos das crianças e adolescentes.⁷⁷

Referências

- ABERS, Rebecca Neaera; SILVA, Marcelo Kunrath; TATAGIBA, Luciana. Movimentos sociais e políticas públicas: repensando atores e oportunidades políticas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 105, p. 15-46, 2018.
- ALMEIDA, Riezo. Orçamento público destinado às crianças e aos adolescentes - OCA. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 1, p. 205-233, 2012.
- BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros de. O FIA e as “so(m)bras” do orçamento público: da (des)consideração absoluta à otimização de recursos para o orçamento da criança e do adolescente – OCA. *Revista De Jure*, Belo Horizonte, v. 12, p. 469-485, 2009.
- BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução n. 137, de 21 de janeiro de 2010*. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/137-resolucao-137-de-21-de-janeiro-de-2010/view>. Acesso em: 02 jan. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 06 out. 2019.
- BRASIL. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpeireira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2020.
- CARDOSO, José Celso Junior; JACCOUD, Luciana. Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. In: JACCOUD, Luciana (org.). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005.
- CARNEIRO, Cláudio. *Curso de direito tributário e financeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

⁷⁷ RIBEIRO, Rosângela; ROCHA, Wanderson; LEAL, Hilton. Confederação Nacional de Municípios. *Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil 2019*. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Estudo_Fundos%20dos_Direitos_da_Crianca_e_do_Adolescente_no_Brasil_2019.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020. p. 5.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. *Nota técnica n. 19/2017*. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/NT_19_2017_FIA.pdf. Acesso em: 08 jan. 2019.

CORREA, Leonardo Alves; CLARK, Giovani; CARVALHO, Pedro Rezende. Direito institucional econômico e arranjos institucionais: um diagnóstico sobre os conselhos e fundo municipal de segurança alimentar e nutricional em Minas Gerais. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 725-747, dez. 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/245>. Acesso em: 02 jan. 2020.

CURITIBA. *Decreto n. 647, de 29 de agosto de 1994*. Regulamenta o fundo municipal dos direitos da criança e adolescente – FMCA. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/decreto/1994/64/647/decreto-n-647-1994-regulamenta-o-fundo-municipal-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-fmca>. Acesso em: 13 jan 2020.

CURITIBA. *Decreto n. 1.462, de 27 de dezembro de 2018*. Aprova o Quadro de Detalhamento da Despesa para o exercício de 2019, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.orcamentos.curitiba.pr.gov.br/orcamento2019/orcamento2019.html>. Acesso em: 20 dez. 2019.

CURITIBA. *Lei n. 7.829, de 17 de dezembro de 1991*. Cria o conselho dos direitos das crianças e dos adolescentes e dá outras providências. Disponível em: <https://cm-curitiba.jusbrasil.com.br/legislacao/730678/lei-7829-91>. Acesso em: 20 dez. 2019.

CURITIBA. *Lei n. 15.131, de 08 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre o Plano Plurianual para o período de 2018-2021. Disponível em: http://www.orcamentos.curitiba.pr.gov.br/plano_plurianual_2018_2021/plano_plurianual_2018_2021.htm. Acesso em: 20 dez. 2019.

CURITIBA. *Lei n. 15.269, de 06 de julho de 2018*. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária Anual para 2019 e dá outras providências. Disponível em: http://www.orcamentos.curitiba.pr.gov.br/lido_2019_Diretrizes_Orcamentarias.htm. Acesso em: 20 dez. 2019.

CURITIBA. *Lei n. 15.374, de 27 de dezembro de 2018*. Altera dispositivos da Lei Municipal no 15.269, de 6 de julho de 2018, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária Anual para 2019. Disponível em: http://www.orcamentos.curitiba.pr.gov.br/lido_2019_Diretrizes_Orcamentarias.htm. Acesso em: 20 dez. 2019.

CURITIBA. *Lei n. 15.375, de 27 de dezembro de 2018*. Estima a Receita e fixa a Despesa do Município de Curitiba para o exercício financeiro de 2019. Disponível em: <http://www.orcamentos.curitiba.pr.gov.br/orcamento2019/orcamento2019.html>. Acesso em: 20 dez. 2019.

CURITIBA. *Portal da Transparência*. Disponível em: <https://www.transparencia.curitiba.pr.gov.br>. Acesso em: 30 dez. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana; KUHN, Franciele Letícia. O uso indevido dos fundos municipais dos direitos da criança e do adolescente: uma análise dos pareceres do ministério público de contas do Estado de Santa Catarina. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. *Anais...* Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp>. Acesso em: 01 abr. 2019.

DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. Para uma outra leitura da disputa pela construção democrática na América Latina. In: DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J.; PANFICHI, Aldo. *A disputa pela construção democrática na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

FONSECA, Franciele Fagundes *et al.* As vulnerabilidades na infância e adolescência e as políticas públicas brasileiras de intervenção. *Revista Paulista de Pediatria*, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 258-264, jun. 2013.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.) *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GAUTO, Maitê Fernandez; SOUZA, Elias de; BERNINI, José Eduardo. *Avaliação da aplicação eficiente dos recursos do FUMCAD como instrumento da política pública: estudo de caso do Fundo Municipal da Criança e do Adolescente de São Paulo*. 2015. 193 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF - Martins fontes, 2019.

INESC; FUNDAÇÃO ABRINQ; UNICEF. *De olho no orçamento criança: atuando para priorizar a criança e o adolescente no orçamento público*. Documento elaborado em parceria do Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), a Fundação Abrinq e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). São Paulo, 2005. Disponível em: <https://polis.org.br/wp-content/uploads/De-olho-no-orcamento-crianca.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.

LAMEIA, Gonzalo de Castro. El impacto relacional de la pobreza en la infancia y la adolescência: aportes desde el análisis del bienestar y los derechos de la infancia en España 2007-2015. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento Econômico*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 6-21, jan./abr. 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Púlio Caio Bessa. *Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 313-329, 2017.

MAGALHÃES JÚNIOR, José César; TEIXEIRA, Ana Cláudia C. (org.) *Fundos públicos*. São Paulo: Instituto Pólis, 2004.

MITCHELL, William; FAZI, Thomas. *Reclaiming the State*. Londres: Pluto Press, 2017.

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.

NETTO, Alexandre de Oliveira. Análise crítica acerca do financiamento da proteção à criança e ao adolescente no federalismo brasileiro. *Revista de Direito Educacional*, São Paulo, v. 4, p. 13-26, jul./dez. 2011.

OLIVEIRA, Débora Tazinasso; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves; VICENTIN, Ivan Carlos. Participação social no planejamento governamental municipal: um estudo em planos plurianuais de uma capital brasileira. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, v. 1, p. 1-16, 2018.

PALUDO, Augustinho Vicente. *Orçamento público, administração financeira e orçamentária e LRF*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

RESENDE, Maria Leticia Rodrigues Guimarães Araújo. A “fuga para o direito privado” por meio das organizações sociais. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 85-107, jul./dez. 2015.

RIBEIRO, Rosângela; ROCHA, Wanderson; LEAL, Hilton. Confederação Nacional de Municípios. *Fundos dos direitos da criança e do adolescente no Brasil*. 2019. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Estudo_Fundos%20dos_Direitos_da_Crianca_e_do_Adolescente_no_Brasil_2019.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020.

SOUZA, Maria Ilanice Lima de; FREITAS, Alcinéia Sousa. Fundos públicos: características, aplicação e controle dos recursos. *Caderno Gestão Pública*, Curitiba, n. 1, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2SKDeiw>. Acesso em: 30 out. 2019.

TATAGIBA, Luciana. Conselhos gestores de políticas públicas e democracia participativa: aprofundando o debate. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, p. 209-213, 2005.

TELLES, Tiago Santos; SUGUIHIRO, Vera Lucia Tiekó; BARROS, Mari Nilza Ferrari de. Os direitos de crianças e adolescentes na perspectiva orçamentária. *Revista de Serviço Social*, São Paulo, n. 105, p. 50-66, mar. 2011.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A Capacidade do Estado frente a gestão de riscos e desastres após a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei 12.608/2012)

State Capacity in Risk and Disaster Management after the National Policy of Protection and Civil Defense (Law 12.608/2012)

Larissa Maria da Silva Ferentz

Carlos Mello Garcias

A Capacidade do Estado frente a gestão de riscos e desastres após a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei 12.608/2012)*

State Capacity in Risk and Disaster Management after the National Policy of Protection and Civil Defense (Law 12.608/2012)

Larissa Maria da Silva Ferentz**

Carlos Mello Garcias***

Resumo

A frequência elevada de eventos extremos nas cidades tem voltado o olhar para a necessidade da adoção de medidas que auxiliassem os gestores na redução de riscos no mundo todo. No Brasil, após a instituição da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil em 2012, destacou-se a importância da implementação da política de forma multisetorial, sendo necessário a revisão dos diversos planos e leis. Além disso, a necessidade de integração entre os setores da sociedade é um dos pontos-chave da política, pois a minimização dos riscos de desastres nos municípios ocorre a partir da colaboração de todos. A metodologia da presente pesquisa se baseou em três análises principais: (1) a integração da Política Nacional perante as legislações setoriais; (2) apresentação das capacidades e incapacidades dos Estados e Municípios perante as competências da Política Nacional; e (3) avaliação de medidas e instrumentos para monitorar a Política Nacional. Ainda será necessário percorrer um caminho longo no país considerando todos os desafios encontrados nas análises. No primeiro momento, foi possível observar que, embora as legislações setoriais tenham, de forma clara, seu papel perante os desastres, a falta de integração ainda é perceptível. As medidas adotadas para distribuição de recursos, além da falta de capacitação de gestores e da população, são os principais pontos de incapacidade dos Estados e Municípios. Além disso, a falta de instrumentos, que ajudem a monitorar e acompanhar as ações tomadas no enfrentamento dos riscos, continua a prejudicar o atingimento das metas para alcançar cidades mais resilientes.

Palavras-chave: Redução de Riscos e Desastres. Gestão Urbana. Instrumentos Locais.

Abstract

The high frequency of extreme events in cities has turned our attention to the need for measures to help managers reduce risk around the world. In Brazil, after the introduction of the National Policy for Civil Protection and

* Recebido em 18/02/2020
Aprovado em 09/04/2020

** Doutoranda e Mestra em Gestão Urbana pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: ferentzengenharia@gmail.com

*** Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Gestão Urbana pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: carlos.garcias@pucpr.br

Defense in 2012, the importance of implementing the policy in a multisectoral manner was highlighted, requiring the revision of the various plans and laws. In addition, the need for integration between the sectors of society is one of the key points of the policy, since the minimization of disaster risks in the municipalities comes from the collaboration of all. The methodology of the present research was based on three main analyzes: (1) the integration of National Policy with sectoral legislations; (2) presentation of the capacities and disabilities of States and Municipalities in view of the competences of National Policy; and (3) evaluation of measures and instruments to monitor National Policy. It will still be necessary to go a long way in the country considering all the challenges found in the analyzes. At first, it was observed that although sectoral legislations clearly play their role in the face of disasters, the lack of integration is still noticeable. The measures adopted for resource allocation, in addition to the lack of training of managers and the population, are the main points of disability of states and municipalities. Furthermore, the lack of instruments to help monitor and follow up on actions taken to address risks continues to hinder the achievement of goals to reach more resilient cities.

Keywords: Risk and Disaster Reduction. Urban management. Local Instruments.

1 Introdução

1.1 Desenvolvimento Urbano e a Gestão de Riscos e Desastres

O crescimento populacional, em conjunto com a falta de planejamento, infraestruturas e serviços insuficientes e baixa qualidade ambiental, são as principais causas dos altos níveis de risco que as cidades estão inseridas hoje. As áreas urbanas no mundo eram representadas por 26% na década de 40, pouco mais de meio século depois, esse número subiu para 80%. “Altos índices de densidade populacional configuram-se como uma causa significativa de riscos em locais onde a qualidade de vida, infraestrutura e serviços essenciais são escassos”¹.

Com a urbanização, também se aumentaram as áreas impermeáveis, a canalização dos rios e os assentamentos precários. Esses fatores agravam os impactos negativos quando eventos extremos acontecem². Não obstante, a ocupação de áreas irregulares resultou das medidas tomadas pelo mercado imobiliário, o qual prevalecia as classes mais altas nas cidades, obrigando as pessoas de baixa renda a habitarem regiões suscetíveis a riscos de deslizamentos e inundações, por exemplo³.

Na década de 60, o número de pessoas afetadas por desastres no mundo foi o dobro da anterior, enquanto a década de 70 teve seis vezes mais casos registrados de óbitos. Ainda durante esse período, mais de 24 bilhões de pessoas foram atingidas pelas secas e mais de 15 milhões pelas inundações. Destaca-se que os maiores números de pessoas atingidas, se referem às populações de áreas de risco ou as que se encontram em algum tipo de situação de vulnerabilidade social⁴.

Durante esse período, muitos programas começaram a surgir, resultando em grandes planos para a provisão de serviços urbanos em grande escala. Nos anos 80, iniciou-se o planejamento com base em projetos

¹ ONU. *Construindo Cidades Resilientes: Minha cidade está se preparando*. Tradução Sarah Marcela Chinchilla Cartagena. Florianópolis: Nações Unidas, 2010. p. 29

² CUNHA, S. B. Sustentabilidade dos canais urbanos nas áreas tropicais. In: PINHEIRO, D. R. de C. (org.). *Desenvolvimento Sustentável: Desafios e Discussões*. Fortaleza: ABC Editora, 2006. p. 19-33

³ MORENO, E. L.; OYEYINKA, O.; MBOUP, G. *State of the World's Cities 2010/2011: Bridging The Urban Divide*. 2 ed. London: United Nations Human Settlements Programme (UN-HABITAT), 2010. p. 244

⁴ BRUNDTLAND, G. H. et al. *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. Oslo: United Nations, 1987. p. 187

mais específicos, com intervenções menores que podiam ser replicadas para outras regiões. Nessa mesma década, a participação popular começou a ser considerada no planejamento, assim como a preocupação sobre a regularização de assentamentos informais em áreas de risco⁵.

A realocação de moradias permite reduzir os impactos dos municípios, tendo em vista que menos famílias serão atingidas pelos eventos extremos. No entanto, para implementação desse processo, é necessário angariar recursos, tendo alguns cuidados a serem seguidos, tais quais: a identificação de outras áreas que não sejam suscetíveis a desastres; a construção de moradias dignas para a população; e a revitalização das áreas de risco para que não voltem a serem ocupadas. Além disso, a participação da sociedade, após treinamentos e capacitações, pode representar um ganho positivo para os gestores locais, já que as pessoas podem auxiliar as fiscalizações das áreas, e também, dar suporte ao atendimento em caso de desastres.

Nos últimos 30 anos, o foco do planejamento tem sido nas ações de longo prazo, as quais consideram toda área geográfica dos municípios. Não obstante, as capacitações locais e o fortalecimento institucional são exemplos das tendências que foram adotadas durante esse período para fomentar o desenvolvimento urbano. Essa mudança comportamental durante as décadas se dá pelos fracassos resultantes de cada abordagem anterior para enfrentar os problemas urbanos, tais como a degradação ambiental, a pobreza e aos assentamentos irregulares. Além disso, existem outras características que devem ser consideradas diante da necessidade de mudanças na gestão urbana, como o novo padrão de consumo crescente na sociedade e a complexidade e fragmentação das comunidades no meio urbano⁵.

A gestão urbana deve ser ajustada conforme as mudanças ocorrem⁵. Além disso, quando desenvolvidas simultaneamente, as ações garantem uma resposta estratégica, integrando todas as áreas da gestão urbana. Como uma forma de implementar o desenvolvimento integrado, McGill propôs uma lista de verificação da gestão urbana. Essa lista pode ser subdividida em duas dimensões principais: o desenvolvimento urbano, que aborda a infraestrutura, os serviços básicos, o desenvolvimento formal e informal, dentre outros; e, o desenvolvimento institucional, com elementos de integração, sustentabilidade, desenvolvimento organizacional, político e financeiro⁶.

Considerando-se o desenvolvimento urbano, existem diversos fatores externos que aumentam a complexidade do planejamento, mas que, ao mesmo tempo, são essenciais para atingir os objetivos de uma cidade mais resiliente. O crescimento populacional e as projeções futuras, as características econômicas, os padrões adotados para uso e ocupação do solo, a integração entre os atores da sociedade e o governo, os problemas ambientais e topográficos, são alguns dos exemplos que devem ser inseridos nas discussões e planos das cidades⁶.

A infraestrutura do saneamento (abastecimento de água, tratamento de esgoto, coleta de águas pluviais e destinação de resíduos) pode ser reconhecida como a rede arterial da cidade, que circunda por toda sua extensão. Além de integrar esse sistema com outras áreas, como a topografia ou o zoneamento e uso e ocupação do solo por exemplo, também é necessário considerar aspectos de risco que, anteriormente, não eram vistos como ameaças no meio urbano. Um desses aspectos se refere à necessidade do controle de inundações e drenagem⁶.

Os desastres hídricos, àqueles com a presença de água, representam mais de 50% dos desastres no mundo⁷. Gradativamente, inundações e alagamentos estão, cada vez mais, presentes no ambiente urbano, causando danos e prejuízos para a população e para as contas públicas. A partir desse cenário, as agências nacionais têm destacado a importância de os municípios adotarem infraestruturas de drenagem sustentáveis, a fim de se estabelecerem novas medidas que ajudem a minimizar os impactos negativos. Para isso, é necessária

⁵ WERNA, E. The management of urban development, or the development of urban management? Problems and premises of an elusive concept. *Cities*, v. 12, n. 5, p. 353-359, 1995.

⁶ MCGILL, R. Urban management checklist. *Cities*, v. 18, n. 5, p. 347-354, 2001.

⁷ CRED. Centre for Research on the Epidemiology of Disasters. *Annual Disaster Statistical Review 2016: The numbers and trends*. Belgium: CRED. IRSS. Université catholique de Louvain, 2017. p. 91

a implementação de políticas, regulamentos e legislações, provendo uma gestão integrada e multissetorial⁸.

Também é importante conhecer os recursos disponíveis para atendimento em casos de necessidade, tanto humanos quanto de materiais e equipamentos, sendo imprescindível conhecer todas as capacidades envolvidas. Além da integração multissetorial, é importante que os gestores sejam capazes de coordenar e implementar as ações estratégicas, como instrumento de gestão urbana⁶. Na gestão de riscos e desastres, é importante que haja um comitê de resiliência municipal, o qual deve ser estruturado por representantes das diversas áreas da gestão. Esses profissionais auxiliarão o município nas atividades de integração para a redução de riscos e desastres, abordando questões que transpassem por todos os setores⁹.

Nesse sentido, os gestores locais têm um papel fundamental pois eles são o contato direto entre a população e os governantes. Não obstante, eles também são os primeiros respondentes em casos de desastres, além de acompanharem todo o processo de recuperação da cidade¹. Eles são os responsáveis por adaptar e ajustar as mudanças que vêm ocorrendo de acordo com os interesses de seus municípios⁵. Os gestores locais devem compreender o ambiente urbano de seus municípios e definir os instrumentos necessários para o acompanhamento e implementação de suas ações, de maneira organizacional e financeiramente viável. Isto permite não somente o desenvolvimento estrutural dos municípios, como também uma maior capacidade de desempenho em suas articulações institucionais⁶.

A partir desse contexto, o presente trabalho tem como objetivo responder a seguinte questão-problema: quais são as capacidades do Estado frente a Gestão de Riscos e Desastres após a implementação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil?

2 Metodologia

A presente pesquisa se baseou em bibliografias que vão de encontro à Política Nacional de Proteção e Defesa Civil e suas legislações integrantes. Para seu desenvolvimento, a metodologia estrutural das análises foi subdividida em três etapas:

- (1) a integração da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil perante as legislações setoriais, conforme previsto no artigo 3º;
- (2) a apresentação de exemplos nacionais sobre as capacidades e incapacidades dos Estados e Municípios perante as competências previstas pela Política Nacional de Proteção e Defesa Civil; e
- (3) a avaliação de medidas e instrumentos utilizados para monitorar os avanços das ações locais instituídas após a Lei 12.608/2012, da Política Nacional.

3 Resultados e Discussões

3.1 A Integração Multissetorial da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil

Com a instituição da Lei 12.608 de 2012, que se refere à Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), a União, os Estados e os Municípios passaram a ter a obrigatoriedade da adoção de medidas

⁸ PARKINSON, J. *et. al. Drenagem Urbana Sustentável no Brasil*. Relatório do Workshop em Goiânia-GO. 7 de Maio de 2003. Escola de Engenharia Civil - Universidade Federal de Goiás (coord. e org). Goiânia: CREA, 2003. p. 24

⁹ PINHEIRO, E. G.; STRINGARI, D.; FERENTZ, L. M. S. Aprobación de la campaña de construcción de ciudadanas resilientes en el estado de Paraná, Brasil. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, p. 1-14, 2019.

que visem à redução dos riscos de desastre. Segundo a PNPDEC, a gestão de riscos e desastres é subdividida em cinco etapas principais, as quais contemplam ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação (FIGURA 1).

Figura 1 – Gestão de Riscos e Desastres no Brasil



Fonte: Garcias, Ferentz e Pinheiro (2019).

A gestão de riscos é constituída pelas etapas de prevenção, mitigação e preparação. A prevenção trata da identificação dos riscos existentes e dos instrumentos necessários para minimizar ou impedir sua ocorrência, podendo ser utilizadas políticas públicas e legislação, por exemplo; a mitigação visa à redução dos impactos negativos decorrentes da degradação ambiental e tecnológica, por meio de estratégias das Defesas Cívicas locais; e a preparação consiste em medidas que auxiliem os gestores, comunidades e organizações a respeito da redução de perdas e danos durante os desastres, com planos, capacitações e simulados¹⁰.

A gestão de desastres se constitui das etapas de resposta e recuperação. A resposta trata das ações e mobilizações que devem ser realizadas durante a ocorrência de eventos extremos, com o objetivo de impedir ou reduzir os impactos dos desastres; e a recuperação se baseia nas ações a serem tomadas após o desastre, a fim de restaurar e reconstruir as comunidades afetadas¹⁰.

Segundo a Lei 12.608 de 2012, artigo 3º, parágrafo único, para a promoção do desenvolvimento sustentável, a PNPDEC deve ser integrada às políticas de ordenamento territorial, desenvolvimento urbano, saúde, meio ambiente, mudanças climáticas, gestão de recursos hídricos, geologia, infraestrutura, educação, ciência e tecnologia e às demais políticas setoriais (QUADRO 1).

Quadro 1 – Integração da PNPDEC às demais Políticas Públicas Nacionais

Políticas	Principais Legislações Alteradas
Ordenamento Territorial	Lei nº 6.766 de 1979 – Parcelamento do Solo Urbano;
Política Urbana	Constituição Federal, artigos 182 e 183 – Política Urbana; Lei nº 10.257 de 2001 – Estatuto da Cidade
Desenvolvimento Regional	Decreto nº 9.810 de 2019 – Política Nacional de Desenvolvimento Regional
Política Nacional de Saúde	Lei nº 8.080 de 1990 – Código de Saúde; Portaria nº 1.271 de 2014 – Notificação compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública; Portaria nº 30 de 2005 – Centro de Informações Estratégicas em Vigilância em Saúde.

¹⁰ PINHEIRO, E. G. *Orientações para o planejamento em Proteção e Defesa Cívica*: Plano Estadual de Proteção e Defesa Cívica. Curitiba: FUNESPAR, 2017.

Políticas	Principais Legislações Alteradas
Política Ambiental	Lei nº 6.938 de 1981 e Lei Complementar nº 140 de 2012 – Política Nacional de Meio Ambiente Lei nº 12.651 de 2012 – Proteção da vegetação nativa; Lei nº 9.605 de 1998 – Sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.
Política Nacional de Mudanças do Clima	Lei nº 12.187 de 2009 e Decreto nº 7.390/2010 – Política Nacional de Mudanças do Clima.
Política Nacional de Recursos Hídricos	Lei nº 9.433 de 1997 – Política Nacional de Recursos Hídricos e Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos; Lei nº 9.984 de 2000 e Lei nº 9.433 e cria Agência Nacional de Águas (ANA); Lei nº 12.873 de 2013 – Programa Nacional de Apoio à Captação de Água de Chuva e Outras Tecnologias Sociais de Acesso à Água.
Geologia	Lei nº 8.970 de 1994 – Transforma a Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM) em empresa pública.
Política Nacional de Saneamento Básico	Lei nº 11.445 de 2007 – Política Nacional de Saneamento Básico.
Política Nacional e Resíduos Sólidos	Lei nº 12.305 de 2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos.
Política Nacional de Educação	Lei nº 9.394 de 1996 e Lei nº 12.796 de 2013 – Diretrizes e Bases da Educação Brasileira; Lei nº 9.795, de 1999 – Política Nacional de Educação Ambiental.
Ciência e Tecnologia	Decreto Federal nº 7.513, de 2011 – Centro de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais (CEMADEN).
Política Nacional de Segurança de Barragens	Lei nº 12.334 de 2010 – Política Nacional de Segurança de Barragens; Resolução do Conselho Nacional de Recursos Hídricos nº 143 de 2012 – critérios gerais de classificação de barragens; Resoluções ANA nº 91 de 2012 e nº 742 de 2011 – critérios para o Plano de Segurança da Barragem e inspeções de segurança.
Política de Habitação de Interesse Social	Constituição Federal, artigo 6 – a moradia é um direito social; Lei nº 11.124 de 2005 – Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social e Conselho Gestor; Lei nº 11.977 de 2009 – Programa “Minha Casa Minha Vida”.
Política Nacional de Assistência Social	Constituição Federal, artigo 203 – Política Nacional de Assistência Social; Lei nº 8.742 de 1993 e Lei nº 12.435 de 2011 – Lei Orgânica de Assistência Social; Resolução nº 109, de 2009 – Conselho Nacional de Assistência Social.
Defesa Civil	Lei nº 12.983 de 2014 e Lei nº 12.340 de 2010 – Sistema Nacional de Defesa Civil; Lei nº 8.239 de 1991 – Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório.

Fonte: os autores.

Destaca-se que, em muitos casos, as políticas já se inter-relacionam entre si. No entanto, cada uma possui suas próprias particularidades, o que resulta em um esforço maior dos gestores para conseguir integrá-las.

A integração das políticas se faz necessário para o combate de impactos negativos que eventos extremos deixam em todas as áreas setoriais que regem a sociedade. Dessa forma, a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil transpassa as demais políticas públicas, devendo estas serem implementadas em conjunto. “Promover a articulação institucional, a organização e a coordenação para construir esta atuação intersectorial é, talvez, o maior dos desafios para a implementação efetiva da Política Nacional de Proteção e Defesa

Civil”¹¹. Todas as áreas setoriais devem ter seu papel perante a Proteção e Defesa Civil na busca pela redução dos riscos de desastres. Salientam-se as Políticas de Ordenamento Territorial, Habitação de Interesse Social, Ambiental e Urbana.

A Política Nacional de Meio Ambiente foi instituída pela Lei nº 6.938/81 e Lei Complementar nº 140/12, com o objetivo de preservar e recuperar a qualidade ambiental, a fim de promover o desenvolvimento socioeconômico de maneira sustentável. Quando associada à Lei 12.608/12, percebe-se que as ações desenvolvidas no meio ambiente ajudam a minimizar os riscos de desastres por meio das etapas de prevenção, mitigação e preparação.

Na prevenção, as atividades de licenciamento, planos ambientais e análises de impactos, são exemplos de instrumentos que auxiliam os gestores locais na identificação de riscos. A Lei nº 12.651/12, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, estabelece a necessidade de projetos de avaliação de riscos ambientais, além de estudos técnicos que apresentem os riscos de deslizamentos e inundações, a fim de realocar comunidades, que se encontram em assentamentos irregulares, para regiões seguras.

Complementarmente, a fiscalização para autorização de novos empreendimentos que possam estar localizados em áreas prejudiciais ao meio ambiente, é essencial. A Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabelece que cometer infrações, em épocas de seca ou inundações, ou cometer infrações que resultem na erosão do solo, diminuição de águas naturais ou modifiquem o regime climático, devem ser considerados como agravantes da pena.

Já na etapa de mitigação, observa-se a ligação das legislações ambientais quanto ao Uso e Ocupação do Solo do município, de tal modo que podem ser criados espaços territoriais protegidos, minimizando a ocupação desses lugares de maneira irregular. Como exemplo tem-se o Parque Ambiental de União da Vitória, cidade do sudeste do Paraná, onde centenas de famílias foram realocadas das margens do rio Iguaçu, dando lugar à área de preservação¹². Esse projeto vai de encontro à Lei nº 12.340/10, sobre as transferências de recursos da União para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres, onde é previsto que, em casos de remoção das edificações, devem ser tomadas medidas que impeçam a reocupação dessas áreas. Em União da Vitória, o Parque Ambiental foi implementado às margens do rio Iguaçu, protegendo sua área de preservação permanente (APP).

As áreas de preservação permanente, como previstas na Lei nº 12.651/12, devem ser preservadas para auxiliar na mitigação de riscos de enchentes e deslizamentos. Elas funcionam como ecossistemas de sustentação do solo e amortecimento de cheias. Por isso, quando ocupadas, se tornam suscetíveis às inundações e deslizamentos. Por fim, na preparação, os gestores têm a oportunidade de capacitar e educar, adultos e crianças, sobre os benefícios da preservação e como o meio ambiente auxilia na redução dos riscos de eventos extremos.

A Política Nacional de Meio Ambiente, e suas legislações subsequentes, estão diretamente relacionadas ao ordenamento territorial e seus instrumentos legais. A Lei nº 6.766/79, que dispõe do parcelamento do solo urbano, institui que todos os projetos de loteamentos e desmembramentos devem ter a aprovação das prefeituras municipais, respeitando a lei de zoneamento, do licenciamento ambiental e legislação florestal para supressão de vegetação.

Não obstante, a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil também dispôs que nenhum loteamento ou desmembramento deve ser autorizado em locais classificados pelo plano diretor ou qualquer legislação derivada, como áreas de risco. A ocupação de áreas irregulares resulta em moradias localizadas em regiões suscetíveis a riscos, ou seja, áreas em que não é permitida a construção de assentamentos, em especial

¹¹ BRASIL. *Entendendo a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil no Brasil*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2017a. p. 72

¹² GARCÍAS, C. M.; FERENTZ, L. M. S.; PINHEIRO, E. G. A Resiliência como Instrumento de Análise da Gestão Municipal de Riscos e Desastres. *Redes (Santa Cruz do Sul. Online)*, v. 24, n. 2, p. 99-121, 2019.

aquelas próximas a encostas de morros e rios, o que aumenta a probabilidade de ocorrer deslizamentos e inundações³.

Segundo a Lei nº 6.766 de 1979, artigo 3º, inciso I, não é permitido o parcelamento do solo “em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas”. O problema é que, com a falta de fiscalização, a ocupação desses locais ocorre irregularmente, fazendo com que os gestores locais tenham de investir na realocação dessas comunidades em situação de vulnerabilidade e repensar novas medidas de uso e ocupação do solo dos municípios¹³.

Além disso, foi incluído pela Lei nº 12.608/12 que os projetos aprovados devem ser executados dentro do cronograma previamente apresentado, com o risco de perder a licença para execução da obra. Isto é importante, considerando-se que, com o desenvolvimento urbano, surgem novas necessidades, tanto por interesse da população quanto pelo bem maior da União. Por isso, projetos que se estendem durante muito tempo após sua aprovação podem se deparar com novas normas e leis que restringirão a sua execução naquele momento.

Essas normas vão ao encontro da Política Urbana, que, segundo o artigo 182 da Constituição Federal, visa ordenar o desenvolvimento da cidade, garantindo o bem-estar da população. A Lei nº 10.257/01, que se refere ao Estatuto da Cidade, recebeu, em seu escopo, a inclusão da diretriz imposta pela Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, sobre a redução dos riscos de desastres em todas as instâncias governamentais.

Portanto, os municípios passam a ter como responsabilidade a identificação das populações expostas à riscos e a inclusão das áreas suscetíveis a deslizamento e inundações nos cadastros nacionais. Essas identificações devem estar presentes nos Planos Diretores, com o cumprimento das obrigações em respeito aos parâmetros de parcelamento e uso, e ocupação do solo; mapeamento das áreas de risco; planejamento e ações futuras para a prevenção e realocação de pessoas; adoção de medidas para a prevenção e mitigação de impactos negativos resultantes de desastres; e estabelecimento de diretrizes para a regularização de assentamentos urbanos irregulares com previsão de área de habitação de interesse social.

Alinhado a isso está a Constituição Federal, que estabelece que a moradia é um direito social, e a Lei nº 11.124/05, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação. Os municípios devem conhecer suas demandas e buscar por medidas que melhorem as condições habitacionais, sendo os moradores de áreas de risco ou àqueles que foram desabrigados após desastres, os prioritários no atendimento. Como forma de tornar o direito à moradia acessível a pessoas desabrigadas ou insalubres, foi instituído pela Lei nº 11.977/09 o programa “Minha Casa Minha Vida”. Segundo uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2010, mais de 8 milhões de pessoas moravam em áreas de risco no Brasil. Com a instituição da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, recursos federais têm sido destinados a este e diversos outros programas, a fim de auxiliar os municípios no atendimento das populações prioritárias.

Cabe destacar que esse tipo de medida pertence à etapa de mitigação de riscos. Isto significa que devem ser tomadas essas ações antes dos desastres ocorrerem. Os impactos negativos que os eventos extremos têm resultado nas cidades têm custos cada vez mais elevados. Por isso, as ameaças naturais deveriam ser consideradas como um dos principais fatores de preocupação dos gestores locais. No entanto, o Brasil, ainda, destina grande parte dos recursos para municípios em que os desastres já ocorreram, ou seja, em ações de resposta e recuperação. A disponibilização financeira para ações de prevenção, mitigação e preparação de riscos ainda é insignificante¹.

Dessa forma, os Planos Diretores municipais se tornam instrumentos imprescindíveis para o atendimento ao ordenamento territorial, principalmente ao se tratar de serviços essenciais como saúde e educação. Sendo o principal instrumento de planejamento territorial, a locação de unidades de saúde e de centros

¹³ YONETANI, M. *Global Estimates 2014 People Displaced by Disasters*. Norwegian Refugee Council (NRC). Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), 2014. p. 67

educacionais deve respeitar os padrões de uso do solo, a fim de não serem instalados em áreas que coloque pacientes e estudantes em risco. O problema é que os aspectos socioeconômicos da maioria dos municípios brasileiros acabam influenciando a escolha da localização das escolas e hospitais, além do perfil construtivo que essas edificações terão¹⁴.

Não obstante, existem fatores de interferências indiretas, em que, mesmo que as edificações sejam construídas de maneira adequada e estejam em boa localização, resultam no agravamento do atendimento em situações de risco. Um exemplo disso é a preocupação que os municípios deveriam ter com as regiões em que os profissionais possuem moradia fixa. Se um Professor mora em uma área com risco de inundação, ele pode ficar inabilitado de ministrar aulas aos alunos, tendo em vista a ocorrência do desastre na sua habitação. Se um médico mora em uma região em que o trajeto transpassa por áreas com risco de deslizamento, ele ficará impossibilitado de utilizar as principais rodovias que dão acesso ao hospital. Observa-se que a preocupação com a redução dos riscos e com o atendimento efetivo em caso de desastres deve ser levada em conta em todas as etapas durante o planejamento¹⁴.

Embora o atingimento da resiliência ainda tenha um longo percurso nos municípios brasileiros, a Política Nacional de Saúde, instituída pela Lei nº 8.080/90, tem, em seu escopo, o Sistema Único de Saúde (SUS). O SUS possui regulamentos próprios para o atendimento em caso de desastres, tendo definidas as responsabilidades, as diretrizes a serem seguidas e os recursos financeiros destinados às ações de vigilância em saúde. Além disso, desde 2005, Portaria nº 30, o Ministério da Saúde inaugurou o Centro de Informações Estratégicas em Vigilância em Saúde (CIEVS), com o objetivo de aprimorar a capacidade de vigilância e resposta de emergências. Para preparação dos profissionais quanto à resposta pública em casos de emergência, são elaborados Planos de Contingência para auxiliar a execução das ações de atendimento em saúde. Nesses casos, devem ser considerados a gravidade e a magnitude dos eventos, além do potencial de disseminação de doenças decorrentes de desastres.

A integração desses planos quanto aos prazos estipulados pelo Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (SINPDEC) constitui fator que ainda deve ser estudado. Atualmente, o SINPDEC considera como período de acompanhamento, para identificação de doenças e contaminações, dez dias a partir do evento — prazo máximo para o preenchimento do Formulário de Informação de Desastre (FIDE). O monitoramento deveria ser realizado de maneira contínua, tanto pelos órgãos de saúde quanto pela defesa civil nacional¹⁴. Desde 2014, foi instituído pela Portaria nº 1.271 que todas as doenças, agravos e eventos de saúde devem ser notificados, sendo um exemplo efetivo de monitoramento para prevenção de riscos epidêmicos. No entanto, essas informações não são avaliadas em conjunto com as situações de desastres, resultando em dados isolados de saúde.

Em contrapartida, o sistema nacional de educação não possui instrumentos específicos voltados para a capacitação da população quanto a redução dos riscos de desastres. O único artigo da Política Nacional de Educação, Lei nº 9.394/96, que recebeu a alteração foi sobre a obrigatoriedade dos currículos escolares do ensino fundamental e médio, em abordarem os princípios de proteção e defesa civil em conjunto à educação ambiental (Lei nº 9.795/99). O problema é que quando esses assuntos são abordados, apenas, no período escolar, eles se apresentam de forma superficial. Existem municípios com uma frequência elevada de desastres, onde a capacitação local se torna essencial. Se os alunos recebessem palestras, atividades interativas, ou se fossem desafiados em pensar em soluções para esses problemas, eles poderiam iniciar uma cultura local que busca prevenção dos riscos, diferentemente dos perfis atuais em que as pessoas se acostumam e aceitam viver nessas condições de convivência com desastres¹².

Independentemente da Política em que a Proteção e Defesa Civil se insere, é importante que se tenha compreendido a necessidade de medidas de prevenção, mitigação e preparação bem estruturadas, para se

¹⁴ FERENTZ, L. M. S.; FONSECA, M. N.; PINHEIRO, E. G.; GÁRCIAS, C. M. A utilização de instrumentos globais para a avaliação da resiliência a desastres na saúde. *Saúde em Debate*, 2020. No prelo.

evitar a interrupção de serviços, danos e prejuízos na ocorrência de eventos extremos. Portanto, o papel dos gestores é essencial, considerando-se que eles possuem os mecanismos para gerenciar as ações de redução dos riscos de desastres em todos os processos e são os primeiros a realizar as antecipações durante desastres¹. Sendo assim, as capacidades frente a gestão de riscos e desastres devem ser conhecidas, de tal forma a identificar os fatores que ainda precisam ser aprimorados.

3.2 As (In)Capacidades frente a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil

Os estudos que marcaram o papel do Estado perante as relações urbanas são derivados das “ondas” que ocorreram nos anos sessenta, setenta e oitenta. Na primeira onda, o papel do Estado era visto como o provedor do desenvolvimento, acelerando a industrialização, modernizando a agricultura e fornecendo a infraestrutura necessária para o processo de urbanização¹⁵. No entanto, iniciou-se a preocupação sobre sua autonomia, considerando-se que, para o movimento neomarxista, o Estado servia como um instrumento do sistema capitalista que beneficiava as elites, atuando como estabilizador das relações econômicas entre a classe trabalhadora e a dominante¹⁶.

Nos anos setenta, o crescimento comercial começou a decair, e, ao mesmo tempo, as taxas de juros subiram e os empréstimos diminuíram. Esse período foi marcado devido ao fracasso do Estado em não atingir os objetivos das atividades propostas, se caracterizando como a segunda onda. Os países tiveram de repensar suas estruturas, perguntando novamente qual é o papel do Estado. Quando ocorreu o reconhecimento do papel do Estado, como uma efetiva estrutura institucional, e de suas capacidades, iniciou-se a terceira onda¹⁵. Então, durante os anos oitenta, houve uma mudança de paradigma, passando a ver o Estado como um ente de ação autônoma, com capacidade de lidar com problemas específicos¹⁶.

As capacidades estatais abrangem diferentes aspectos, por isto, mesmo com o seu reconhecimento, ainda é difícil encontrar uma única definição. Evans¹⁵ define a capacidade do Estado como uma ação institucional, ou seja, ela é um conjunto de instrumentos e organismos que o Estado utiliza para transformar os objetivos previstos em implementação de políticas. “A importância do conceito deriva do fato de que a pura vontade dos agentes ou atores políticos não é suficiente para que objetivos sejam alcançados. Da mesma forma, os atributos dos Estados precisam ser complementados por mecanismos que viabilizem sua ação”¹⁷.

Em muitos trabalhos, avaliar as capacidades se torna um desafio, pois ainda há a dificuldade de medição devido à falta de clareza dos conceitos, ou por eles serem muito amplos e genéricos. A análise das capacidades deve ser realizada com base em conceitos específicos, de tal modo que ela se fortifica quando os atributos do Estado são completados aos mecanismos que induzam a implementação de políticas. Se as capacidades se fazem presentes, então, os objetivos poderão ser alcançados¹⁷.

Avaliar a capacidade do Estado não é uma tarefa fácil, porém elas podem ser avaliadas por meio de múltiplas dimensões¹⁷. Cingolani¹⁶ propõe sete dimensões que as definem, deixando o conceito mais palpável para monitoramento. Por meio de revisão sistemática, ela identificou as principais dimensões presentes na literatura internacional. A primeira é a coercitiva ou militar, com a finalidade de avaliar a capacidade do Estado em gerir seus conflitos e proteger suas fronteiras. A segunda é a fiscal, com a capacidade de extrair recursos da população por meio de impostos. A dimensão administrativa visa verificar a burocracia profissional atuante, em observância à implementação de políticas de maneira impessoal. Essa é a dimensão mais citada na literatura.

¹⁵ EVANS, P. B. O Estado como problema e solução. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, v. 28/29, p. 107-156, 1993.

¹⁶ CINGOLANI, L. The State of State Capacity: a review of concepts, evidence and measures. *MERIT Working Papers*, v. 53, p. 1-52, 2013.

¹⁷ SOUZA, C. Modernização do Estado e construção de capacidade burocrática para a implementação de políticas federalizadas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 27-45, 2017.

A capacidade de transformação ou industrialização, segundo Cingolani¹⁶, está ligada à intervenção do Estado sobre os sistemas produtivos, a fim de moldar a economia. Ou seja, qual é a capacidade de industrialização do Estado. A cobertura relacional ou cobertura territorial se refere à internalização das interações sociais nas ações do Estado, sendo sua capacidade a de permear dentro da sociedade. A sexta dimensão é a de capacidade jurídica, que avalia as limitações que a intervenção do Estado possui sob o sistema legal, como a execução de contratos por exemplo. Por fim, a capacidade política está relacionada às influências do poder dos eleitos perante as instituições, e sobre a sua capacidade na formulação de novas políticas.

A promoção das capacidades estatais municipais é evidente nas cooperações intergovernamentais. A ampliação de recursos administrativos e institucionais é de interesse comum entre os órgãos, sendo a modernização da gestão local um dos pontos-chave desse objetivo. “A existência de políticas, programas e arranjos de cooperação federativa representam avanços para responder aos desafios de qualificar as capacidades institucionais municipais”¹⁸. Ao voltar o olhar para as sete dimensões de capacidade estatal com foco nas medidas e ações desenvolvidas pelos gestores de Proteção e Defesa Civil, considerando-se suas obrigаторiedades na gestão de riscos e desastres, pode-se observar a importância da promoção das capacidades locais (QUADRO 2).

As capacidades estão diretamente interligadas, de tal modo que uma depende da outra para sua efetividade. No entanto, uma das mais importantes ressalvas sobre a capacidade do Estado é sua desigualdade ou variedade entre áreas de políticas públicas¹⁷. Em alguns casos, pode ocorrer o desequilíbrio estrutural desse sistema, pois uma determinada capacidade acaba se sobressaindo perante as demais. Um exemplo: quando as influências políticas são supervalorizadas, pode haver interferência na capacidade e autonomia do Estado¹⁵. Na gestão de riscos e desastres, quando essa supervalorização ocorre, não são consideradas as capacidades técnicas existentes nas trocas de governo. Isto resulta no preenchimento de cargos por pessoas inexperientes, ou por uma gestão sem continuidade, considerando-se que não há passagem de informações e que documentos acabam sendo perdidos no processo. Portanto, é importante avaliar as capacidades como um sistema complementar, a fim de não comprometer as competências de cada ente.

A Política Nacional de Proteção e Defesa Civil visa à integração das capacidades, por meio do envolvimento multissetorial e dos diferentes agentes que influenciam a gestão de riscos de desastres em todas as suas etapas (prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação). Essa política é executada pelos Estados e implementada em nível local, considerando-se que os desastres são identificados pela região territorial em que os municípios estão inseridos. Desse modo, os planos locais representam a consolidação da implementação da política com o apoio e coordenação da Proteção e Defesa Civil¹¹.

Quadro 2 – Correlação da capacidade com a GRD

Capacidades do Estado	Gestão de Riscos e Desastres
Capacidade coercitiva ou militar	Em situações de desastres, a participação militar para atendimento às vítimas é requerida ao definir a magnitude dos impactos como situação de emergência ou estado de calamidade pública. Isto ocorre quando os danos resultantes dos eventos comprometem a capacidade de resposta do ente federativo que foi atingido.

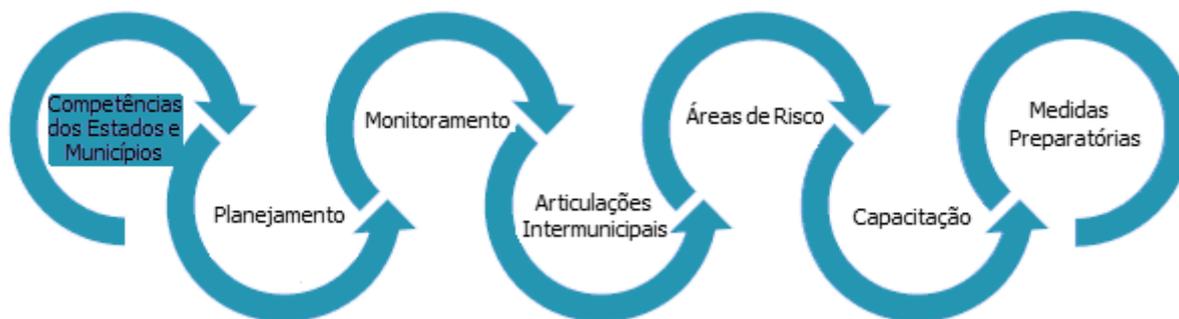
¹⁸ GRIN, E. J.; ABRUCIO, F. L. Quando nem todas as rotas de cooperação intergovernamental levam ao mesmo caminho: arranjos federativos no Brasil para promover capacidades estatais municipais. *Revista do Serviço Público*, v. 69, p. 85-122, 2018.

Capacidades do Estado	Gestão de Riscos e Desastres
Capacidade fiscal	O Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil (Lei nº 12.340/10) é destinado a ações de prevenção em áreas de risco e para resposta e recuperação em áreas atingidas por desastres. A capacidade dos estados e municípios se refere ao desenvolvimento de projetos para angariar esses recursos. Além disso, os municípios podem destinar recursos próprios para um fundo emergencial, podendo este ser utilizado também para casos de desastres, ou, preferencialmente, para ações que minimizem os impactos dos eventos antes que eles ocorram.
Capacidade administrativa	Os gestores devem ser capacitados para lidar com as diversas situações de desastres: medidas de prevenção e preparação, busca de financiamentos da união para redução de impactos; realocação de população em risco etc. Para isso, ele deve contar com uma equipe técnica de defesa civil que o auxiliará na execução das tarefas. O problema é que os municípios não têm capacidade para arcar com um setor a parte de profissionais especializados para a defesa civil. Na maioria das vezes, esses cargos são preenchidos por pessoas que possuem outras funções dentro do órgão público, e que não possuem nenhuma experiência para lidar com desastres.
Capacidade de transformação ou industrialização	A capacidade de transformação, com base na gestão de riscos e desastres, pode ser avaliada por meio de alguns questionamentos: para onde o desenvolvimento está ocorrendo? Onde as infraestruturas estão localizadas? São áreas de risco? Existem medidas de minimização de risco? Existem padrões construtivos? Para responder essas perguntas, os estados e municípios devem ter capacidade técnica jurídica e profissional, para atendimento, implementação e fiscalização da legislação e mapeamentos.
Cobertura relacional / territorial	Se refere à capacidade de comunicação e capacitação da população. E, também, à capacidade de identificar quais são as realidades que devem receber medidas emergenciais em caso de desastres. Para isso, deve-se ter o conhecimento da população. Casas com idosos, crianças, doentes, quem toma medicamentos, quem tem animais de estimação, que construções estão sendo realidades ilegalmente etc.
Capacidade jurídica	Capacidade de integração das legislações em que a política nacional de riscos e desastres se insere. Nesse caso, podem ser determinadas em âmbito legal as áreas que permitem novas construções, os perfis construtivos, as medidas para atendimento a emergências, as frequências de treinamentos, dentre outros.
Capacidade política	Refere-se à capacidade política de interceder por comunidades específicas que necessitam de atendimento emergencial. Também se refere à capacidade política para elaboração e aprovação de novos projetos que auxiliem a fiscalização das normas, a realocação de comunidades, a preservação do meio ambiente etc.

Fonte: os autores.

A partir do exposto, salienta-se a importância de se compreender quais são as capacidades dos Estados e Municípios a partir das competências determinadas pela Lei nº 12.608 de 2012. Para isto, destacam-se casos brasileiros que circundam as temáticas de planejamento, monitoramento, articulações intermunicipais, áreas de risco, capacitação e medidas preparatórias (FIGURA 2).

Figura 2 – Capacidades dos Estados e Municípios perante as competências da Lei nº 12.608/2012



Fonte: os autores.

Capacidades estatais a partir das competências dos Estados

Segundo a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, artigo 7º, cabe aos Estados a execução da política em todo o seu âmbito territorial, firmando os objetivos, metas e meios para se alcançar a redução do risco de desastres. Para o atingimento desses propósitos, compete aos Estados a instituição do Plano Estadual de Proteção e Defesa Civil.

Segundo a Lei nº 12.608 de 2012, o conteúdo mínimo dos Planos Estaduais deve abranger a identificação das bacias hidrográficas onde há o risco de ocorrer de eventos extremos, e as diretrizes de ação governamental de Proteção e Defesa Civil Estadual quanto ao monitoramento meteorológico, hidrológico e geológico das bacias com risco de desastre (incisos I e II do artigo 7º). Salienta-se que cada Estado deve complementar o Plano com as características específicas de seu território, podendo destacar os principais tipos de eventos extremos que o assolam.

Conforme Coutinho, et al.¹⁹, os estados do Amapá, Amazonas, Rio Grande do Sul e Santa Catarina têm implementado medidas eficientes para impedir ocupações irregulares. Em contrapartida, o Ceará, Espírito Santo, Maranhão e Rio de Janeiro ainda possuem dificuldade no estabelecimento leis que impeçam a ocupação de áreas de risco, conforme previsto pela Política Nacional. Por isto, é necessário investir em medidas que auxiliem a minimização de impactos, com a realização de monitoramentos contínuos.

O monitoramento das áreas de risco, seja ele meteorológico, hidrológico ou geológico, também é de competência dos Estados. O Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais (CEMADEN) foi criado em 2011, após a ocorrência de enxurradas no Rio de Janeiro resultarem em mais de 900 mortos. O CEMADEN considera que 957 municípios brasileiros são prioritários de atendimento, devido à frequência de desastres em suas regiões. Por isso, são realizados monitoramentos meteorológicos contínuos por equipes multidisciplinares que transmitem alertas hidrológicos e geológicos aos municípios, caso haja a probabilidade da ocorrência destes eventos²⁰.

Uma das formas que tem sido adotada para comunicar os riscos à população é pelo SMS. O sistema de alerta por mensagem de texto do celular foi desenvolvido por meio da parceria entre o Centro Nacional de Gerenciamento de Riscos e Desastres (CENAD), as Defesas Cíveis Estaduais, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e operadoras. Ele avisa a população sobre a possibilidade de ocorrer fortes chuvas, vendavais, tempestades de granizo, tempestades de raios, alagamentos, deslizamentos, dentre outros. Esse tipo de aviso já é utilizado em diversos países, e, atualmente, está implementado em todas as regiões do Brasil.

¹⁹ COUTINHO, M. P.; LONDE, L. DE R.; SANTOS, L. B. L.; LEAL, P. J. V. Instrumentos de planejamento e preparo dos municípios brasileiros à Política de Proteção e Defesa Civil. *URBE, Revista Brasileira de Gestão Urbana*, v. 7, n. 3, p. 384-396, 2015.

²⁰ CEMADEN. *O Alerta*. Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, 2019. Disponível em: <http://www.cemaden.gov.br/o-alerta/>. Acesso em: 29 dez. 2019.

Além do SMS, algumas cidades do país podem contar com avisos sonoros que auxiliam na evacuação das comunidades. Esse tipo de sistema é utilizado, principalmente, em regiões com risco de inundações bruscas, deslizamentos e enxurradas. No Rio de Janeiro, por exemplo, desde 2011, centenas de sirenes foram instaladas nas comunidades com altos riscos geológicos. Além disso, a população recebeu treinamentos e simulados para saber como lidar com os alertas, sendo educadas quanto às rotas de fuga e pontos de encontro²¹.

No entanto, esses tipos de alertas se restringem a áreas ou municípios específicos. A ocorrência de eventos extremos não se limita à divisão territorial de determinada região, de tal modo que é necessária uma articulação intermunicipal para o atendimento de diversos municípios ao mesmo tempo. Para esse fim, existem alguns arranjos institucionais entre municipalidades com programas e ações em comum, que visam à redução de riscos e desastres. Para a implementação integrada, é possível estabelecer consórcios ou criar associações entre regiões próximas, entre cidades que estejam na mesma bacia hidrográfica, ou ainda, entre aquelas que apresentam características territoriais similares¹¹.

No Rio Grande do Sul, pode-se citar dois projetos de articulação intermunicipal. O primeiro deles é o da Associação de Municípios da Região Sul (AZONASUL). Essa associação é formada por 23 municipalidades que fornecem apoio mútuo às atividades de identificação dos riscos presentes em sua região; de implementação de medidas mitigatórias; e da formação de núcleos de proteção e defesa civil para apoio em caso de emergências ocorridas no estado do Rio Grande do Sul. Em um segundo caso, as ações desenvolvidas por oito municípios do Rio Grande do Sul ajudaram a consolidar as medidas de redução de riscos e desastres com a instituição da Política Regional de Proteção e Defesa Civil. Esses municípios, pertencentes ao Vale do Paranhana, Região das Hortênsias e Alto Sinos, realizam encontros anuais denominados Oficina Regional Permanente de Proteção e Defesa Civil, para trocar experiências sobre as diretrizes adotadas¹¹.

Também é possível observar a cooperação existente na região do Grande ABC, São Paulo, que se consolidou com as parcerias realizadas pelo Consórcio Intermunicipal do Grande ABC. Dentre os principais estão o Programa de Extensão Gestão de Riscos Geológicos em Ambiente Urbano: Escorregamentos e Processos Correlatos; o Grupo de Trabalho de Defesa Civil, que auxilia nas atividades de capacitação, infraestrutura das Defesas Civas locais e diagnóstico regional; e o Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo, para elaboração dos Planos Municipais de Redução de Risco dos municípios²².

Por fim, destaca-se como atribuição dos Estados a identificação e mapeamento de áreas de risco, apoiando também os Municípios nestes levantamentos. A Lei nº 12.608 de 2012 versa que que os Estados atuem em articulação com os municípios para a identificação e mapeamento de áreas de risco. Não obstante, eles devem apoiar os municípios na avaliação de vulnerabilidades e possíveis ameaças a fim de determinar as medidas de prevenção, mitigação e preparação dos gestores e da população. Desse modo, essa competência está diretamente ligada aos municípios, já que ambos possuem as mesmas responsabilidades.

Capacidades locais a partir das competências dos Municípios

De acordo com a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, artigo 8º, os municípios devem realizar a identificação e mapeamento das áreas de risco; fiscalizar as normas de uso e ocupação, impedindo que ocorram novos assentamentos irregulares; e, também, devem vistoriar as edificações existentes nessas áreas, de modo a intervir, quando necessário, e evacuar aquelas em estado de vulnerabilidade (incisos IV, V e VI). Salienta-se que essas informações devem estar presentes nos Planos Diretores Municipais, a fim de ser parte integrante das decisões de zoneamento, uso e ocupação do solo, parcelamento urbano, infraestrutura, dentre outros.

²¹ ABELHEIRA, M. A.; GOMES, O. S.; AGUIAR, I. S. de; SILVA FILHO, S. G. R. da. Sirenes de Alarme para Deslizamentos de Encostas: A Experiência Precursora da Cidade do Rio De Janeiro. *Revista Mosaicos Estudos em Governança, Sustentabilidade e Inovação*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 48-63, 2019.

²² NOGUEIRA, F. R.; OLIVEIRA, V. E. de; CANIL, K. Políticas Públicas Regionais para Gestão de Riscos: o processo de implementação no ABC, SP. *Ambiente & Sociedade*, v. 17, n. 4, p. 177-194, 2014.

Para a efetividade da lei, é necessário que os municípios tenham capacidade de fiscalização. Essas vistorias podem ser realizadas pelos agentes locais das diferentes áreas setoriais da cidade, sendo importante que, pelo menos, um dos cargos seja preenchido por um responsável da proteção e defesa civil municipal. Ressalta-se que a fiscalização dependerá também de legislação complementar que a ampare. Desse modo, o município deverá estipular normas e regulamentos a serem seguidos para a construção de novos empreendimentos; expansão da infraestrutura; ou quaisquer outras atividades que possam ter potencial impacto na gestão de riscos.

Por isso, é importante que haja a integração entre a gestão de riscos e desastres com a gestão municipal, implementando a política de proteção e defesa civil; instituindo a coordenação do sistema de proteção e defesa civil; e inserindo a redução de riscos e desastres no planejamento (incisos I, II e III). Observa-se que é necessária a colaboração dos gestores e demais atores municipais, visando à implementação multisetorial conforme é instituído pela Política Nacional e foi apresentado no capítulo anterior.

Mesmo com a adoção das medidas de redução de risco de forma integrada, os gestores e demais agentes devem ser capacitados para as ações de proteção e defesa civil de seus municípios. A necessidade de preparação de pessoas qualificadas e capacitadas, para as ações de coordenação municipal de proteção e defesa civil relativas ao enfrentamento de eventos extremos, é cada vez mais perceptível²³.

Para tanto, o poder público e as comunidades precisam conhecer as ameaças presentes em seus municípios, a fim de desenvolver estratégias e políticas que visem “minimizar as vulnerabilidades e os riscos em uma sociedade, para evitar (prevenção) ou limitar (mitigação e preparação) o impacto adverso de ameaças, dentro do amplo conceito de desenvolvimento sustentável”²⁴. Dessa forma, se faz necessária a adoção de medidas que visem à capacitação dos gestores e da população e o emprego de instrumentos que auxiliem a minimização de impactos negativos decorrentes de desastres²⁵.

O gerenciamento integrado das cidades, com cooperação entre diferentes níveis, é essencial para a efetividade dos objetivos almejados. No entanto, a integração multisetorial na gestão urbana ainda é muito rara, resultando na ineficiência do sistema. Os gestores locais, dificilmente, recebem treinamentos e capacitação sobre as diferentes questões urbanas, suas interações e complexidades, e sobre ferramentas e tecnologias que poderiam os ajudar durante a gestão. Como resultado, cada setor urbano trabalha de uma forma isolada, encarando os problemas apenas com suas próprias perspectivas, o que deixa o gerenciamento integrado bem difícil de ser executado²⁶.

Em observância à necessidade de capacitações, são realizados cursos com o enfoque de preparar os gestores locais no enfrentamento de desastres. Sendo promovidos pelo governo federal, os cursos têm o objetivo de apresentar as ações de Proteção e Defesa Civil, além de incentivar a participação da população como forma de prevenir os impactos negativos em caso de emergências. Um dos treinamentos mais famosos é a Capacitação Básica em Defesa Civil que apresenta as diretrizes da gestão de riscos e desastres, os cenários atuais frente aos eventos extremos no Brasil e no mundo²⁷.

O problema é que nem todos os envolvidos se dedicam, exclusivamente, ao aprendizado do curso, considerando-se que, durante o período do curso, os gestores precisam atender outras atividades. Em 2017,

²³ SIMIANO, L. F. O perfil do Coordenador Municipal de Proteção e Defesa Civil. In: CEPED. *Guia de Conhecimentos Fundamentais para Gestores Municipais de Proteção e Defesa Civil*. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, Casa Militar, Coordenadoria Estadual de Proteção de Defesa Civil, 2017. p. 34

²⁴ BRASIL. *Módulo de formação: Noções Básicas em Proteção e Defesa Civil e em Gestão de Riscos*. Brasília: Ministério da Integração Nacional. Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2017c.

²⁵ ACIOLY, C.; DAVIDSON, F. *Densidade urbana: um instrumento de planejamento e gestão urbana*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

²⁶ CHAKRABARTY, B. K. Urban management: Concepts, principles, techniques and education. *Cities*, v. 18, n. 5, p. 331-345, 2001.

²⁷ FURTADO, J.; OLIVEIRA, M. de; DANTAS, M. C.; SOUZA, P. P.; Panceri, R. *Capacitação básica em Defesa Civil*. 5. ed. Florianópolis: CEPED UFSC, 2014.

no Paraná, apenas 34% dos participantes realizaram o curso por completo e tiveram aprovação²⁸. Esse cenário é preocupante, pois as melhorias e aperfeiçoamentos necessários para a gestão de riscos e desastres dos municípios dependem de gestores e equipes preparadas para lidar com a adversidades em conjunto com suas comunidades.

A capacitação de gestores permite a atuação de medidas mais efetivas nas ações prévias aos desastres (prevenção, mitigação e preparação), assim como nas de pós-desastres (resposta e recuperação). Conforme a Lei 12.608 de 2018, os agentes devem estar aptos para administrar os abrigos do município, a fim de atender a população em caso de eventos extremos; comunicar à população sobre as áreas de risco e sobre os protocolos de prevenção e de evacuação nas situações emergenciais; e realizar simulados conforme as informações presentes no Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil (incisos VIII, IX e XI).

O Plano de Contingência é de responsabilidade dos municípios, podendo ter o apoio dos Estados para sua elaboração e divulgação. Ele procura desenvolver e estabelecer procedimentos para ações de resposta aos desastres, sendo desenvolvido a partir da análise de cenários de riscos de cada município. Após a análise, são estabelecidos procedimentos que visam ao acompanhamento e monitoramento das ameaças, definição dos sistemas de alerta, cadastramento de técnicos e voluntários, localização de abrigos e centros de distribuição, e os principais contatos de assistência às vítimas e serviços essenciais²⁹.

É importante que esses planos conttenham também as informações sobre as áreas de risco das regiões a que competem. No entanto, nem todos os municípios possuem capacidade para sua elaboração. No estado do Paraná, por exemplo, as áreas que podem vir a ser afetadas por eventos extremos são denominadas “áreas de atenção”. Elas são definidas por meio da probabilidade de ocorrência de eventos, os quais podem ser avaliados por estudos, indícios ou recorrência histórica, indicando a propensão ao acontecimento de desastres³⁰. Pinheiro as conceitua como:

a delimitação apontada pelos gestores municipais de Proteção e Defesa Civil baseada na recorrência de desastres, no seu histórico ou na probabilidade de danos e prejuízos não avaliada nem produzida a partir da aplicação de metodologias científicas, sobre a qual, enquanto não se possuem mapeamentos de risco em escala adequada, deflagram-se as ações preparatórias iniciais do órgão de coordenação municipal [...] em caráter provisório e temporário³¹.

Outra problemática se refere às diferentes tipologias de desastres dos municípios que não são considerados nos planos. Destacam-se os casos identificados na cidade de Palmeira, localizado a 80km da capital do estado do Paraná. Os registros de desastres no município são categorizados em alagamento, deslizamento, enxurrada, granizo, inundação, tempestade e vendaval. No entanto, nem todos eles são analisados no Plano de Contingência municipal, resultando na não demarcação das áreas de atenção para esses casos. Outro problema é a desatualização de informações. Considerando-se que o plano é um instrumento que auxilia os gestores na ocorrência de eventos extremos, a desatualização deste pode acarretar o agravamento das situações de risco, já que os contatos podem não ser encontrados com a agilidade necessária para atendimento às vítimas³².

Além do Plano de Contingência, alguns municípios brasileiros tiveram a iniciativa de desenvolver seus próprios Planos Municipais de Proteção e Defesa Civil, mesmo que eles não sejam previstos pela Lei n°

²⁸ CEPED. *Dados do Curso de Capacitação Básica em Proteção e Defesa Civil*. Curitiba: Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres do Paraná, 2017.

²⁹ BRASIL. *Módulo de formação: Elaboração de Plano de Contingência*: apostila do aluno. Brasília: Ministério da Integração Nacional. Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil. 2017b.

³⁰ CEPED/FUNESPAR. *Construindo um Estado Resiliente: o modelo paranaense para a gestão do risco de desastres*. Curitiba: Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres do Paraná. Fundação de apoio à Unespar, 2016. p. 156

³¹ PINHEIRO, E. G. *A efetividade do Planejamento Contingencial elaborado a partir das áreas de atenção no Município de Almirante Tamandaré/PR*. 205f. Tese (Doutorado em Gestão Urbana), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016.

³² FERENTZ, L. M. S.; FONSECA, M. N. DA; PINHEIRO, E. G. Gestión de riesgo de desastres y los planes municipales de contingencia: estudio de caso en el municipio de Palmeira/PR. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, p. 1-17, 2018.

12.608 de 2012. O Plano Municipal de Proteção e Defesa Civil objetiva apresentar aos gestores meios para desenvolver planos com ações de prevenção à desastres. Além disso, também visa à importância de compartilhar informações sobre a gestão de riscos de desastres de seus municípios em nível federal e estadual.

Assim como foi identificado no Plano de Contingência de Palmeira a existência de informações superficiais, o Plano Municipal de Proteção e Defesa Civil é muito focado em produtos químicos e não nos desastres naturais, resultando, também, em um documento superficial. As informações apresentadas nesse Plano apresentam uma abrangência muito grande de conceitos, deixando em dúvida se são, de fato, relevantes³³. Em Santa Catarina, o perfil não é diferente. Uma pesquisa realizada em 2018, pela Secretaria Estadual de Proteção e Defesa Civil, verificou que apenas 27% dos municípios catarinenses possuem Plano Diretor de Proteção e Defesa Civil. Destes, apenas 16% possuem identificação das áreas de risco³⁴.

De modo geral, são poucos os municípios brasileiros que conseguiram incorporar as diretrizes da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, principalmente no que se refere ao mapeamento e monitoramento das áreas de risco. Desse modo, é importante que os novos gestores, em especial das áreas de planejamento, infraestrutura, meio ambiente, saúde, educação e defesa civil, utilizem instrumentos normativos que forneçam informações das vulnerabilidades locais e dos critérios técnicos a serem adotados. Além disso, é de extrema importância que haja toda a capacitação técnica e também da população quanto aos riscos do ordenamento territorial¹⁹.

Por isso, salienta-se que as medidas preparatórias para desastres não devem ser focadas, apenas, nos gestores de proteção e defesa civil e demais atores setoriais. A participação da sociedade para a promoção das ações de prevenção e preparação em caso de desastres é essencial. Por isso, os municípios devem elaborar medidas que envolvam as comunidades, associações de classe, representantes comunitários, entidades privadas, organizações não governamentais e voluntários. Por meio de capacitação e treinamento, a população poderá contar não apenas com o apoio da proteção e defesa civil, mas também com diversas pessoas preparadas para prestar apoio na ocorrência de eventos extremos¹¹.

Pelo exposto, observa-se que, de maneira geral, todos os parâmetros analisados no presente capítulo estão interligados entre si, considerando-se que eles transpassam diversos setores e dependem um dos outros para sua efetividade. Por isso, é importante identificar se existem instrumentos que sejam utilizados pelos gestores municipais para avaliar a gestão de riscos e desastres de cada região e quais as principais problemáticas para sua efetividade.

3.3 Avaliação da Gestão de Riscos e Desastres: Uma Necessidade Iminente

Uma das grandes dificuldades que rodeia os municípios para a efetivação das medidas de gestão de riscos e desastres está relacionada à distribuição de recursos. Sem verbas, equipamentos e pessoal especializado, fica, cada vez mais difícil, para os estados apresentar resultados relativos à redução de riscos de seu território. Atualmente, “o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil conta com recursos escassos, baixa qualificação e insuficiência de quadros técnicos nos estados e na maioria dos municípios brasileiros”³⁵.

O Ministério da Integração Nacional possui programa temático vinculado às ações de Gestão de Riscos e Resposta a Desastres, a fim de disponibilizar recursos para identificar e mapear as áreas de atenção dos municípios, implementar sistemas de alertas e instituir diretrizes de uso e ocupação do solo. Um dos objetivos a serem destacados se refere às ações voltadas à prevenção de desastres. Essas ações dependem de

³³ FERENTZ, L. M. S.; PINHEIRO, E. G.; GARCIA, C. M. Gestão de Riscos e Indicadores de Preparação: Estudo de Caso no Município de Palmeira/PR. *DRd - Desenvolvimento Regional em debate*, v. 9, p. 243-262, 2019.

³⁴ BEPLER, C. M.; MONDINI, L.; MONDINI, R. C. W. Planos Diretores de Proteção e Defesa Civil: um Diagnóstico da Situação entre os Municípios Prioritários. *Revista Gestão Sustentabilidade Ambiental*, v. 7 (especial), p. 367-378, 2018.

³⁵ PNUD. *Projeto de Cooperação Técnica Internacional: BRA/12/017 – Fortalecimento da Cultura de Gestão de Riscos de Desastres no Brasil*. Brasília: Ministério da Integração Nacional. Secretaria Nacional de Defesa Civil, 2012. p. 58

instrumentos que as auxiliem no monitoramento de áreas suscetíveis a riscos e na implantação de medidas mitigadoras dos impactos negativos resultantes de desastres³⁶.

O principal problema encontrado pela fiscalização do Tribunal de Contas da União (TCU) refere-se ao fato de que não existem critérios adequados para a distribuição de recursos, de tal forma que 98% das verbas são destinadas para ações de resposta e recuperação de áreas que já foram afetadas por desastres. Um exemplo claro ocorreu no ano de 2009, em que quase dois bilhões de reais foram investidos para as ações de resposta da defesa civil, enquanto as ações de prevenção receberam, apenas, seiscentos milhões³⁷.

Além da falta de investimentos nas etapas anteriores à ocorrência de desastres, também não há clareza para distribuição entre os Estados. Em 2016, os estados do Ceará e do Pará não receberam nenhum tipo de ajuda financeira do programa, mesmo possuindo três milhões de pessoas em áreas de risco. De outro lado, tem-se o contraste entre as regiões que foram contempladas. O estado de Santa Catarina recebeu um milhão e meio de reais, enquanto a Bahia foi contemplada com mais de cento e vinte milhões³⁸.

Como visto anteriormente, os estados e municípios possuem diversas competências a serem executadas, porém, com recursos financeiros mal distribuídos para investir em ações de prevenção, mitigação e preparação à desastres. As atribuições que os municípios tiveram de assumir ampliaram a gama de atividades e exigências da gestão local. No entanto, ao observar a descentralização de políticas e as capacidades administrativas municipais, é possível identificar vários pontos que necessitam ser melhorados¹⁸.

A partir dos problemas encontrados pelo Tribunal de Contas da União, foi recomendado que se definam “critérios mais objetivos de classificação de riscos dos municípios listados como prioritários, utilizando como base aspectos de materialidade e potencial prejuízo social, humano, econômico e ambiental”³⁶. Também é possível verificar na legislação que “restrições de natureza institucional, técnica e burocrática vêm se constituindo em obstáculos à gestão urbana. Essa situação decorre, em parte, da insuficiência e da inadequação dos instrumentos de planejamento e gestão”³⁸.

Para auxiliar os gestores na apresentação de informações concretas sobre seus municípios, se faz necessária a utilização de novos instrumentos que permitam monitorar e acompanhar o desenvolvimento das ações de gestão de riscos e desastres nos municípios. Ou seja, os Estados precisam utilizar mecanismos que os ajudem a complementar suas ações¹⁷.

Chakrabarty apresenta três perspectivas sobre a utilização de novos instrumentos e ferramentas para auxílio do planejamento na gestão urbana. A primeira delas é a flexibilidade, adotada para revisão de planos, orientação do desenvolvimento das cidades e planejamento contínuo do uso da terra. O conceito de flexibilidade permite que os gestores resolvam os problemas urbanos sem se ater a planos engessados²⁶. A utilização de ferramentas que permitam a revisão de planos em um período de tempo mais curto é desejável atualmente no Brasil, onde os Planos Diretores, por exemplo, são revisados de 10 em 10 anos. Além do planejamento contínuo, a ferramenta pode auxiliar o monitoramento do desenvolvimento da cidade como um todo, e, também, de áreas específicas, como as de risco, fornecendo *feedbacks* constantes e variando os indicadores urbanos a partir das normas de zoneamento, infraestrutura, meio ambiente etc., que se alteram de acordo com o surgimento de novos sistemas.

O objetivo de considerar o Princípio da Flexibilidade é o de conseguir identificar problemas urbanos em seu estágio inicial. No entanto, ressalta-se que a aplicação desse conceito precisa de mudanças políticas, que

³⁶ TCU. *Falta de objetividade na classificação dos municípios em risco compromete programa de prevenção a desastres naturais*. Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/falta-de-objetividade-na-classificacao-dos-municipios-em-risco-compromete-programa-de-prevencao-a-desastres-naturais.htm>. Acesso em: 26 dez. 2019.

³⁷ RIBEIRO, D.; BOREKI, V. Falta de pessoal prejudica ações da Defesa Civil. *Gazeta do Povo*, 2010. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/falta-de-pessoal-prejudica-acoes-da-defesa-civil-1ad2lvvsfc6t3o4b71camt366/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

³⁸ IPEA; USP; IPPUC. *Gestão do uso do solo e disfunções do crescimento urbano: Instrumentos de planejamento e gestão urbana*. Curitiba: FINEP, 2001.

permita aos envolvidos enxergar o planejamento como algo “vivo”, em constante mudança, ao invés de planos rígidos e engessados. A segunda perspectiva é a de responsividade social, que necessita do compromisso político para a sua aplicação. Esse princípio está voltado para a capacidade de o meio corporativo envolver suas ações e políticas com a sociedade. Para isso, os gestores podem adotar auditorias sociais, a fim de avaliar as atividades que possam ter impactos na comunidade. A adoção desse princípio pode ajudar na cooperação entre organizações, trazendo melhorias para as diferentes áreas do meio urbano por meio de novas técnicas e desenvolvimento de políticas eficientes²⁶.

Por fim, a última perspectiva de Chakrabarty se refere à produtividade. Esse princípio se baseia na eficiência dos processos, sejam eles analisados de maneira individual, coletiva ou organizacional. Como muitos profissionais não recebem nenhum tipo de capacitação quando iniciam a gestão de cidades, eles tendem a buscar por meios de atingir determinados objetivos, mesmo que isto não seja realizado da maneira mais eficaz²⁶. Um exemplo refere-se à distribuição de recursos, que, muitas vezes, é comprometida em decorrência dessa incapacidade profissional. O gerenciamento de recursos é estritamente necessário para o bom funcionamento do sistema e da satisfação da população perante os gestores urbanos. Este é um tipo de decisão política que pode afetar o bem-estar e a felicidade da população, pois estão diretamente relacionados aos serviços sociais que interferem na qualidade de vida dos moradores³⁹.

Além desses três pontos, Cavalcanti, Lotta e Pires também analisam as influências externas que agem sobre o poder decisório na implementação de políticas. Dentre eles estão as pressões de profissionais que podem considerar seus próprios interesses, os fatores culturais, as variações entre organizações e as práticas nem sempre autorizadas por lei. Além disso, ainda há as dificuldades institucionais com a falta de recursos, de organização, de insuficiência de informações e da cobrança por soluções pela população, mas, ao mesmo tempo, pelo atingimento de metas dos órgãos atuantes⁴⁰.

É importante compreender não apenas o que está sendo gerenciado, mas por quem é gerenciado. A designação das responsabilidades deve ser clara, pois, mesmo que determinados gestores tenham meios de executar processos, a continuidade das tarefas pode se estender para outras pessoas e setores. A orientação e designação de ações permite novos caminhos e parcerias, com iniciativas próprias e motivação da equipe. Este é um exemplo de um cenário de integração multinível, em que diferentes agentes participam da elaboração e implementação para se alcançar objetivos em comum⁴⁰.

Com a falta de recursos, profissionais e mecanismos que auxiliem o monitoramento das ações governamentais, muitas vezes a realidade dos municípios resulta na incapacidade de buscar por soluções próprias para os problemas urbanos. Devido a essa limitação, gestores locais passam a observar cidades vizinhas ou aquelas com características semelhantes às de sua região, a fim de compreender como elas lidam com os problemas. A adoção de práticas ou instrumentos que são utilizadas por outros municípios tem se tornado cada vez mais comum, de tal modo que modelos já implementados são replicados para outras localidades⁴¹.

Existem também fatores externos que podem influenciar a adoção desses modelos, como a pressão da mídia sobre algum problema extremo — como casos de deslizamentos ou inundações bruscas, o interesse eleitoral durante períodos de campanha, ou até mesmo uma pressão social e cultural devido ao exemplo de outra cidade que teve resultados positivos com a implementação de determinadas medidas. Dessa forma, observa-se que essa transferência de modelos pode ocorrer tanto por uma necessidade emergencial quanto por uma decisão deliberada entre todos os atores envolvidos⁴¹.

³⁹ BLUME, L.; VOIGT, S. Federalism and decentralization: a critical survey of frequently used indicators. *Constitutional Political Economy*, v. 22, n. 3, p. 238-264, 2011.

⁴⁰ CAVALCANTI, S.; LOTTA, G. S.; PIRES, R. R. C. Contribuições dos Estudos sobre Burocracia de Nível de Rua. In: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. (org.). *Burocracia e Políticas Públicas no Brasil: Intersecções Analíticas*. Brasília: IPEA/ENAP, 2018. p. 227-246.

⁴¹ SILVA E. Z. da. KAUCHAKJE, S. Divisão de autoridade em Estados unitários e federais e difusão de políticas. *BIB*, São Paulo, v. 85, n. 1, p. 27-55, 2018.

Independentemente das razões que os gestores tiveram para escolher a replicação de modelos pré-existentes, é imprescindível tomar o cuidado para que esses instrumentos não se tornem um “cópia e cola”. Basear-se em medidas de sucesso de outras regiões pode ser um caminho para encontrar suas próprias soluções, desde que sejam respeitadas as diferentes características de cada região, sejam elas territoriais, de infraestrutura ou sociais.

A adoção de modelos prontos, sem realizar a sua adaptação, pode prejudicar o desenvolvimento do município ou apenas deixar ele estagnado. Como exemplo, tem-se o transporte e as estações-tubo utilizados em Curitiba, Paraná, que já foram replicados para diversos países. No entanto, copiar um modelo, sem considerar as características das cidades em que serão implantados, é um risco. No Brasil, as cidades de Uberaba, Minas Gerais, e Belém, Pará, também implementaram o sistema de estações-tubo. O problema é que essas cidades são muito quentes, e o formato oval utilizado pelas estações-tubo de Curitiba faz com que se tornem uma estufa nessas regiões, resultando em instalações inapropriadas para uso da população.

Por isso, é importante que projetos estrangeiros, sejam estes de outro município, estado ou país, sejam considerados apenas como base para a elaboração de seus próprios instrumentos, resultando em um planejamento, e em sua subsequente gestão, mais próximos da realidade local. Faz-se necessário, então, o desenvolvimento de novas técnicas e ferramentas que ajudem a produzir gestores urbanos profissionais, de forma a buscar pela eficiência do desenvolvimento com a integração das áreas setoriais. Isto permitirá que os gestores urbanos possam monitorar sua evolução, contribuindo com novas medidas que ajudem na busca de soluções dos problemas urbanos²⁶.

A partir do exposto, o desenvolvimento de novos instrumentos deve considerar as características de cada região a ser implantado; as legislações vigentes; formas de planejamento, organização e controle; meios de comunicação e integração; implementação integrada, para que todos os agentes alimentam o sistema; prazos reais e alcançáveis; e utilização de tecnologias para rápida distribuição de informações²⁶. Essas ferramentas tendem a aumentar a eficiência dos sistemas, a partir da implementação de indicadores e modelos que possibilitem realizar avaliações institucionais. A adoção desses novos métodos permite que sejam realizadas análises comparativas de diferentes setores e organizações, ou até, em escalas nacionais e internacionais⁴⁰.

Desse modo, é perceptível a necessidade da elaboração de ferramentas que ajudem a monitorar e avaliar as metas e ações locais, pois, conhecendo e acompanhando os riscos e vulnerabilidades dos municípios, se aumenta a segurança e qualidade de vida dos moradores. Com o compromisso e iniciativa dos gestores, será possível tornar o atendimento de diretrizes propostas pelas legislações, uma medida concreta a ser alcançada.

4 Considerações finais

A partir das análises realizadas, observou-se que, além da falta de integração entre as áreas setoriais, um dos principais problemas dos estados e municípios é avaliar o andamento do progresso após o lançamento da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei nº 12.608/12). Com um sistema que permita monitorar a evolução dos estados e seus respectivos municípios, é possível desenvolver novas ferramentas que possibilitem melhor distribuição de recursos para ações de redução de riscos e desastres. “O fornecimento de recursos garante compromissos de dinheiro, materiais, instalações, pessoal e instituições às tarefas pretendidas”⁴².

Atualmente, a maioria das pesquisas no âmbito da gestão de riscos de desastres no país resulta em informações que não são possíveis de utilização na gestão pública, pois “há uma grande dificuldade na transferência desses conhecimentos para a sua aplicação efetiva para os gestores públicos nas três esferas de governo”³⁵. Por isto, são necessários indicadores que considerem as legislações e características locais, a

⁴² MATTINGLY, M. Meaning of urban management. *Cities*, v. 11, n. 3, p. 201-205, 1994.

fim de auxiliarem os gestores a respeito do monitoramento de suas ações e permitir o desenvolvimento de instrumentos que sirvam de base para a futura tomada de decisão nos municípios.

Referências

- ABELHEIRA, M. A.; GOMES, O. S.; AGUIAR, I. S. de; SILVA FILHO, S. G. R. da. Sirenes de Alarme para Deslizamentos de Encostas: A Experiência Precursora da Cidade do Rio De Janeiro. *Revista Mosaicos Estudos em Governança, Sustentabilidade e Inovação*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 48-63, 2019.
- ACIOLY, C.; DAVIDSON, F. *Densidade urbana: um instrumento de planejamento e gestão urbana*. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.
- BEPPLER, C. M.; MONDINI, L.; MONDINI, R. C. W. Planos Diretores de Proteção e Defesa Civil: um Diagnóstico da Situação entre os Municípios Prioritários. *Revista Gestão Sustentabilidade Ambiental*, v. 7 (especial), p. 367-378, 2018.
- BLUME, L.; VOIGT, S. Federalism and decentralization: a critical survey of frequently used indicators. *Constitutional Political Economy*, v. 22, n. 3, p. 238-264, 2011.
- BRASIL. *Entendendo a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil no Brasil*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2017a.
- BRASIL. *Módulo de formação: Elaboração de Plano de Contingência: apostila do aluno*. Ministério da Integração Nacional. Brasília: Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2017b.
- BRASIL. *Módulo de formação: Noções Básicas em Proteção e Defesa Civil e em Gestão de Riscos*. Brasília: Ministério da Integração Nacional. Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil, 2017c.
- BRUNDTLAND, G. H., et al. *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*. Oslo: United Nations, 1987.
- CAVALCANTI, S.; LÓTTA, G. S.; PIRES, R. R. C. Contribuições dos Estudos sobre Burocracia de Nível de Rua. In: PIRES, Roberto; LÓTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. (org.). *Burocracia e Políticas Públicas no Brasil: Intersecções Analíticas*. Brasília: IPEA/ENAP, 2018. p. 227-246.
- CEMADEN. *O Alerta*. Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, 2019. Disponível em: <http://www.cemaden.gov.br/o-alerta/>. Acesso em: 29 dez. 2019.
- CEPED. *Dados do Curso de Capacitação Básica em Proteção e Defesa Civil*. Curitiba: Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres do Paraná, 2017.
- CEPED/FUNESPAR. *Construindo um Estado Resiliente: o modelo paranaense para a gestão do risco de desastres*. Curitiba: Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres do Paraná. Fundação de apoio à Unespar, 2016.
- CHAKRABARTY, B. K. Urban management: Concepts, principles, techniques and education. *Cities*, v. 18, n. 5, p. 331-345, 2001.
- CINGOLANI, L. The State of State Capacity: a review of concepts, evidence and measures. *MERIT Working Papers*, v. 53, p. 1-52, 2013.
- COUTINHO, M. P.; LONDE, L. DE R.; SANTOS, L. B. L.; LEAL, P. J. V. Instrumentos de planejamento e preparo dos municípios brasileiros à Política de Proteção e Defesa Civil. *URBE, Revista Brasileira de Gestão Urbana*, v. 7, n. 3, p. 384-396, 2015.

- CRED. Centre for Research on the Epidemiology of Disasters. Annual Disaster Statistical Review 2016: The numbers and trends. Belgium: CRED. IRSS. Université catholique de Louvain, 2017. 91 p.
- CUNHA, S. B. Sustentabilidade dos canais urbanos nas áreas tropicais. In: PINHEIRO, D. R. de C. (org.). *Desenvolvimento Sustentável: Desafios e Discussões*. Fortaleza: ABC Editora, 2006. p.19-33
- EVANS, P. B. O Estado como problema e solução. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*, v. 28/29, p. 107-156, 1993.
- FERENTZ, L. M. S.; FONSECA, M. N. DA; PINHEIRO, E. G. Gestión de riesgos de desastres y los planes municipales de contingencia: estudio de caso en el municipio de Palmeira/PR. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, p. 1-17, 2018.
- FERENTZ, L. M. S.; PINHEIRO, E. G.; GARCÍAS, C. M. Gestão de Riscos e Indicadores de Preparação: Estudo de Caso no Município de Palmeira/PR. *DRd - Desenvolvimento Regional em debate*, v. 9, p. 243-262, 2019.
- FURTADO, J.; OLIVEIRA, M. de; DANTAS, M. C.; SOUZA, P. P.; Panceri, R. *Capacitação básica em Defesa Civil*. 5. ed. Florianópolis: CEPED UFSC, 2014.
- GARCÍAS, C. M.; FERENTZ, L. M. S.; PINHEIRO, E. G. A Resiliência como Instrumento de Análise da Gestão Municipal de Riscos e Desastres. *Redes (Santa Cruz do Sul. Online)*, v. 24, n. 2, p. 99-121, 2019.
- GRIN, E. J.; ABRUCIO, F. L. Quando nem todas as rotas de cooperação intergovernamental levam ao mesmo caminho: arranjos federativos no Brasil para promover capacidades estatais municipais. *Revista do Serviço Público*, v. 69, p. 85-122, 2018.
- IPEA; USP; IPPUC. *Gestão do uso do solo e disfunções do crescimento urbano: Instrumentos de planejamento e gestão urbana*. Curitiba: FINEP, 2001.
- MATTINGLY, M. Meaning of urban management. *Cities*, v. 11, n. 3, p. 201-205, 1994.
- MCGILL, R. Urban management checklist. *Cities*, v. 18, n. 5, p. 347-354, 2001.
- MORENO, E. L.; OYEYINKA, O.; MBOUP, G. *State of the World's Cities 2010/2011: Bridging The Urban Divide*. 2 ed. London: United Nations Human Settlements Programme (UN-HABITAT), 2010.
- NOGUEIRA, F. R.; OLIVEIRA, V. E. de; CANIL, K. Políticas Públicas Regionais para Gestão de Riscos: o processo de implementação no ABC, SP. *Ambiente & Sociedade*, v. 17, n. 4, p. 177-194, 2014.
- ONU. *Construindo Cidades Resilientes: Minha cidade está se preparando*. Tradução Sarah Marcela Chinchilla Cartagena. Florianópolis: Nações Unidas, 2010.
- PARKINSON, J. et. al. *Drenagem Urbana Sustentável no Brasil*. Relatório do Workshop em Goiânia-GO. 7 de Maio de 2003. Escola de Engenharia Civil - Universidade Federal de Goiás (coord. e org.). Goiânia: CREEA, 2003.
- PINHEIRO, E.G. *A efetividade do Planejamento Contingencial elaborado a partir das áreas de atenção no Município de Almirante Tamandaré/PR*. 205f. Tese (Doutorado em Gestão Urbana), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2016.
- PINHEIRO, E. G. *Orientações para o planejamento em Proteção e Defesa Civil: Plano Estadual de Proteção e Defesa Civil*. Curitiba: FUNESPAR, 2017.
- PINHEIRO, E. G.; STRINGARI, D.; FERENTZ, L. M. S. Aprobación de la campaña de construcción de ciudadanas resilientes en el estado de Paraná, Brasil. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, p. 1-14, 2019.
- PNUD. *Projeto de Cooperação Técnica Internacional: BRA/12/017 – Fortalecimento da Cultura de Gestão de Riscos de Desastres no Brasil*. Brasília: Ministério da Integração Nacional. Secretaria Nacional de Defesa Civil, 2012.

RIBEIRO, D.; BOREKI, V. Falta de pessoal prejudica ações da Defesa Civil. *Gazeta do Povo*, 2010. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/falta-de-pessoal-prejudica-acoes-da-defesa-civil-1ad2lvvsfc6t3o4b71camt366/>. Acesso em: 26 dez. 2019.

SILVA E. Z. da. KAUCHAKJE, S. Divisão de autoridade em Estados unitários e federais e difusão de políticas. *BIB*, São Paulo, v. 85, n. 1, p. 27-55, 2018.

SIMIANO, L. F. O perfil do Coordenador Municipal de Proteção e Defesa Civil. In: CEPED. *Guia de Conhecimentos Fundamentais para Gestores Municipais de Proteção e Defesa Civil*. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, Casa Militar, Coordenadoria Estadual de Proteção de Defesa Civil, 2017.

SOUZA, C. Modernização do Estado e construção de capacidade burocrática para a implementação de políticas federalizadas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 27-45, 2017.

TCU. *Falta de objetividade na classificação dos municípios em risco compromete programa de prevenção a desastres naturais*. Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/falta-de-objetividade-na-classificacao-dos-municipios-em-risco-compromete-programa-de-prevencao-a-desastres-naturais.htm>. Acesso em: 26 dez. 2019.

WERNA, E. The management of urban development, or the development of urban management? Problems and premises of an elusive concept. *Cities*, v. 12, n. 5, p. 353-359, 1995.

YONETANI, M. *Global Estimates 2014 People Displaced by Disasters*. Norwegian Refugees Council (NRC). Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), 2014.

Agradecimentos

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Refuncionalização da pena de prisão: abordagem acerca da alienação do trabalho desde uma economia política da pena

Refuncionalization of the prison penalty: approach on the alienation of work from a political economy of the penalty

Jackson da Silva Leal

Refuncionalização da pena de prisão: abordagem acerca da alienação do trabalho desde uma economia política da pena*

Refunctionalization of the prison penalty: approach on the alienation of work from a political economy of the penalty

Jackson da Silva Leal**

Resumo

O presente trabalho volta-se para o estudo das transformações da pena de prisão na recente história brasileira, e como esse processo se apresenta contínua e sociometabolicamente nos diferentes momentos históricos da prisão enquanto construção. O objeto deste trabalho é a política pública, adotada pelo governo do Estado de Santa Catarina, de adoção do trabalho prisional terceirizado a empresas privadas; ainda que se se apresente como prática isolada (ou nem tanto), mas tende a se apresentar como política pública para a dinâmica do encarceramento em massa no país como um todo. Centra-se esse estudo sobretudo no momento contemporâneo neoliberal e de como a prisão se apresenta como foco de produção e extração de mais-valia absoluta e relativa no atual paradigma e modelo societário e de controle social complexificado. Metodologicamente, para esse momento, se apresenta como esforço teórico de aprofundamento de categorias analíticas, em uma perspectiva teórica materialista, para compreender a função desempenhada pela instituição prisão no atual momento sociopolítico. Objetiva-se discutir a retomada do discurso da reabilitação, mediante um processo de produção e acumulação de capital mediante o uso do trabalho prisional. E, especificamente, como essa dinâmica se apresenta em sua prática, absolutamente descolada de qualquer concretude de reabilitação, e voltado simplesmente a uma dinâmica de acumulação ampliada de capital. A hipótese fundamental é de que se perfaz o sonho *benthamiano* de construção de uma prisão eficiente em custos, e transformando o projeto encarcerador rentável mediante a exploração do trabalho prisional.

Palavras-chave: Encarceramento. Neoliberalismo. Mais-valia. Dependência. Criminologia crítica.

* Recebido em 11/03/2020
Aprovado em 11/04/2020

** Doutor em Direito (UFSC), professor permanente do programa de Graduação em Direito (PPGD-UNESC); coordenador do Grupo Andradiano de Criminologia (UNESC). E-mail: jacksonsilvaleal@gmail.com

Abstract

The present work focuses on the study of the transformation of the prison sentence in recent Brazilian history, and how this process presents itself continuously and sociometabolically in the different historical moments of prison as a construction. The object of this work is the public policy, adop-

ted by the Santa Catarina State government, of adopting outsourced prison labor to private companies; although it presents itself as an isolated practice (or not so much) but it tends to present itself as a public policy for the dynamics of mass incarceration in the country as a whole. This study focuses mainly on the contemporary neoliberal moment and on how the prison presents itself as the focus of production and extraction of absolute and relative added value in the current paradigm and complex social control and social model. Methodologically for this moment, it presents itself as a theoretical effort to deepen analytical categories, as part of a larger study, which works with a theoretical materialistic perspective, to understand the role played by the prison institution in the current socio-political moment. The objective is to discuss the resumption of the rehabilitation discourse, through a process of production and accumulation of capital through the use of prison labor. And specifically, as this dynamic is presented in its practice, absolutely detached from any concretization of rehabilitation, and turned purely and simply to a dynamic of increased capital accumulation. The fundamental hypothesis is that the *Benthamian* dream of building a cost-efficient prison is fulfilled, and making the incarcerator project profitable through the exploitation of prison labor.

Keywords: Incarceration. Neoliberalism. Surplus value. Dependency. Critical criminology.

1 Introdução

A organização social moderna se erige a partir de alguns elementos fundamentais, tais como a fundação do Estado moderno enquanto detentor de importantes monopólios, sendo um deles fundamental o monopólio da violência e do controle dos corpos. Também sobre o discurso da liberdade e enquanto elemento fundamental de controle social a ameaça de seu antagônico — a privação desta.

Outra estrutura essencial do modo de organização social moderna é a construção do capitalismo enquanto forma de gestão da produção e circulação de bens e necessidades, e muito para além disso, de uma mentalidade condicionada materialmente. Nesse sentido foi de fundamental importância a atuação do Estado como regulador da mão-de-obra, assim como das regras (direito) de contratação e circulação (compra e venda) de mercadorias — condições gerais de mercado.

Nessa intersecção, se situa, exatamente, o surgimento da política pública carcerária de relegitimação da pena e das estruturas penais mediante a tentativa de tornar as instituições punitivas lucrativas, ou menos custosas. E isso se dá mediante a política adotada pelo Governo do Estado de Santa Catarina pela via da terceirização do trabalho prisional. Verifica-se a parceria/contrato entre a iniciativa privada e a pública, para tomada de mão de obra prisional. O que parece, em um primeiro momento, como prática e iniciativa isolada, já se pode ver como início de um processo de exploração capitalista de um exército e fonte de força de trabalho absolutamente inesgotável na era do encarceramento em massa.

Este artigo se assenta em elementos estruturais da organização social moderna capitalista neoliberal, para compreender a realidade contemporânea do encarceramento em massa e a retomada do uso da mão-de-obra prisional. Ainda, como o atual período proporciona uma transformação para compreensão entre trabalho *versus* prisão desde a economia política da pena, sobretudo no mundo da periferia do capitalismo.

Assim aponta-se que foi de extrema e fundamental importância os aportes teóricos da economia política da penalidade para compreender o surgimento da prisão e sua centralidade para criação e amadurecimento da organização social capitalista moderna; mas não considera a realidade contemporânea, sobretudo do período neoliberal desde a marca da derrocada dos Estados de bem-estar social e a funcionalidade que a prisão absorvia desde o discurso da ressocialização e readaptação para o trabalho.

Nesse sentido, a velha explicação acerca das funções da pena e da prisão, não dão mais conta em um sentido econômico e social, uma vez que a prisão fora vista, historicamente, como um custo, uma estrutura sem a qual a forma social capitalista não poderia se desenvolver. Contemporaneamente identifica-se a prisão

como um investimento, uma estrutura política e econômica por meio do qual o capitalismo se desenvolve.

Nesse sentido, metodologicamente, este trabalho se apresenta como fragmento de uma construção e investigação maior, apresentando-se como aprofundamento teórico de categorias da Teoria do Valor desde uma perspectiva criminológica materialista, sobretudo em um recorte latino-americano da Teoria da Dependência.

Tem como objetivo geral discutir a centralidade da prisão no atual modelo econômico neoliberal, e como essa perspectiva se propõe a relegitimar a prisão, mediante suas práticas econômicas e, como objetivo específico, demonstrar como a atual etapa constitui o aprimoramento do processo de exploração e acumulação ampliada do capital no atual momento do trabalho precarizado, no qual a prisão também exerce fundamental papel desde uma ideia de prisão *versus* trabalho como relação de menor elegibilidade, legitimando a violência prisional, e atuando como mediador e regulador do mercado de exploração do trabalho.

No primeiro ponto, realiza-se um resgate da abordagem materialista, desde uma perspectiva decolonial e de como a matriz teórica materialista pode contribuir para uma abordagem acerca da realidade marginal de capitalismo dependente. No segundo tópico, aborda-se a estrutura do que se denomina de velha economia política da pena, a fornecer elementos de análise crítica da funcionalidade da prisão e de como essa abordagem não dá mais conta da realidade e funções desempenhadas pela pena no século XXI em meio ao neoliberalismo. No último tópico, aborda-se justamente a questão da prisão e da pena, sobretudo contextualizado no momento atual de reconfiguração e relegitimação por meio do discurso eficientista em custos do neoliberalismo, sobretudo a partir da análise da relação prisão-trabalho no neoliberalismo, buscando contribuir com a compreensão acerca de um fenômeno em curso, que se apresenta no processo de exploração economia da prisão e da mão de obra encarcerada.

2 Violência estrutural e institucional na origem do pacto da modernidade colonial

Por que existem distinções ou mesmo contradições entre marxismo ocidental e oriental? Com essa indagação, Domenico Losurdo¹ inicia sua obra no sentido de traçar algumas linhas teóricas do que ele chama de marxismo *decolonial*, uma vez que a condição de colonialidade marca a condição de metade do terreno da humanidade até meados do século XX. Se se considerar meramente a condição política de colonialidade e a submissão cultural, a condição persiste. Assim escreve Losurdo:

[...] o fato é que o colonialismo e o imperialismo se baseiam na exploração desumana de seres humanos considerados estranhos à humanidade. E, portanto, a luta pelo universalismo implica o acerto de contas de um sistema político-social impregnado de práticas de desumanização. Em outras palavras, a pseudouniversalidade, que consiste na arbitrária potencialização em universal de um particular determinado e frequentemente vicioso, é desmascarada com o recurso a uma metauniversalidade mais verdadeira e mais rica².

Nessa linha agrega-se a contribuição de David Harvey³, em “A Loucura da Razão Econômica” em que aponta a condição sociometabólica do capital, referindo-se aos intermináveis e distintos ciclos de reprodução, desde o liberalismo clássico, passando pelo Estado de bem-estar, chegando ao neoliberalismo. Cada um com próprias e distintas características em sua dinâmica de produção, reprodução e acumulação, e mesmo manutenção; e se poderia, ainda, apontar as disparidades da dinâmica de acumulação entre o centro do mundo capitalista e a periferia, pois o mesmo capitalismo convive com o discurso da liberdade e do Estado

1 LOSURDO, Domenico. *O marxismo ocidental: como nasceu, como morreu, como pode renascer*. São Paulo: Boitempo, 2018.

2 LOSURDO, Domenico. *O marxismo ocidental: como nasceu, como morreu, como pode renascer*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 82.

3 HARVEY, David. *A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2018.

mínimo não interventivo (meramente discursivo) no centro do capitalismo desenvolvido, e com o militarismo propugnado por um Estado forte que se coloca como corolário de um Estado-forte capitalista na periferia latino-americana do capitalismo, convivendo com a escravidão formal ou pós-abolição com a servidão da grande maioria da população.

Desde a origem da estrutura e organização social capitalista, pode-se verificar uma dinâmica de funcionamento a partir do uso da violência. Mas, para isso, é preciso repactuar a definição de violência ou mesmo tomar consciência da mesma. Rosa Del Olmo⁴ aponta a existência de quatro formas de violência: a violência interpessoal, a violência revolucionária, a violência estrutural e a violência institucional.

Apenas as duas primeiras são reconhecidas como atos de violência, uma vez que se caracterizam como atos do povo pobre⁵, seja ele na forma de violência interpessoal, tomado isoladamente como medida de obtenção de condições de sobrevivência, como se verifica nas maciças estatísticas de atos definidos como furto, roubo e tráfico de substância entorpecente que ocupam mais da metade das estatísticas criminais brasileiras, por exemplo⁶; ou na forma de sublevação popular contra a violência estrutural da pobreza e exploração enquanto forma de produção e circulação e dinâmica de acumulação.

De outro lado, as duas últimas, seja na forma de acumulação e desigual distribuição de bens positivos do capitalismo⁷ que permite a acumulação paulatina e inversamente proporcional ao crescimento da miséria humana, conjuntamente à exploração dessa classe de miseráveis e a produção de uma massa de desvalidos, ocasionando uma total impossibilidade de libertação da condição de servidão capitalista. Nessa linha, para David Harvey,

[...] o comércio entre um regime capital-intensivo (tal como o da Alemanha) e regimes trabalho-intensivos (tais como o de Bangladesh) resultará na transferência de valor e mais-valor do segundo para o primeiro. Isso será realizado de maneira silenciosa e natural através do próprio processo do mercado. Para isso não são necessárias [não mais] táticas imperialistas de dominação e extrativismo [como outrora], mas a simples promoção de práticas de livre-comércio. Essa é a maneira *silenciosa* pela qual regiões ricas enriquecem à custa das regiões pobres, que vão ficando cada vez mais para trás⁸.

Ou mesmo na forma de repressão de atos isolados contra a lógica do capital e da posse/propriedade, que se manifesta sob a forma de política de Estado na defesa do ideário do capital mediante a manutenção da lógica desigual de classe por meio da violência do Estado em face das populações despossuídas, seja esse ato de sublevação ou mera conduta de sobrevivência.

Após esse esclarecimento conceitual, é possível retomar a questão da colonialidade latino-americana como dinâmica de perpetuação da violência estrutural e institucional.

Em primeiro lugar, é necessário pontuar que a origem da sociedade moderna burguesa não se dá com o discurso iluminista liberal, mas sim com o ato de violência da acumulação primitiva, como *grande cercamento* de terras e apropriação individualista e desigual da propriedade privada que permitiu a disparidade fundamental para que a dinâmica pretensamente liberal apenas aprofundasse e legitimasse discursivamente com a liberdade e igualdade formal e abstrata. Violência que, simplesmente, se perpetua mediante a lógica do trabalho enquanto relação desigual de produção de valor, extração de mais-valia e acumulação capitalista — ou seja, perpetuação da dinâmica do capital.

Para a perpetuação dessa forma-social, foram criadas as dinâmicas e estruturas de controle sociometabó-

4 DEL OLMO, Rosa. *Ruptura criminológica*. Caracas: Universidade Central de Venezuela, 1979.

5 A modo ilustrativo, o relatório da população prisional brasileira aponta que 53% da população reclusão não possui ensino fundamental completo, ou seja, entendidos como analfabetos funcionais (DEPEN, 2014). Sítio: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.

6 Insere-se o tráfico de drogas como ato de violência interpessoal a partir da categorização do mesmo como crime de rua (*street crime*) desde a definição da doutrina política da tolerância zero estadunidense. Dados consolidados do DEPEN (2014).

7 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

8 HARVEY, David. *A loucura da razão econômica*: Marx e o capital no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 156).

licas do capital. Sociometabolismo^{9 10} do capital compreende a dinâmica isomórfica centrada na acumulação capitalista e (re)produção de relações desiguais. O sociometabolismo do controle social constitui elemento estrutural fundamental para a regulação das relações desiguais e perpetuação dessa desigualdade; ou, como escreve Frantz Fanon,

[...] la mayor riqueza se da al lado de la mayor miséria, el ejercito y la policía son los pilares del regimen. Un ejercito y una policía que[...] estan aconsejados por expertos extranjeros. La fuerza de la policía, el poder de ese ejercito son proporcionales al marasmo en que se sumerge el resto de la nación [...] en esas condiciones el régimen se endurece. Entonces el ejercito se convierte en el sostén indispensable de una represión sistematizada¹¹.

Assim, entende-se a criação das mais variadas instituições de controle violento para produção de uma mão-de-obra docilizada, como forma de regulação do mercado de trabalho e gestão do níveis de salário, como dinâmica de manutenção ordeira contra a sublevação do trabalhador, a definição do cárcere-fábrica, ou fábrica-cárcere de Melossi e Pavarini¹² e a contribuição inestimável da economia política da pena, que proporcionaram, em relação às origens da prisão e do controle sociopenal, de maneira geral, uma visão de seu condicionamento materialmente determinado.

Entretanto, essa história não dá conta da totalidade social e da colonialidade latino-americana, construída sobre os corpos indígenas e negros. Assim construíram a sociedade e estatalidade capitalista latino-americana:

El mundo colonizado es un mundo cortado en dos. La línea divisoria, la frontera está indicada por los cuarteles y las delegaciones de policía. En las colonias, el interlocutor válido e institucional del colonizado, el vocero del colono y del regimen de opresión es el gendarme o el soldado. En las sociedades de tipo capitalista, la enseñanza, religiosa o laica, la formación de reflejos Morales trasmisibles de padres a hijos, la honestidade ejemplar de obreiros condecorados despues de cincuenta años de buenos y leales servicios, el amor alentado por la armonía y la prudência, esas formas estéticas del respeto al orden establecido, crean en torno al explotado una atmosfera de sumisión y de inhibición que aligera considerablemente la terea de las multitud de profesores de moral, de consejeros, de *desorientadores*. En las regiones coloniales, por el contrario, el gendarme y el soldado, por su presencia inmediata, sus intervenciones directas y frecuentes, mantienen el contacto con ele colonizado y le aconsejan a golpes de culata o incendiando sus poblados, que no se mueva. El intermediário del poder utiliza un lenguaje de pura violencia. El intermediário no aligera la opresion, no hace más velado el dominio. Los expone, los manifiesta con la buena conciencia de las fuerzas del orden. El intermediário lleva la violencia a la casa y al cérebro del colonizado [...] La ciudad del colonizado, o al menos la ciudad indígena, la ciudad negra, la medina o barrio árabe, la reserva es un lugar de mala fama, poblado por hombres de mala fama, allí se nace em cualquier parte, de cualquier manera. Se muere en cualquier parte, de cualquier cosa. Es un mundo sin intervalos, los hombres estan unos sobre los otros, las casuchas unas sobre las otras. La ciudad del colonizado es una ciudad hambrienta de pan, de carne, de zapatos, de carbón, de luz¹³.

Fanon aponta a necessidade de rever a Teoria Marxista desde a matriz (des)colonial, no sentido de poder compreender a realidade mais além da totalidade europeia do capitalismo central. Isso Enrique Dussel intitulou de analética¹⁴, ou, mais além da dialética, como chave de leitura da Teoria Marxista para se poder compreender a realidade da América Latina e sua totalidade colonial não inserida.

Por isso, se resgata a importância da Teoria do Valor desde uma mirada latino-americana, para a frente pensar a questão do encarceramento em massa como negócio e investimento neoliberal ao valor-trabalho e

9 HARVEY, David. *A loucura da razão econômica*. Marx e o capital no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2018.

10 MÉSZÁROS, István. Para além do capital. Rumo a uma teoria da transição. São Paulo: Boitempo, 2011.

11 FANON, Frantz. *Los Condenados de la tierra*. Ciudad de Mexico: FCE, 1983. p. 85-6.

12 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: a origem do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

13 FANON, Frantz. *Los Condenados de la Tierra*. Ciudad de Mexico: FCE, 1983. p. 18-9.

14 LEAL, Jackson Silva. *Criminologia da libertação: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

da Teoria da Dependência latino-americana, ou, como encerra Losurdo, “não teria credibilidade uma crítica do trabalho assalariado que silenciase sobre o trabalho escravo, pois a história do trabalho escravo em suas diversas formas esta em ampla medida ligado à história da opressão colonial”¹⁵. Desconsiderar o trabalho escravo como produtor de plus valor é desconsiderar elementos fundamentais do trabalho prisional neoliberal que se tem identificado como *New Slavery*¹⁶, tendo em vista estar assentado sobre a perda da condição de liberdade.

3 A teoria do valor como chave de leitura fundamental para a modernidade neoliberal na america latina

Nesse ponto volta-se ao capital enquanto leitura insubstituível para compreender as relações entre trabalho e capital, obviamente considerando-se que este não estivesse voltado para a realidade latino-americana, assim como também não poderia estar para a produção de valor e mais valia dentro das instituições carcerárias, que é o objeto do presente trabalho.

Nessa linha, voltando a Marx¹⁷, e resgatando alguns conceitos da Teoria Marxiana, que são importantes para o presente estudo, pode-se apontar a definição e construção da mercadoria, a produção do valor, ambas permeadas pela alienação e produção de mais valia como mais-valor/lucro/acumulação.

Assim, Marx aponta que, antes do trabalho vivo humano, existe matéria e capital morto que é reavivado pelo trabalho vivo humano, trabalho que se materializa enquanto produto, enquanto objetividade a satisfazer determinada necessidade também humana.

Ou seja, o trabalho vivo é a capacidade humana de manipulação da natureza (matéria-prima) voltada para a satisfação de necessidades humanas e a correspondência dessa necessidade adicionada o trabalho vivo dispendido para a consecução dessa mercadoria objetiva determina seu valor¹⁸.

Em síntese, o valor é determinado pela representatividade da coisa em relação às necessidades que está apta a satisfazer. Além do trabalho vivo que proporcionou a realização daquela satisfação. Segundo Marx,

[...] assim, o trabalho objetivado no valor das mercadorias não é expresso apenas negativamente como trabalho no qual são abstraídas todas as formas concretas e propriedades uteis dos trabalhos efetivos. Sua própria natureza positiva se põe em destaque: ela se encontra na redução de todos os trabalhos efetivos à sua característica comum de trabalho humano; ao dispêndio de força humana de trabalho¹⁹.

Esta poderia se constituir em síntese da história latino-americana ou mesmo da organização social ocidental não fosse esse trabalho objeto de um processo de acumulação desigualmente distribuído e determinado pela própria organização social e articulada/gerenciada pela estrutura estatal.

A isso se pode chamar de alienação, que permite a retirada da mercadoria resultante de trabalho vivo do trabalhador, dele mesmo; impossibilitando-o da satisfação das próprias necessidades, da mesma forma que se aliena seu próprio corpo enquanto força de trabalho, sobretudo na utilização do trabalho escravo que não era visto enquanto sujeito racional e uma série de teorias pretensamente científicas a fim de justificar e legitimar o uso dessa mão-de-obra e desconsiderá-los enquanto sujeito de direitos e membros do pacto social²⁰.

Nessa medida sua entrada no pacto social se dá na condição de mão-de-obra e produção de valor com

15 LOSURDO, Domenico. *O Marxismo ocidental: como nasceu, como morreu, como pode renascer*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 168.

16 ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.

17 MARX, Karl. *O capital: livro 1: o processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2017.

18 MARX, Karl. *O capital: livro 1: o processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2017.

19 MARX, Karl. *O capital: livro 1: o processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2017. p.142-3.

20 PIZA DUARTE, Evandro Charles. *Criminologia & Racismo: introdução à criminologia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.

a transformação da matéria-prima em mercadoria objetivada, que é fundamental para o desenvolvimento originário do capitalismo e para a acumulação de capital e produção de *mais-valia*. A isso Marx chama de força de trabalho, nos seguintes termos:

[...] por força de trabalho ou capacidade de trabalho entendemos o conjunto das capacidades físicas e mentais que existem na corporeidade, na personalidade viva de um homem e que ele põe em movimento sempre que produz valores de uso de qualquer tipo²¹.

Nesse sentido, em uma perspectiva marxista sobretudo descolonial, não se pode desconsiderar todo o elemento identitário e político na questão do racismo e escravismo — uma vez que o escravismo é anterior ao capitalismo —, mas em grande medida o modo de produção escravista-capitalista era a manifestação pura e simples de produção de valor, eliminando-se o custo do trabalho-vivo que se apresentava de maneira absolutamente anulada na equação do capitalismo originário, sobretudo na sua versão colonial escravista latino-americana²². Sem o uso de mão-de-obra escrava na acumulação primitiva não teria havido desenvolvimento do modo de produção capitalista, da mesma forma que, nas colônias, a força de trabalho escrava permitiu a criação de elites locais e estados nacionais erigidas sobre os corpos, sangue e suor do trabalho escravo. Colocando-se em uma versão colonial, equação do valor seria a representação da necessidade satisfeita pela mercadoria objetificada e excedente de capital.

Então, se o valor da mercadoria é dado pela conjunção entre trabalho-vivo e a satisfação de necessidades de dita mercadoria, extraindo-se a representatividade da equivalência do trabalho-vivo, todo o trabalho produzido remunerava o capital morto utilizado e a maciça maioria restante acumulada (para recolocar em circulação ou simples entesouramento) pelo proprietário do escravo-trabalhador (inclusive o próprio escravo era entendido como parte do capital morto detido pelo proprietário).

Marx aponta que essa relação negocial da compra de força de trabalho não se constitui como uma relação natural, mas artificial, construída historicamente pela organização social capitalista²³. Nesse sentido parece oportuno tomar a ideia de constituição sociometabólica do capital, na medida em que, sim, essas relações não são naturais, tampouco imprescindíveis ao processo de acumulação capitalista, tendo em vista que o modo de produção capitalista conviveu alguns séculos com o modo de exploração escravista, já sendo capitalista, produzindo acumulação mediante o uso de produção de valor por meio do trabalho não livre em sua origem e acumulação originária.

Da mesma forma que, no período atual neoliberal, a acumulação capitalista também passou pelo uso e intensificação da tomada de força de trabalho não livre (encarcerada), demonstrando a pertinência da definição de capital sociometabólico²⁴ e que esse modo de produção prescinde da mão-de-obra livre enquanto relação social. Também, como aponta Losurdo, “não teria credibilidade uma crítica ao trabalho assalariado que silenciase sobre o trabalho escravo, pois a história do trabalho escravo em suas diversas formas está em ampla medida ligada à história da opressão colonial”²⁵.

Nesse contexto vale trazer a afirmação de David Harvey, em uma tentativa de atualização de alguns ele-

21 MARX, Karl. *O capital*: livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 242.

22 Marx não inseria a questão do escravismo como relação de produção de *mais-valia*, escrevendo nos seguintes termos: “para vende-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário da sua capacidade de trabalho, de sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado estabelecem uma relação mutua como iguais possuidores de mercadorias com a única diferença de que um é comprador e o outro, vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais. A continuidade dessa relação requer que o proprietário da força de trabalho a venda apenas por um determinado período, pois, se ele a vende inteiramente, de uma vez por todas, vende a si mesmo, transforma-se de um homem livre num escravo, de um possuidor de mercadoria numa mercadoria” (MARX, 2017, p. 242). Marx só perde nesse fragmento, que a desconsideração do escravo como produtor de valor e possuidor de trabalho vivo, é a desconsideração do negro e dos escravos enquanto sujeitos produtivos, produtores de capital na origem do capitalismo. Abstrai também que o escravo não vende a sua força de trabalho, mas esta é tomada, ainda que não seja uma relação bilateral negocial, se constitui em uma relação de sujeição.

23 MARX, Karl. *O capital*. Livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017.

24 HARVEY, David. *A loucura da razão econômica*: Marx e o capital no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2018.

25 LOSURDO, Domenico. *O marxismo ocidental*: como nasceu, como morreu, como pode renascer. São Paulo: Boitempo, 2018. p.168.

mentos do capital a partir do contexto do século XXI:

[...] essa luta de classes ocorre na esfera oculta da produção. Implica uma política um tanto diferente em relação à política entre compradores e vendedores que impera no momento da realização. Ao produzir mais-valor, o trabalhador produz capital e reproduz o capitalista. Ao recusar-se a trabalhar, o trabalhador se recusa a ambas as coisas ²⁶.

Entretanto, dada a questão por Harvey²⁷, a dúvida que fica (ou não fica) e talvez seja uma falsa disjuntiva, quando trabalhar ou não, não está na esfera de opções do trabalhador; se se pode afirmar isso do trabalhador explorado da periferia do capitalismo, essa relação ainda se agrava ganhando ares de servidão senão de nova escravidão no caso da tomada de mão-de-obra prisional por meio de parcerias pública-privadas. Essa é a questão a que se pretende dar atenção no próximo item do presente trabalho.

Mas, antes disso, importante voltar ainda a outra categoria marxiana, que permite seguir a problematização acerca da alienação do trabalho, do produto, corpo e da própria coletividade de trabalhadores. Essa categoria é a da determinação do valor do trabalho.

Para além da alienação do próprio corpo do trabalhador escravo, a composição do valor da força de trabalho também é permeada pela dinâmica da alienação que compõe o mais-trabalho. Nesse sentido, a composição do valor da força de trabalho vivo livre enquanto parte do custo da mercadoria é extraído da quantidade de trabalho necessária para a subsistência do próprio trabalhador — que só tem sentido vivo²⁸ —, e da reprodução da própria condição/relação de trabalho.

Assim se insere o elemento mais-valia como trabalho excedente que remunera a propriedade dos meios de produção, e também o excedente produzido pelo trabalho-vivo em uma jornada de trabalho além do necessário para sua própria manutenção.

Com isso o excedente é um elemento fundamental que configura a desigual distribuição de bens do capitalismo, e permite a reprodução da própria lógica do capital; uma vez que é reinvestido em mais matéria prima, mais (e mais aprimorados) meios de produção e mais trabalho vivo. Consequentemente em mais extração de mais valia, alienação de trabalho-vivo, proporcionando a acumulação. Segundo Marx:

[...] o valor da força de trabalho, como o de todas as mercadorias, é determinado pelo tempo de trabalho necessário para a produção — e, conseqüentemente, também para a reprodução — desse artigo específico. Como valor, a força de trabalho representa apenas uma quantidade determinada do trabalho social médio objetivado. A força de trabalho existe apenas como disposição do indivíduo vivo. A sua produção pressupõe, portanto, a existência dele. Dada a existência do indivíduo, a produção da força de trabalho consiste em sua própria reprodução ou manutenção. Para sua manutenção, o indivíduo vivo necessita de certa quantidade de meios de subsistência. Assim, o tempo de trabalho necessário à produção desses meios de subsistência, ou dito de outro modo, o valor da força de trabalho é o valor dos meios de subsistência necessários à manutenção de seu possuidor²⁹.

Em síntese, a relação de trabalho livre, segundo Marx³⁰, se dá a partir dos limites intrínsecos impostos pela própria condição e necessidade material de subsistência da própria relação de trabalho e da classe de trabalho na condição de explorada (relação social capitalista).

Um outro elemento ou argumento que conflui com a ideia de desnecessidade da liberdade do trabalho como elemento da relação capitalista, ou mesmo da própria manutenção (subsistência) da classe trabalhadora é a alienação da própria condição de classe ou mesmo organização de classe a que se refere o próprio Marx quando escreve:

[...] a história da regulação da jornada de trabalho em alguns modos de produção, bem como a luta que,

26 HARVEY, David. *A loucura da razão econômica*. Marx e o capital no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 83.

27 HARVEY, David. *A loucura da razão econômica*. Marx e o capital no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2018.

28 MARX, Karl. *O capital*: livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017.

29 MARX, Karl. *O capital*: livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 245.

30 MARX, Karl. *O capital*: livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017.

em outros, ainda se trava por essa regulação provam palpavelmente que, quando o modo de produção capitalista atinge certo grau de amadurecimento, o trabalhador isolado, o trabalhador como “livre” vendedor de sua força de trabalho, sucumbe a ele sem poder de resistência. A criação de uma jornada normal de trabalho e, por isso, o produto de uma jornada longa e mais ou menos oculta guerra civil entre as classes capitalista e trabalhadora³¹.

Ou seja, a organização trabalhadora enquanto classe era a organização que permitia a composição de forças entre as classes sociais, e o sistema sociometabólico do capital não hesitou em desarticular a organização desde a própria atuação estatal (definindo como crime a organização laboral), assim como no neoliberalismo desmantelando as próprias agremiações de trabalhadores, e, por fim, a própria condição de classe trabalhadora, dinamitada culturalmente pela desregulamentação do trabalho.

Isso parece fazer todo sentido, sobretudo no que diz respeito à modernidade neoliberal de capitalismo periférico latino-americano, na medida em que o desenvolvimento tecnológico globalizado, a superabundância de mão de obra, permitem que se prescindia da existência do trabalhador, sem precisar prescindir da relação capitalista de acumulação e exploração inerentes a esse modo de produção. Permitindo-se, portanto, alienação do trabalho, do corpo, da organização coletiva, e da própria condição de classe.

Apenas problematizando e inserindo indagações, seria possível aventar que a dinâmica sociometabólica do capital não prescindisse desses limites até mesmo morais-materiais de preocupação com a manutenção da classe trabalhadora (ainda que não condição explorada)? E se se puder prescindir da classe de trabalhadora como proporcionou o neoliberalismo? Ou mesmo, se puder prescindir da própria corporalidade trabalhadora tendo em vista a sua abundância e conjugada com o desenvolvimento tecnológico que torna o trabalho-vivo cada vez menos central?

Nesta linha, Marx escreve “a produção capitalista é essencialmente produção de mais-valor, sucção de mais-trabalho”³², o que permite apontar, seja ele livre ou não, seja ele subsistente ou não!

4 O Encarceramento em massa neoliberal: o negócio público-privado de extração de mais valia relativa e absoluta

Nesse momento, dedica-se atenção para pensar o fenômeno do encarceramento sobretudo a partir da política adotada de maneira pioneira pelo Estado de Santa Catarina, mas aparenta ser erigida à política penitenciária nacional, ligado ao processo de efficientização dos custos do encarceramento em massa, sobretudo a partir do uso e exploração do trabalho prisional; que se insere em um contexto de *Nothing Works*, ou seja, se a ressocialização não funciona, e se apresenta um cenário de abandono do ideário reabilitador, ao mesmo tempo, a prisão adere ao discurso de gestão eficiente em custos, que leva à política de exploração econômica do cárcere. Em uma verdadeira dinâmica de privatização das dinâmicas prisionais³³, e como tem demonstrado, desde a realidade norte-americana, que a privatização se dá por partes/etapas de transformação do complexo prisional em ativos financeiros³⁴.

Volta-se a discussão mais propriamente para a questão da política de encarceramento em massa enquanto opção político-criminal e dinâmica, não apenas de pretensamente produzir segurança, como também valor e ativos econômicos.

31 MARX, Karl. *O capital*: livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 370, grifo original.

32 MARX, Karl. *O capital*: livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 338.

33 POMPEU, Gina Marcílio Vidal; FERREIRA, Carlos Lelio Lauria. A privatização dos Presídios e a ideia neoliberal de criação de um Estado Mínimo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 162-177, 2018.

34 EISEN, Lauren-Brooke. *Inside private prisons: na American dilemma in the age of mass incarceration*. New York: Columbia University Press, 2019.

Nessa linha começa-se pela formulação de Taylor, Walton e Young, em “A nova Criminologia”³⁵, e a proposta de construção de uma Teoria da Conduta desviada desde o marco teórico do materialismo. Como conclusão (entre outras) apontam as origens mediatas e imediatas da reação social como sendo: imediata a decisão política de determinado direcionamento para a questão criminal, e esta é a decisão do encarceramento cada vez maior de pessoas.

Como exemplo há o caso brasileiro em que a elevação do índice de encarceramento ultrapassa a casa dos 500% em 25 anos (desde 1990) segundo relatório do DEPEN (2014; 2017), ainda que não tenha havido um aumento substancial nos índices de criminalidade³⁶ a justificar tal escalada da política de aprisionamento. Mediata como a origem mediata se encontra em grande medida, não somente a respeito da aplicação da dogmática penal, mas também no subjetivismo punitivo dos operadores do direito (em especial a magistratura) quando da aplicação da lei penal, e também da complementação da lei penal e seus procedimentos com sua carga ideológica, moral, cultural, senso de justiça, religiosidade (...), o que se dá não apenas em casos de norma lacunosa, mas sobretudo nos momentos de elevado ativismo judicial e voluntarismo salvacionista encontrado na postura do populismo jurídico que tem se apresentado eminentemente punitivista, preenchido como aponta Vera Andrade³⁷, pelo que chama de *Second Code*, a atuar em paralelo e por trás da aplicação da lei penal, endurecendo seus efeitos e operacionalidade, como também se identifica no texto Política Judicial Brasileira³⁸, apontando que um dos principais entraves para políticas de desencarceramento é a própria magistratura, como já demonstrou Stanley Cohen³⁹ 40.

Mas isso não se constitui um fenômeno isolado do neoliberalismo punitivista brasileiro, mas um processo internacional e claramente latino-americano dependente, como mostra Silvio Nash⁴¹ apresentando como todos os países latino-americanos dobraram sua população carcerária entre 2000 e 2012; em grande medida por conta da adesão do discurso penal neoliberal e sua política criminal encarceradora.

E o contexto propiciador e fomentador é o neoliberalismo enquanto racionalidade como tem entendido Laval e Dardot⁴², pois se constitui em uma nova forma de organização social que ultrapassa a mera organização econômica e política e reorganiza a totalidade social, conformando um outro projeto de sociabilidade marcado pela ideia de sujeito-empresa ou empresa/empreendedor de si mesmo; afetando, diretamente, a questão criminal enquanto definição política e consoante isso as definições criminológicas que se desenvolvem a partir dessa postura pautada por uma compreensão individualizada e autorresponsabilizadora. Nessa linha escrevem:

[...] o neoliberalismo não destrói apenas regras, instituições, direitos. Ele também produz certos tipos de relações sociais, certas maneiras de viver, certas subjetividades. Em outras palavras, como neoliberalismo, o que está em jogo é nada mais nada menos que a forma de nossa existência, isto é, a forma como somos levados a nos comportar, a nos relacionar com os outros e com nós mesmos. O neoliberalismo define certa norma de vida nas sociedades ocidentais e, para além dela, em todas as sociedades que as seguem no caminho da “modernidade”. Essa norma impõe a cada um de nós que vivamos num universo de competição generalizada, intima os assalariados e as populações a entrar em luta econômica uns contra os outros, ordena

35 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La Nueva Criminología*: contribucion a una teoria social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1997.

36 CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

37 ANDRADE, Vera Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

38 LEAL, Jackson Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Política Judiciária Brasileira: da produção de cidadania à cooptação sistêmica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 1-17, 2012.

39 COHEN, Stanley. *Visiones del control social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: PPU, 1988.

40 LEAL, Jackson Silva. As práticas de juridicidade alternativa na América Latina: entre o reformismo e o impulso desestruturador a partir de Stanley Cohen. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 648-666, 2018.

41 NASH, Silvio Cuneo. *El encarceramiento masivo: la imposición de los modelos hegemónicos: de Estados Unidos a América Latina*. Buenos Aires: Didot, 2017.

42 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

as relações segundo o modelo de mercado, obriga a justificar as desigualdades cada vez mais profundas, muda até o indivíduo, que é instado a conceber a si mesmo e a comportar-se como uma empresa⁴³.

E essa nova racionalidade é fundamental para a reorganização da racionalidade punitivista do sujeito neoliberal, assim como para introjetar a política de eficientização dos custos da prisão e do trabalho prisional enquanto mercadoria a ser negociada em uma lógica de privatização do espaço prisional e seus serviços⁴⁴.

A transformação do sujeito atomizado em pretense empreendedor de si mesmo — a criação do sujeito empresa que responsável por seu sucesso e seu fracasso, como uma verdadeira ode à sociedade competitiva.

Essa formulação Christie⁴⁵ chamou de neoclassicismo; a retomada de uma estrutura social baseada em supostos valores morais, resgatando-se o discurso da família, da religião e endeusamento do mercado.

Esse é o contexto que se retoma o discurso oitocentista do livre-arbítrio da conduta criminal, uma liberdade de escolha e conduta que separa os indivíduos entre cidadãos de bem *versus* mal — novamente operando uma sociedade maniqueísta, uma organização social dividida. Parcela representativa do mal social que a resposta não se apresenta mais como a ressocialização.

Afinal de contas ela mesma se colocou livre espontaneamente nessa condição, e, ainda *nothing Works*. Então, se nada funciona, a prisão precisa assumir uma nova função que não seja ressocializar (abandono do ideário da reabilitação) a pessoa que é percebida como incorrigível além de custar caro e que tem como lei do desenvolvimento neoliberal a ordem: cortar custos, e maximizar resultados⁴⁶.

Esse também é o cenário de responsabilização do sujeito pela condição de vitimização (teoria da prevenção situacional), sendo responsável pelo ato que lhe agride, e sendo responsável pela posição de agredido. Colocando-se o cenário teórico ideológico justificador para o processo gradual, mas acelerado de privatização dos serviços — amplos serviços — de segurança e controle público e privado do crime.

E é justamente em meio a esse processo, de direcionamento reorganizado do mercado capitalista para o mercado de serviços, que se visualiza a Meca da acumulação, e ela estaria nos serviços de segurança e sua variada gama de atuação e possibilidades de lucro. Desde o fornecimento de gestão privada para segmentos e serviços de segurança pública até mesmo o oferecimento de todo o arsenal defensivo privado.

Esse é o centro de nossa preocupação, que é a adesão do ideário prisional ao discurso neoliberal, encontrando a nova função para a prisão — a função perdida com o *nothing Works* —; na nova racionalidade neoliberal de indivíduos empresa, responsáveis por seu sucesso, de instituições geridas como empresas, a prisão não tem que funcionar, ela precisa render (capital e ativos)! Assim, a partir da lógica da eficiência em custos e maximização dos resultados, a prisão é o destino da política criminal de tolerância zero voltada as *street crimes*.

Durante grande parte de sua história, a prisão cumpria a função de absorver os despojos do desenvolvimento capitalista. Em sua etapa originária, forjando a identidade do *homo laborans* mediante a disciplina do trabalho⁴⁷; num segundo momento, em meio ao *welfare state*, cumpria a função de reabilitação; mas, a partir dos anos 80 do século XX em diante, a prisão assume a função não mais de absorver despojos, mas produzir lucro, assim se realiza o sonho *benthamiano*, a massa carcerária não mais como problema social e da (desigual) organização social, mas como sucesso de uma gestão de política criminal orientada em metas de aprisionamento e formação de um exército de força de trabalho.

43 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*. ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 16.

44 POMPEU, Gina Marcílio Vidal; FERREIRA, Carlos Lelio Lauria. A privatização dos Presídios e a ideia neoliberal de criação de um Estado Mínimo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 162-177, 2018.

45 CHRISTIE, Nils. *Limites del Dolor*. Ciudad de Mexico: FCE, 1984.

46 EISEN, Lauren-Brooke. *Inside private prisons: na american dilemma in the age of mass incarceration*. New York: Columbia University Press, 2019.

47 MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: a origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Chega-se, então, ao ponto central do presente trabalho, voltando a Marx, que escreve “o que diferencia as épocas econômicas não é ‘o que’ é produzido, mas ‘como’, ‘com que meios de trabalho’. Estes não apenas fornecem uma medida do grau de desenvolvimento da força de trabalho mas também indicam as condições sociais na quais se trabalha”⁴⁸, da mesma forma que esse fragmento servia para se referir ao trabalho escravo, se refere ao que Harvey tem chamado de trabalho precário a dar origem a servidão por dívida do neoliberalismo, e também permite aludir ao objeto principal desse trabalho que é a tomada de força de trabalho carcerária por meio de acordos público-privados, como ocorre a exemplo no Estado de Santa Catarina⁴⁹.

Constituindo-se em política pública penitenciária, a dinâmica de tomada de trabalho prisional como meio de torná-la rentável, agregando o interesse privado; e, de certa forma, arrogando-se o discurso ressocializador, como finalidade meramente declarada de reformismo⁵¹, para encobrir as políticas de exploração, precarização do trabalho, superexploração e produção de lucro (reprodução ampliada do capital).

Nessa linha, ainda que o trabalho escravo não seja conceitualmente classe trabalhadora em uma perspectiva *marxiana*, da mesma forma, a mão de obra prisional, pela inexistência de relação laboral parece que seria caso semelhante, além de ambos terem perdido a liberdade de decisão de contratação⁵², parece, para efeito dessa análise e reflexão, que a questão central para a macroestrutura capitalista é “produzir não só um valor de uso, mas uma mercadoria; não só um valor de uso, mas valor, e não só valor, mas também mais-valor”⁵³, ou seja, a questão não é retomar o ideário da reabilitação por meio da tomada de trabalho prisional, mas sim permitir um processo de intensificação de acumulação capitalista, por meio de extração de mais-valia. Processo que se apresenta facilitado por diversas razões:

1. o trabalhador encarcerado não se constitui em classe trabalhadora, portanto não faz jus às garantias trabalhistas e todos os custos que advêm dessa condição⁵⁴, que ainda interferem no valor do produto final, permitindo, em termos de mercado, disponibilizar uma mercadoria com preço mais competitivo⁵⁵;

2. o trabalho prisional não tem problemas em relação à organização dos trabalhadores e aos “problemas” que isso eventualmente podem ocasionar, como greves, paralisações, exigências de salário, afinal de contas, não recebem propriamente salário, tampouco se constituem em classe trabalhadora; além do fato da organização prisional e sua estrutura de controle inviabilizar toda e qualquer forma de insubordinação;

3. não se enfrenta da mesma forma empecilhos a produção tais como falta ao trabalho, licença por doença, atrasos na jornada de trabalho; ou como diria o próprio Marx:

[...] no lugar do chicote do feitor de escravos, surge o manual de punições do supervisor fabril. Todas

48 MARX, Karl. *O capital*: livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 257.

49 Lei Complementar estadual (SC) 529, de 17 de janeiro de 2011 que regulamenta regime interno dos estabelecimentos prisionais.

50 Em nível Nacional, o programa ganhou a denominação de Programa Nacional de Trabalho no Âmbito Prisional, com regras gerais definidas pelo Decreto 9450/2018 decretado pela então presidente do STF Cármen Lucia Antunes Rocha na atribuição temporária de Presidente da República.

51 LEAL, Jackson Silva. As práticas de juridicidade alternativa na América Latina: entre o reformismo e o impulso desestruturador a partir de Stanley Cohen. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 648-666, 2018.

52 Ressalvando que o escravo não tem liberdade nem reconhecida a sua condição de sujeito de direito, diferentemente (em parte) do apenado, que perde a sua liberdade de ir e vir, mas que conserva ao menos formalmente sua condição de sujeito de direito, cada vez mais precarizada e violada, da mesma forma que sua suposta e formal liberdade de aderir a um contrato/parceria de prestação de trabalho para empresas conveniadas com o poder público.

53 MARX, Karl. *O capital*. Livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 263.

54 Artigo 51 da LC 529; Art. 51. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa, produtiva e de reintegração social. [...] § 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

55 Fragmento de entrevista concedida pelo Secretário de Justiça e Cidadania do Estado de Santa Catarina acerca do projeto “Por outro lado, as empresas conveniadas ficam dispensadas do pagamento de 13º salário, FGTS, INSS, aviso prévio, bem como alguns impostos e outros benefícios trabalhistas. Como contrapartida, investem na estrutura das oficinas de trabalho dentro das unidades prisionais e essas benfeitorias poderão ficar na unidade prisional se ocorrer rescisão do contrato de trabalho” Fonte: <http://www.sjc.sc.gov.br/index.php/noticias/todas-as-noticias/8715-ressocializacao-em-santa-catarina-31-da-populacao-carceraria-trabalha-dentro-das-unidades-prisionais>.

as punições se converteram naturalmente em multas pecuniárias e descontos de salário, e a sagacidade legislativa desses Licurgos fabris faz com que a transgressão de suas leis lhes resulte, sempre que possível, mais lucrativa do que sua observância⁵⁶.

Na tomada de trabalho neoliberal, se substitui o supervisor fabril pela administração e pelo agente penitenciário, remunerado pelo Estado e punido pelo Estado;

4. se produz um processo extremamente descarado de desvalorização do trabalho em termos de valor, juntamente à precarização de condições de trabalho;

5. apresenta-se, novamente, como no século XIX, em um ótimo mecanismo de regulação do valor da mão-de-obra no mercado externo, rebaixamento de salários, afinal de contas, porque que razão ou elevado senso de prodigalidade um empresário neoliberal arcaria com os custos de um empregado, podendo tomar a força de trabalho prisional com todas as suas economias financeiras e operacionais?

6. além do fato da tomada de mão-de-obra barata e obediente, e controlada pela administração prisional, tem-se a economia com parcela dos meios de produção, como o local (imóvel) e a manutenção deste (energia elétrica p.ex.) que ficam a cargo do Estado, já que, dentro da unidade prisional; fazendo o negócio dupla ou multiplamente vantajoso para o capitalista/empreendedor, uma vez que economiza tanto com o valor dos salários, quanto com o capital constante (meios de produção); ocasionando um contrato altamente rentável e meio de acumulação.

A partir desses elementos, se permite associar a tomada de trabalho prisional, a respeito do neoliberalismo — que se entende como *new slavery*⁵⁷ —, ao uso que se fez da força de trabalho escrava na acumulação primitiva como condição para surgimento e maturação do capitalismo enquanto modo de produção social. No neoliberalismo se apresenta como resultado um processo de acumulação que pensa não ter limites, assim prescinde da clássica ideia de classe trabalhadora.

Nessa linha, entende-se que, por meio do uso da mão-de-obra prisional, está-se operando um processo público-privado de produção de mais-valia absoluta e relativa conjuntamente, o que, em meio a uma política de encarceramento em massa, permite fonte inesgotável de enriquecimento às custas de sangue e suor de homens não livres explorados em troca da vã esperança da antecipação da liberdade (a promessa de remissão da pena).

De maneira conceitual e desde uma definição *marxiana*, pode-se delimitar a mais-valia absoluta⁵⁸ como a produção de mais-valor mediante a extração de valor da força de trabalho com a extensão do período de trabalho (jornada), além do necessário para remunerar a própria força de trabalho e o capital investido (meios de produção). Ainda que o valor da força-de-trabalho seja o necessário para a sua própria reprodução enquanto força de trabalho. Mas isso em condições de trabalho livre e mercado capitalista com proletariado organizado.

No caso do uso e tomada de trabalho prisional, verifica-se um rebaixamento do valor da força de trabalho, uma vez que é absolutamente supérflua a sua manutenção, e também a própria remuneração dos meios de produção são desnecessários, tendo em vista que se apresentam como privilégio ofertado pelo Estructura estatal em forma de prisão-fábrica neoliberal.

No que diz respeito a mais-valia relativa, esta se dá como a extração de mais-valor dentro da mesma jornada de trabalho, aumentando-se a produtividade, e aí se faz fundamental o ingresso das revoluções tecnológicas proporcionando os meios para ampliação da produtividade e eficiência produtivo da força de trabalho.

Será que existe *locus* de produção mais propício para extrair da força de trabalho maior eficiência do que dentro de uma instituição prisional vigiada permanentemente, e na qual a ineficiência ou qualquer outra

56 MARX, Karl. *O capital*: livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 496.

57 ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação*: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017.

58 MARX, Karl. *O capital*: livro 1: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2017.

falta é apenada com regressão de regime ou qualquer outra forma de repressão penal/administrativa? Ou, ainda, se existe melhor negócio/empreendimento mais seguro do que a garantido/proporcionado tanto em eficiência, quanto em estrutura pelo próprio Estado?

Por fim, se o trabalho livre, com toda a sua regulamentação tanto normativa quanto institucional (realizado pelas organizações fiscalizadoras das condições de trabalho) se apresenta como a história da exploração e é marcada pela incapacidade de controle dos desmandos da classe e interesses capitalistas, assim como da própria lógica sociometabólica do capital; toda essa intencionalidade voltada para o cárcere e é dirigida aos sujeitos que foram relegados e esquecidos pela sociedade de bem extramuros, constituídos como inimigos e mercadologicamente desnecessários.

5 Considerações finais

A título de conclusão parcial, na medida em que se constitui em reflexão e análise teórica, carecendo ainda de sua etapa empírica, propõe-se apontar elementos para uma compreensão da economia política da pena desde o contexto do uso da pena e do trabalho no neoliberalismo do encarceramento em massa como mecânica de produção de força de trabalho não livre.

Nesse sentido se resgataram alguns conceitos, inclusive a própria ideia de força de trabalho e trabalhador, no sentido de relativizar a clássica e marxiana definição de trabalho desde a condição de trabalho livre para ser vendido no mercado capitalista. Relativizando-se desde a importância que teve historicamente o uso da força de trabalho não livre para a construção e amadurecimento capitalista com o uso do trabalho escravo, e, no momento contemporâneo, com o caso do trabalho prisional, que é um projeto fundamental para a ampliação e aprofundamento da acumulação, ao mesmo tempo que serve também como estratégia de desregulação e controle em relação ao trabalho externo em uma era de perda de direitos e flexibilização pró-mercado.

Assim, no caso da tomada de trabalho prisional, nos moldes neoliberais, o que se pode verificar é que se constitui na extração de mais-valia absoluta e relativa, transformando o encarceramento em um verdadeiro empreendimento que provê ao capitalismo neoliberal de ampla e quase inesgotável fonte de força de trabalho, recursos e acumulação.

Também o resgate da escravidão e do colonialismo no sentido de retomar esse elemento fundamental, presente na origem do capitalismo central, mas sem dúvida a estrutura de acumulação e dominação que alavancou o capitalismo colonial como o caso brasileiro e latino-americano em geral; então, num sentido que oferecer elementos de Teoria Marxista *decolonial*, a fim de apontar elementos para contribuir com a compreensão da realidade própria da América Latina e brasileira e sua historicidade peculiar de desenvolvimento das relações socioeconômicas.

Também desvelar que o Estado se coloca ao lado, como asseverava Pashukanis⁵⁹, da elite capitalista; se apresentando como um comitê dos interesses da dinâmica sociometabólica do capital, ou utilizando a dicção da moda, do empreendedorismo bem-intencionado dos homens de bem neoliberais.

Ou, parafraseando Marx, se o trabalhador, que já vendia sua própria força de trabalho formalmente livre, e se tornava mercador de escravos, vendendo sua mulher e filhos; no neoliberalismo, o Estado vende seus presos! Mediante venda/arrendamento de força de trabalho prisional não livre.

59 PASHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.

Referências

- ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- ANDRADE, Vera Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHRISTIE, Nils. *Limites del dolor*. Ciudad de Mexico: FCE, 1984.
- COHEN, Stanley. *Visiones del control social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: PPU, 1988.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DEL OLMO, Rosa. *Ruptura criminológica*. Caracas: Universidade Central de Venezuela, 1979.
- DUMÉNIL, Gerard; LÉVY, Dominique. *A crise do neoliberalismo*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- DUSSEL, Enrique. *Método para uma filosofia da libertação*. São Paulo: Loyola, 1986.
- EISEN, Lauren-Brooke. *Inside private prisons: an american dilemma in the age of Mass incarceration*. New York: Columbia University Press, 2019.
- EVERS, Tilman. *El Estado en la periferia capitalista*. Ciudad de Mexico: Siglo XXI editores, 1979.
- FANON, Frantz. *Los condenados de la tierra*. Ciudad de Mexico: FCE, 1983.
- HARVEY, David. *A loucura da razão econômica: Marx e o capital no século XXI*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- _____. *O Neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- LEAL, Jackson Silva. *Criminologia da libertação: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- LEAL, Jackson Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Política judiciária brasileira: da produção de cidadania à cooptação sistêmica. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 1-17, 2012.
- LEAL, Jackson Silva. As práticas de juridicidade alternativa na América Latina: entre o reformismo e o impulso desestruturador a partir de Stanley Cohen. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 648-666, 2018.
- LEAL, Jackson Silva; et all. *Criminologia e neoliberalismo: gênero, religião e punitivismo nas reformas legislativas brasileiras*. Belo Horizonte: Letramento, 2019.
- LOSURDO, Domenico. *O Marxismo ocidental: como nasceu, como morreu, como pode renascer*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- MARX, Karl. *O capital: livro 1: o processo de produção do capital*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: a origem do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- _____. *Controlar el delito, controlar la sociedad: teorías y debates sobre la cuestión criminal, del siglo XVIII al XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2018.

- MÉSZÁROS, István. *Para além do capital: rumo a uma teoria da transição*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- NASH, Silvio Cuneo. *El encarcelamiento masivo: la imposición de los modelos hegemónicos: de Estados Unidos a América Latina*. Buenos Aires: Didot, 2017.
- PASHUKANIS, Evguiéni. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- PIZA DUARTE, Evandro Charles. *Criminologia & Racismo: introdução à criminologia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.
- POMPEU, Gina Marcílio Vidal; FERREIRA, Carlos Lelio Lauria. A privatização dos presídios e a ideia neoliberal de criação de um estado mínimo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 162-177, 2018.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología: contribucion a una teoria social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1997.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**La constitucionalización del
derecho a defensa jurídica de las
víctimas en Chile**

**The constitutionalization of the
right to legal defense of victims
in Chile**

Marcela Peredo Rojas

La constitucionalización del derecho a defensa jurídica de las víctimas en Chile *

The constitutionalization of the right to legal defense of victims in Chile

Marcela Peredo Rojas**

Resumen

Este artículo analiza la constitucionalización de la víctima y su derecho a defensa jurídica, ello porque tras cada delito existe una vulneración a un derecho fundamental que debe ser protegido por un órgano del Estado especializado, dicho órgano debe ser regulado por una ley, pero la situación chilena es que esa ley se encuentra archivada en el Congreso Nacional. Respecto a lo anterior, se determina que existe una omisión del legislador que es inconstitucional. En esta presente investigación se establecen tres propuestas de mejora basadas en el caso español para la creación de un estatuto jurídico de las víctimas en Chile. Una metodología investigativa aplicada y comparada, que permite pesquisar los problemas actuales de las víctimas en nuestra legislación. Ello implica como resultado, que se presentan propuestas de políticas públicas a partir del modelo constitucional español al que Chile tributa. Y, considerando los actuales proyectos archivados y, específicamente se establece una guía para futuros proyectos legislativos que regulen constitucionalmente los derechos de las víctimas. Proponiendo la ampliación del concepto de víctima, el derecho a defensa jurídico gratuito y universal para aquellas, y un estatuto legal completo que aborde este problema de falta de regulación jurídica actual en nuestro país que vulnera el debido proceso. En conclusión, Chile necesita un estatuto jurídico de las víctimas para todos los delitos que sea conforme al ordenamiento constitucional y a la normativa internacional de Derechos Humanos que versen sobre la materia, estableciendo que detrás de cada víctima existe una violación a un derecho fundamental.

Palabras claves: Constitucionalización. Víctimas. Defensa jurídica.

Abstract

This article analyzes the constitutionalization of the victim and his right to legal defense, because after every crime there is a violation of a fundamental right that must be protected by a specialized State organ, said organ must be regulated by law, but the situation Chilean is that this law is filed in the National Congress. Regarding the above, it is determined that there is an omission of the legislator that is unconstitutional. In this research, three improvement proposals based on the Spanish case for the creation of a legal statute for victims in Chile are established. An applied and comparative investigative methodology, which allows investigating the current problems

* Recibido em 00/00/2020
Aprovado em 00/00/2020

Este artículo es producto del Fondo interno de investigación n° 147-2018 UA.

** Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Talca); Magíster en Derecho Público mención Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica de Chile). Magíster en investigación jurídica y Doctora en Derecho (Universidad de los Andes). Académica de investigación de la Universidad Autónoma de Chile.
Email: marcela.peredo@uautonoma.cl

of victims in our legislation. As a result, this implies that public policy proposals are presented based on the Spanish constitutional model to which Chile pays tribute. And, considering the current archived projects and, specifically, a guide is established for future legislative projects that constitutionally regulate the rights of victims. Proposing the expansion of the concept of victim, the right to free and universal legal defense for those, and a complete legal statute that addresses this problem of lack of current legal regulation in our country that violates due process. In conclusion, Chile needs a legal statute for victims for all crimes that is in accordance with the constitutional order and international human rights regulations that deal with the matter, establishing that behind each victim there is a violation of a fundamental right.

Keywords: Constitutionalization. Victims. Legal defense.

1 Introducción

La Constitucionalización¹ del Derecho implica reconocer que ha ocurrido un cambio en la naturaleza y prelación de las fuentes de preceptos jurídicos, en el contenido y las finalidades de las asignaturas del sistema legal entero, tanto positivo como no positivizado. Implica, además, admitir que dicho cambio se ha producido por la influencia en esas fuentes de los principios, normas y técnicas del Derecho Constitucional, es decir, de la disciplina más categórica y elevadamente humanista del ordenamiento preceptivo, sea el de cada Estado Democrático o del Orden Internacional². Dicho fenómeno abarca también la constitucionalización del derecho penal³, que permea el concepto de víctima, pues es posible advertir que amplía el sentido del ofendido por un delito en el sentido que, tras la lesión de un bien jurídico, existe una vulneración a un derecho fundamental, por ejemplo, homicidio, supone vulneración del derecho a la vida, robo supone vulneración al derecho de propiedad, etc.

Así en nuestro ordenamiento jurídico se produjo la constitucionalización del derecho de defensa jurídica gratuita de la víctima a partir de la ley N° 20.516 de reforma constitucional. Dicha reforma obliga al legislador a regular el derecho a defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas. Esa ley de reforma constitucional añade al derecho de defensa jurídica contenido en el texto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República que regula la igual protección en el ejercicio de los derechos o debido proceso que **[L]a ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes**⁴.

Por ende, se ha producido la constitucionalización del derecho de defensa jurídica de las víctimas. No obstante, la ley que debía regular esta situación se encuentra archivada en el Congreso Nacional. Por ello, se ha producido el vicio de omisión legislativa inconstitucional, que se resolverá mediante una propuesta que incorpora la regulación constitucional y legislativa de España como modelo de derecho constitucional comparado.

¹ Véase al respecto UXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Alberto Carvalho. A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 6, n. 2, p. 116-131, 2016; 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.333-349, 2019; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Processo eleitoral e políticas públicas: influências recíprocas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 273-301, 2015 y DA VEIGA DIAZ, Felipe; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda de políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 91-104, 2013.

² CEA, Jose Luis: La Constitucionalización del Derecho. *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, n. 59, p. 11-22, 1996.

³ Favoreau, Louis: La Constitucionalización del Derecho. *Revista de Derecho*, Valdivia, v.12, p. 31- 43, 2001.

⁴ El destacado es nuestro.

Para este efecto, este artículo se subdividirá en cuatro apartados. El primero trata sobre la constitucionalización de la víctima. El segundo, se refiere a un breve análisis de la constitucionalización de la víctima en Chile desde la perspectiva del proceso penal chileno, el tercero trata sobre la omisión inconstitucional legislativa sobre el mandato constitucional de defensa jurídica de las víctimas en Chile y, por último, se abordarán tres propuestas de mejoras basadas en el caso español para la creación del estatuto de las víctimas en Chile.

Esta investigación aplicada y comparada, establece como problemática esencial la falta de regulación constitucional del derecho a defensa jurídica de las víctimas en Chile, existiendo vulneraciones a los derechos fundamentales para todas las víctimas de delitos y una omisión legislativa inconstitucional, identificando al realizar la investigación comparada con la legislación española, que posee un estatuto jurídico de las víctimas, el cual, su representación y defensa jurídica es gratuita para todos los afectados de un delito.

El resultado de esta investigación es establecer tres propuestas, la primera la modificación del concepto de las víctimas; la segunda el derecho a defensa jurídica gratuita y universal y por último una ley sobre el estatuto de la víctima que posee la regulación integral y coordinada de todos los organismos del Estado.

2 La constitucionalización de la víctima

“[E]n la actualidad el derecho penal se entiende –que- debe estar perfectamente constitucionalizado, es decir, que las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales y obviamente, las que tienen que ver de forma expresa con el derecho penal, entran a jugar como parámetro de evaluación crítica de las normas penales, al mismo tiempo que se constituyen en criterios para su interpretación y aplicación. Este fenómeno de vinculación necesaria entre el derecho penal y la constitución, que ha llevado a importantes autores como WINFRIED HASSEMER a sostener por ejemplo que el derecho penal se debe entender como derecho constitucional aplicado”⁵. A mayor abundamiento, en nuestro ordenamiento jurídico, se afirma que “la Constitucionalización del Derecho es el reconocimiento práctico de la supremacía de la Carta Fundamental, formulado a través del Derecho Constitucional y realizado, en todas las disciplinas jurídicas, cualquiera sea quien las estudie u opere con ellas.

Tal Constitucionalización se expresa en la difusión de los principios y normas de la Carta Fundamental a todo el sistema jurídico, impregnándolo de los valores de ésta, como son la vida e integridad de la persona, la libertad e igualdad, la paz y justicia, el bien común, la participación, el desarrollo y la solidaridad que, entre otros, son modeladores de aquel proceso jurídico, teleológica y no lógico-positivamente entendido.

2.1 La constitucionalización de la víctima en Iberoamérica

No existe un solo concepto de víctima en el constitucionalismo latinoamericano⁶, ni iberoamericano.

⁵ COTE-BARCO, Gustavo: Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Universitas*, Bogotá, v.57, n. 116, p. 119-151, 2008.

⁶ Véase al respecto JUNIOR, Manuel Rodrigues de Sousa; BONIZZATO, Luigi. A qualidade da educação para a efetivação e consolidação do novo constitucionalismo latino-americano no Equador e na Bolívia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p.459-474, 2019; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p.253-285, 2019; RIBEIRO, Ilana Aló Cardoso; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 113-128, 2019; SILVA, Jamilly Izabela de Brito; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. Povos indígenas e a (ausência de) justiça de transição brasileira: uma análise à luz do constitucionalismo pluralista latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 536-556, 2019; JÚNIOR, Bianor Saraiva Nogueira; FLÓREZ, Deicy Yurley Parra; SANTOS, Ulisses Arjan Cruz dos. A diversidade cultural segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano transformador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 475-491, 2019; OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do Ius constitutionale

Con razón se ha dicho que “en ocasiones la amplitud o no de dicho concepto va íntimamente ligado al ámbito jurídico o social en el que va a ser utilizado, es decir, puede variar según se trate de delimitar su estatus jurídico en el proceso penal; **o bien las personas con derecho a una asistencia efectiva por parte del Estado**; o, finalmente, en el ámbito civil, las personas legitimadas para la obtención de una reparación, restitución o indemnización por los daños y perjuicios causados”⁷.

En ese sentido, la constitucionalización del concepto de víctima se enmarca en el ámbito jurídico de las personas con derecho a una asistencia efectiva por parte del Estado⁸. Y esa asistencia supone la concreción efectiva del derecho a defensa jurídica para el ofendido por la infracción de sus derechos fundamentales. Así, aun cuando la voz “víctima” nos evoca al derecho penal, en el desarrollo del derecho constitucional iberoamericano, y de los derechos humanos, esta visión debe ser replanteada. Ello porque la mayoría de esas cartas de derechos reconocen el derecho a defensa jurídica de la víctima expresamente en su texto constitucional.

Así, la Constitución de Perú, comprende el concepto constitucional de víctima de manera amplia, no la delimita a ciertos delitos específicos, o violentos sino que entiende que es víctima toda aquella persona que ha sufrido algún atentado contra su dignidad e integridad física o psíquica⁹.

En el mismo sentido, la Constitución de la República de El Salvador, entiende el concepto constitucional de víctima desde la perspectiva de aquella persona que ha experimentado una violación a sus derechos fundamentales. Así, establece como mecanismo de protección de dichas personas un deber constitucional de asistencia jurídica de las víctimas a cargo del Procurador General de la República¹⁰ regulado expresamente en la Carta Fundamental de dicho país.

En la Constitución Mexicana dispone que dentro del proceso penal la víctima posee derechos constitucionalmente asegurados, dentro de aquellos se distinguen distintas clases de derechos amparados en el acceso a la justicia y el debido proceso que se presentan como garantías de forma y fondo para la restauración del ofendido por un delito. El estándar mínimo constitucional en la Carta Fundamental Federal Mexicana supone que la víctima tiene derecho a defensa jurídica, reparación psicológica y económica e impugnar resoluciones que afecten sus derechos constitucionalmente asegurados.

Por su parte, la Constitución de la República Federativa de Brasil entrega al legislador federal democrático las “hipótesis y condiciones en que el poder público prestará asistencia a los herederos y dependientes necesitados de las personas víctimas de delito doloso, sin perjuicio de la responsabilidad civil del autor del

commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019; BURCKHART, Thiago Rafael; MELO, Milena Petters. O direito à água nas Constituições da América do Sul: elementos comuns e traços distintivos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 402-418, 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. 333-349, 2019; CARDOSO, João Vitor; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 557-575, 2019; BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019; BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurígenico extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019; PRÉCOMA, Adriele Andrade; FERREIRA, Helene Sivini; PORTANOVA, Rogério Silva. A plurinacionalidade na Bolívia e no Equador: superação dos estados coloniais?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 381-400, 2019; y PULIDO, Carlos Bernal. Criação constitucional sem poder constituinte: os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 55-83, 2019.

⁷ SANZ HERMIDA, Ágata. *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*. Madrid: Iustel, 2009. p. 30. El destacado es nuestro.

⁸ D'ARBO ALVES DE FREITAS, Marisa. Víctima de crime e proceso penal: novas perspectivas. *Revista Publica Direito*. Disponible en: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0332d694daab22e0>. Acceso en: 28 mar. 2020.

⁹ Artículo 2, N° 24: h) “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad”.

¹⁰ Art. 194 - El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y el Procurador General de la República, tendrá las siguientes Funciones: N° 3 - Asistir a las presuntas víctimas de violaciones a los Derechos Humanos.

ilícito”¹¹. Por ende, reconoce el derecho de asistencia jurídica¹², pero en las condiciones que lo determine la ley, dentro de un contexto determinado de delitos que no eximen de responsabilidad civil al autor del daño efectivamente causado. Así, la doctrina brasileña¹³ ha dicho que “[E]n Brasil, se ha propuesto avanzar en el sentido de afirmar que la seguridad es un derecho fundamental para las víctimas”¹⁴, entendiendo que “[N]o se puede permitir que la víctima, además de sufrir daños solo posibles ante la insuficiencia del Estado (ya sea debido a una falla u omisión), apoye un abandono posterior”¹⁵.

En la Constitución española, el artículo 24 reconoce la protección judicial de los derechos¹⁶. De modo que garantiza la tutela efectiva y prohíbe la indefensión. Sin embargo, aquello no obsta para que desde la legislación española exista un estatuto de la víctima del delito¹⁷. Aunque se advierte que “no existe en la legislación española un concepto unitario de víctima, sino que este es utilizado en conjunción con los de ofendido, agraviado y perjudicado, sin hacer ninguna distinción sistemática (...)”¹⁸.

Ante ese vacío conceptual se propone en la doctrina española un concepto de víctima acorde al derecho internacional de los derechos humanos y de la constitucionalización de la víctima. Así, con razón se define como “aquella persona, natural o jurídica, que individual o colectivamente, y de modo directo o indirecto, haya visto dañados o puestos en peligro bienes jurídicos de su titularidad, o haya sufrido de algún modo daños, ya sean lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas, o menoscabos sustanciales en sus derechos fundamentales, por causa de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente o, en su caso, las normas internacionales relativas a los Derechos Humanos”¹⁹.

2.2 La constitucionalización de la víctima desde el derecho internacional de los derechos humanos

Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder adoptada por la Asamblea Ge-

¹¹ Artículo 245 Constitución Política de la República Federativa de Brasil.

¹² Véase SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Alberto Carvalho. A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online). Brasília, v. 6, n. 2, p. 110, 2016.

¹³ Véase al respecto MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019; RIBEIRO, Ilana Aló Cardoso; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 113-128, 2019; SILVA, Jamilly Izabela de Brito; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. Povos indígenas e a (ausência de) justiça de transição brasileira: uma análise à luz do constitucionalismo pluralista latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 536-556, 2019; BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019; DA VEIGA DIAZ, Felipe; CUSTÓDIO, André Viana. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 91-104, jan./jun. 2013; *Brazilian Journal of Public Policy*, v. 3, n. 1, p. 91-104, 2013.

¹⁴ SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da; FILHO, Airton Guilherme Guilherme Berger. Ambiente urbano e segurança pública: contribuições das ciencias sociais para o estudo e a formulação de políticas criminais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 195-208, 2018.

¹⁵ ROSSONI, Waleria Demoner; HERKENHOF, Henrique Geaquinto. Atendimento integral à vítima: a segurança pública como direito fundamental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, 2018. p.352. La traducción es nuestra.

¹⁶ 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

¹⁷ ESPAÑA. *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*. BOE n. 101, de 28 abr. 2015. Disponible em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-4606-consolidado.pdf>.

¹⁸ FERREIRO BAAMONDE, Xulio. *La víctima en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 2005. p. 116 y ss.

¹⁹ FERREIRO BAAMONDE, Xulio. *La víctima en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 2005. p. 125

neral de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985 dispone que se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. Asimismo, amplía el concepto no sólo a quien ha sufrido daños, sino que a sus familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización²⁰.

Por ende, se amplía el concepto de víctima entendiendo que aquella implica a toda persona y su familia que hayan sido afectados en sus derechos fundamentales, son víctimas. De modo que, existe una víctima directa, que es la persona privada de sus derechos y aquella indirecta que implica la familia del agraviado y aquellos que han sufrido daños a consecuencia de auxiliar a aquel.

En consonancia con lo anterior, la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, advierte que es necesario no sólo consagrar un concepto de víctima acorde a los derechos fundamentales, sino que se debe establecer un contenido mínimo de derechos al ofendido por un delito que vulnera sus derechos. En ese sentido, prescribe el derecho de acceso a la justicia y reparación del daño sufrido conforme a la legislación nacional. Y, es que, para hacer efectivo dicho acceso al debido proceso prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial.

Con razón Bernales señala que el:

[...]derecho de acceso a la justicia, es que las víctimas, en su amplio sentido, reciban una reparación integral, la cual va más allá de lo simbólico, pecuniario y moral; implica una reparación que sea capaz de devolver, en la mayor y mejor posible, la dignidad violentada con la vulneración de sus derechos.²¹

Por ende, la dignidad es el cartabón para objetivar el concepto de víctima.

En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos entiende que “[L]a noción de “víctima” bajo derecho internacional refiere a la parte lesionada. De conformidad con reglas generales de la Responsabilidad Internacional de los Estados, la parte lesionada es aquella cuyo derecho individual ha sido denegado o dañado por el acto ilegal internacional o que ha sido de otra manera particularmente afectado por dicho acto. En el área de la protección internacional de derechos humanos, la parte lesionada es el individuo cuyos derechos han sido violados, es decir la parte cuyos derechos han sido conculcados generándosele un daño. A menudo también se le refiere como la “parte agraviada”²².

Desde esa cosmovisión, reconoce la garantía judicial de acceso a la justicia mediante la defensa jurídica que se manifiesta en concreto en el derecho a ser oído²³ y la prohibición de indefensión. El derecho a ser oído “no puede suponer simplemente la posibilidad de argumentar, sino que ha de comprender dos elementos básicos de todo proceso: alegar y probar. Se trata que tanto el acusador como el acusado han de poder aportar al proceso todos los hechos que estimen adecuados al objeto mismo (alegación) y han de poder utilizar todos los medios de prueba legales, pertinentes y útiles para probar los hechos por ellos afirmados.

Junto a lo anterior el contenido esencial se refiere también a que las partes han de conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial:

²⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder*. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>

²¹ Bernales Rojas, Gerardo. *Acceso a la justicia y debido proceso*. Curitiba: Editorial Jarúa, 2019. p. 316.

²² FERIA TINTA, Mónica. La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento. *Revista IIDH*, v. 43, p. 159- 203, 2006.

²³ Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

1. De hecho: Cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hecho afirmados por la contraria y de poder alegar en contra de ellos (...)
2. De derecho: Así como los hechos en el juicio oral han de ser afirmados por las partes, los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial puedan haber sido aducidos por éstas puedan haber sido aducidos por las partes o pueden proceder de la aplicación del principio **iura novit curia**, pero en los dos casos las partes han de tener la posibilidad de aducir en torno a los mismos.²⁴

Por ende, la víctima o parte agraviada posee un derecho a defensa jurídica que se concreta en dos aspectos que le entregan contenido. El primer aspecto, en sentido positivo se refiere al derecho a ser oído, explicado precedentemente. El segundo aspecto, en sentido negativo es la prohibición de indefensión que parafraseando a Montero Aroca posee tres elementos;

1. infracción a la norma procedimental impuesta por el legislador
2. infracción al contenido constitucional del derecho
3. infracción de la ley penal²⁵.

A nuestro juicio, estos elementos pueden actuar de manera conjunta o separada, porque su vulneración supone una infracción a la prohibición de indefensión como elemento del derecho a defensa jurídica.

Por su parte, el concepto de víctima para la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma, define a las víctimas como:

“[P]ara los fines del Estatuto y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas:

- Por “víctimas” se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte;
- Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

La regla no va más allá al definir cuáles son las características que deben revestir el daño sufrido o si la persona debe ser afectada directa o indirectamente. De esta redacción podemos decir que, en principio, cualquier persona que ha sufrido un daño como consecuencia de la comisión del crimen de genocidio, crimen de lesa humanidad o crimen de guerra de acuerdo a la definición contenida en el Estatuto, y si éste cae bajo la jurisdicción de la Corte por competencia **ratione personae o loci y ratione temporis**, puede potencialmente ser reconocida como víctima ante la Corte si demuestra ante ella que el daño sufrido es producto de dichas conductas.

Los derechos de las víctimas pueden ser agrupados en tres grandes categorías: (1) El derecho a la participación, (2) el derecho a la protección y (3) el derecho a solicitar reparación. De estos derechos que podemos llamar “principales” a su vez se derivan derechos “accesorios” como se explica a continuación.

Sin embargo, como mencionamos anteriormente, estos derechos no son absolutos, ya que en aras de mantener un juicio justo e imparcial en el que se respeten los derechos y garantías judiciales del acusado se otorgó la facultad a la Corte, para decidir la mejor forma en que estos podrán ser ejercidos, a saber: de una manera que no redunde en el detrimento de un juicio justo e imparcial. Es decir, el ejercicio de los derechos se encuentra aún condicionado a las decisiones de los jueces quienes en cada caso tendrán la función de velar, por un lado, por el respeto de un juicio justo y por el otro, por el ejercicio de los derechos de las víctimas²⁶.

²⁴ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1997. p. 141 -142.

²⁵ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1997. p. 142 y ss.

²⁶ VEGA GONZÁLEZ, Paulina: El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 3, n. 5, p. 18-41, 2006.

3 La constitucionalización de la víctima en Chile desde la perspectiva del proceso penal chileno

3.1 Sobre el concepto de víctima y su problemática actual

Nuestra Carta Fundamental chilena posee dos menciones expresas a la víctima, y no trata de manera unívoca el concepto. Baste recordar que, en el caso chileno, en el año 1997 se regula vía reforma constitucional el Ministerio Público, incorporando aquel órgano con la obligación constitucional de adoptar las medidas para proteger a las víctimas y a los testigos²⁷. Y, además de modo indistinto, utiliza la expresión “ofendido por el delito²⁸” para mandar al legislador penal y procesal penal el ejercicio de la acción respectiva.

Esta situación es compleja, pues presenta la problemática aun no resuelta de que nuestro sistema procesal penal funciona en términos del binomio Estado **ius puniendi** versus imputado. Es decir, Ministerio Público e imputado, la víctima queda relegada a la protección que haga el Ministerio Público y otras entidades estatales de sus derechos salvo que ejerza acción penal como querellante y/o acción civil por el hecho punible o pueda llegar a un acuerdo reparatorio. La postergación de la víctima se produce por una falta de aplicación de la norma constitucional que le otorga el derecho a defensa jurídica gratuita en los casos que señala la ley que no ha sido dictada y que constituye una omisión inconstitucional del legislador²⁹.

En ese orden de ideas, y tal como se verá más adelante, esa omisión legislativa se advirtió al dictar la reforma constitucional que consagraba este derecho de defensa jurídica de las víctimas. Y es que, aun cuando la ley procesal penal chilena reconozca expresamente ciertos derechos a las víctimas.³⁰

[...]el pleno ejercicio de esos derechos supone que la víctima cuente con la debida asesoría legal y pueda ser representada por un abogado tanto durante la etapa de la investigación como en el juicio mismo. Incluso, el derecho a presentar querrela supone contar con la representación de un abogado.³¹

En definitiva, ante la ausencia de una institución de representación jurídica **única** de los derechos de la víctima, aquella debe procurarse defensa jurídica por sus propios medios³². A nuestro juicio, **“todo lo anterior se traduce en una importante desigualdad en la forma de proteger y asegurar los derechos de la víctima y el imputado en el proceso penal. No debe olvidarse que el Ministerio Público no representa los derechos de la víctima, pues sólo está obligado a brindarle protección, misma obligación que pesa sobre los Jueces de Garantía y la Policía”**.³³

²⁷ Artículo 83 Constitución Política de la República de Chile.

²⁸ Artículo 83 Constitución Política de la República de Chile.

²⁹ Ver apartado 2.2 de este artículo.

³⁰ Artículo 109 - Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querrela;
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad.

³¹ CHILE. *Ley n° 20.516*. Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no puedan procurársela por sí mismas. Diario oficial, 11 de julio de 2011.

³² Situación diametralmente opuesta es la del imputado que cuenta con defensa jurídica gratuita proporcionada por el Estado mediante la Defensoría Penal Pública.

³³ Situación diametralmente opuesta es la del imputado que cuenta con defensa jurídica gratuita proporcionada por el Estado

Dentro de la legislación procesal penal chilena, se distingue a dos actores en el proceso penal, la víctima y el querellante particular. El Código define como víctima “ al ofendido por el delito”³⁴. De modo que aquel es la víctima directa, e incorpora como víctima indirecta “ a) al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos; b) a los ascendientes; c) al conviviente; d) a los hermanos, y e) al adoptado o adoptante”³⁵. En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer sus derechos como tal. Así, para la legitimación activa de la víctima indirecta se establece un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.

Asimismo, se consideran ciertos derechos para las víctimas de delito, excluyendo el concepto constitucional y de derechos humanos de aquellas, y se les faculta para que en el proceso penal puedan: “ a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia; b) Presentar querrela; c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible; d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviere la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada; e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento”³⁶. Por ende, no se establece en la ley el derecho a defensa jurídica gratuita, sólo se permite presentar querrela y ser oído en las condiciones que se indican precedentemente. Sin embargo, poseen el derecho a información, si es que no hubiesen intervenido en el proceso, que es la hipótesis del artículo 110 del mismo Código Procesal Penal.

Por su parte, existe la figura del querellante que no es sinónimo de víctima aun cuando forma parte de su derecho en virtud del principio de acceso a la justicia.

Así, el Código regula quienes pueden interponer querrela³⁷, la oportunidad de su presentación que siempre está condicionada a que el fiscal no cierre la investigación³⁸, los requisitos que aquella debe contener³⁹ su admisibilidad y apelación en caso de ser declarada inadmisibile, la prohibición de querrellarse, el rechazo, abandono y desistimiento de la querrela. Para esos efectos, no existe un solo órgano que pueda ejercer la representación legal de las víctimas.

Por ende, la situación de la constitucionalización del derecho de defensa jurídica gratuita de las víctimas supone revisar el establecimiento de la historia fidedigna de aquel fenómeno en nuestra Constitución.

mediante la Defensoría Penal Pública.

³⁴ Artículo 108 del Código Procesal Penal

³⁵ Artículo 108 del Código Procesal Penal

³⁶ Artículo 109 Código Procesal Penal.

³⁷ La querrela podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario. También se podrá querrellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública. Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes.

³⁸ Artículo 112 - Oportunidad para presentar la querrela. La querrela podrá presentarse en cualquier momento, mientras el fiscal no declare cerrada la investigación. Admitida a tramitación, el juez la remitirá al ministerio público y el querellante podrá hacer uso de los derechos que le confiere el artículo 261.

³⁹ Artículo 113 - Requisitos de la querrela. Toda querrela criminal deberá presentarse por escrito ante el juez de garantía y deberá contener:

- a) La designación del tribunal ante el cual se entablare;
- b) El nombre, apellido, profesión u oficio y domicilio del querellante;
- c) El nombre, apellido, profesión u oficio y residencia del querrellado, o una designación clara de su persona, si el querellante ignorare aquellas circunstancias. Si se ignoraren dichas determinaciones, siempre se podrá deducir querrela para que se proceda a la investigación del delito y al castigo de él o de los culpables;
- d) La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado, si se supieren;
- e) La expresión de las diligencias cuya práctica se solicitare al Ministerio Público, y
- f) La firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiese firmar.

3.2 Sobre los hitos históricos de la constitucionalización del derecho a defensa jurídica de las víctimas en Chile

3.2.1 Sobre el fortalecimiento de la defensa jurídica de las víctimas en la Constitución.

Un grupo de senadores⁴⁰ presentó una moción de reforma constitucional a la debida defensa jurídica de las víctimas de delitos que no puedan procurársela por sí mismas, para esto, debemos establecer que dentro del artículo 19 N°3 inciso 2° y 3° no distingue entre imputado y víctima, entonces podría señalar que si existe por parte del Estado resguardar los derechos de las víctimas de delito, pero lo cierto es que existe una delegación a una norma de rango legal donde solo ha reconocido los derechos del imputado para garantizar por parte del Estado el debido asesoramiento y defensa jurídica cuando carecen de los medios necesarios para proporcionárselos⁴¹.

La moción parlamentaria solicitaba introducir un cambio al artículo 83 de la Constitución Política de la República señalando:

Artículo único. - Agregase al inciso segundo del artículo 83 de la Constitución Política de la República, a continuación del punto aparte (.), que pasa a ser punto seguido (.), la siguiente oración final “Para este efecto, la ley señalará los casos y establecerá la forma en que se otorgará asesoramiento y defensa jurídica a las personas naturales víctimas de delitos que no puedan procurárselos por sí mismas.

El artículo 109 del Código Procesal Penal enumera de manera no taxativa, los derechos de la víctima en el proceso penal. Dentro de ellas podemos establecer, el pleno ejercicio de esos derechos supone que la víctima cuente con la debida asesoría legal y pueda ser representada por un abogado mientras dure la investigación como en el juicio mismo, incluso, el derecho a presentar querrela establecido en el mismo artículo letra b, que supone contar con la representación de un abogado.

Ahora bien, todo lo anteriormente mencionado supone que dentro de nuestra legislación debería existir un órgano para las víctimas de un delito, pero no es así, la víctima requiere contratar un abogado para la debida representación. Existe primeramente una desigualdad, pero sobre todo una vulneración a su derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N°3, donde el inciso segundo establece que toda persona tiene derecho a la defensa jurídica en la forma en que la ley señale, por ende, no se puede hacer distinción frente al imputado y víctima. Segundo, que la persona que no posee los recursos necesarios no tendrá la posibilidad de defenderse por sí mismo en el juicio.

La moción parlamentaria viene a subsanar un vacío legal, pero por sobre todo corregir la situación de desigualdad ante la ley entre víctimas e imputado, asegurando de esta manera también la debida asesoría y defensa jurídica de la víctima en todas las etapas del procedimiento penal. Los autores de esta moción señalan que el proyecto busca terminar con la desigualdad entre víctima e imputado, estableciendo una obligación del Estado consistente en asegurar a las **personas naturales** que sean víctimas de delitos el debido acceso a la representación jurídica si no pueden costearla por sí mismas.

Unos de los antecedentes para establecer esta moción es el acuerdo político en materia de Seguridad Social aprobado por la totalidad de los partidos políticos señalando dentro de él:

- a. El establecer en la Constitución la obligación del Estado consistente a proporcionar la defensoría penal gratuita a las víctimas de delitos que no puedan procurársela por sí mismas.
- b. Segundo, para cumplir con esta obligación, El ejecutivo propondrá la creación de un órgano público responsable de cumplir la tarea encomendada, este órgano será independiente del

⁴⁰ Senadores Andrés Allamand Zavala, Alberto Espina Otero, José García Raminot, Baldo Prokurica Prokurica y Sergio Romero Pizarro.

⁴¹ Código Procesal Penal y Ley Orgánica de la Defensoría Penal Pública.

gobierno y contará con las debidas herramientas legales necesarias para establecer un sistema flexible de asistencia jurídica, que considere tanto organismos públicos como privados.

- c. Los beneficiarios del sistema serán las víctimas de delitos violentos, entre las que identificó este acuerdo político son:
 - c.a Homicidio, parricidio, secuestro, la sustracción de menores, los delitos sexuales, el robo con violencia o intimidación, y las lesiones graves comunes o proferidas en el contexto de una situación de violencia intrafamiliar, es decir, a delitos de mayor reproche social o más graves.

Dentro de las críticas que generó esta iniciativa se encuentra que el fiscal es quien representa los derechos de las víctimas en el nuevo proceso penal, pero esto se desmiente categóricamente al establecer que el Fiscal Nacional ha expresado reiteradamente que esto no es así y la norma legal que rige la materia también lo señala, por cuanto el deber del Ministerio Público y de los fiscales se rige por el llamado principio de objetividad⁴². Lo anterior significa que se debe investigar con igual celo o acuciosidad lo que inculpa a una persona y lo que la absuelve. Por tanto, el Ministerio Público en la praxis regula el interés público y no el interés del particular o querellante.

Si bien dentro de esta discusión legislativa se hace mención a la creación de una defensoría de las víctimas, debemos establecer que solo se señala un principio en sede constitucional, es decir consagrar la defensoría gratuita de las víctimas, siendo así, evidente que esta reforma constitucional solo establece un fundamento para su posterior creación a través de un mensaje presidencial.

Debido a los dichos del Fiscal Nacional repercutió considerablemente al momento de la moción, siendo la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados⁴³ que cambio la norma del capítulo VII denominado Ministerio Público, al capítulo III de los derechos y deberes constitucionales, a través de este cambio de concepción se establece el debido resguardo a las personas naturales víctimas de delitos al igual que garantizar el derecho a asesoría y defensa jurídica gratuitas. Este cambio se genera por la Comisión respectiva, estableciendo en el artículo 19 numeral 3° inciso tercero la siguiente modificación:

La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos, dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Posteriormente se estableció en no crear un órgano propiamente tal, sino que las Corporaciones de Asistencia Judicial serán fortalecidas para esta materia, generando una mayor oportunidad para perfeccionarla y las personas serán atendidas a través de abogados y no estudiantes egresados de la carrera de Derecho.

El ministro Felipe Bulnes en el tercer trámite constitucional, señaló que existen tres fórmulas para aplicar el principio constitucional⁴⁴:

1. La primera opción, es reforzar el Ministerio Público, cuyas responsabilidades están definidas en nuestra Constitución y cuya estructura ya posee una división de Atención a las Víctimas y Testigos.
2. La segunda opción, consiste en crea un fondo para financiar la defensa de las víctimas y un consejo para administrar.
3. La tercera y última opción, consiste en operar a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial, donde ya existen al interior de estas corporaciones veinticuatro centros de atención

⁴² Artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

⁴³ Informe de Comisión de Constitución con fecha 11 de noviembre, 2010. Cuenta en sesión 105. Legislatura 358.

⁴⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley 20.516*. Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas. D. Oficial de 11 de julio, 2011. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/35291/1/HL20516.pdf>. Acceso en: 04 nov. 2019. p. 107.

de víctimas de delitos violentos, dieciocho centros comunes, cinco unidades y un centro especializado en la protección de los derechos del niño.

Las primeras dos propuestas fueron rechazadas de plano, estableciendo que en la primera el principio de objetividad prima y no se puede asumir completamente el interés de la víctima. La segunda fue rechazada porque se supone establecer un nuevo órgano dentro del sistema de justicia penal, el cual podría desordenar el procedimiento.

La tercera opción fue la más aceptada, estableciendo que las unidades son atendidas por abogados títulos y no por egresados de la carrera de Derecho y los resultados han sido completamente favorables, la idea de los centros es aumentar a cuarenta y cinco a nivel nacional, como oferta que reemplazará en el futuro a las Corporaciones de Asistencia Judicial.

Con fecha 17 de mayo del 2011 se tramita oficio de cámara de origen al Ejecutivo N° 726/SEC/11 dado la aprobación del proyecto en el tercer trámite constitucional con la aprobación de 30 senadores cumpliendo el quorum solicitado de dos tercios de senadores en ejercicio, donde se establece la introducción del cambio al numeral 3° del artículo 19 e intercalarse los párrafos siguientes, es decir, el párrafo cuarto pasando los restantes a tener orden correlativo correspondiente.

Finalmente, con fecha 11 de julio del 2011 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.560 de “Reforma Constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas”. De modo que, esa disposición constitucionaliza el derecho a defensa jurídica de las víctimas.

3.2.2 Sobre el proyecto del 2008 como solución orgánica pendiente para el derecho de defensa jurídica de las víctimas: El “Fondo Nacional para la Representación de Víctimas de Delitos”⁴⁵

Previo a la reforma constitucional señalada precedentemente, se presentó un mensaje presidencial respecto a la creación del Fondo Nacional para la Representación de Víctimas de Delitos, este proyecto tiene como objetivo la defensa y representación jurídica de las víctimas de delitos violentos. Para configurar estos delitos violentos el proyecto consideraba los siguientes:

- a. Delitos contra el derecho a la vida como los delitos de homicidio y parricidio.
- b. Delitos contra la integridad física y psíquica de las personas, delitos de lesiones graves y lesiones graves en el contexto de violencia intrafamiliar.
- c. Delitos contra la libertad personal y la seguridad individual como el delito de sustracción de menores.
- d. Delitos que atenta contra la libertad y la indemnidad sexual como los delitos sexuales.
- e. Delitos contra la propiedad como el delito de robo con violencia o intimidación.

Este proyecto establece que la defensa de las víctimas no solo es una mera modificación constitucional, sino que establece contar con instrumentos que aseguren la debida protección jurídica cumpliendo con los principios rectores consagrados en nuestra carta fundamental especialmente en el capítulo III de nuestra Constitución Política de la República. Establece que el organismo tendrá autonomía, flexibilidad en la administración del sistema de asistencia jurídica, establecimiento de beneficiarios que respondan al contexto de un delito configurado en su gravedad por este proyecto y, por último, establece prestadores que serán personas naturales o jurídicas y éstas últimas pueden ser de derecho público o derecho privado, cumpliendo con ser abogados y los requisitos que la ley establecerá.

⁴⁵ Mensaje Presidencial N°76-356.

3.2.2.1 Fondo Nacional para la Representación de las Víctimas de Delitos⁴⁶

Este proyecto establece un Fondo que el Estado proporcionará para la representación judicial de las víctimas de delitos que se encuentren dentro de los delitos configurados por la ley. Este fondo se constituirá a través de:

- a. Recursos que anualmente contempla la ley de presupuestos;
- b. Los recursos que pudieran contemplar las leyes especiales como generales;
- c. Las costas judiciales devengadas a favor de las víctimas que hayan sido representadas judicialmente por el sistema; y
- d. Por las donaciones, herencias o legados que acepte el Ministerio de Justicia.

Todo lo anterior con la finalidad principal de incrementar el fondo correspondiente. Del mismo modo, para la correcta administración y adecuado funcionamiento del Fondo se establece como órgano el Consejo Nacional de Representación de Víctimas también denominado “El Consejo”. Ese órgano se propuso con la finalidad de ser el encargado de velar por el adecuado funcionamiento del Fondo Nacional de Representación de Víctimas de Delitos. Este Consejo Nacional sería un órgano colegiado que tendría como misión principal velar por el correcto funcionamiento del sistema de representación judicial de víctimas de delitos.

Los lineamientos generales para la correcta administración serían propuestos por el Ministerio de Justicia, estos tendrán las bases y la forma de externalización del sistema de representación judicial de víctimas y la adecuada distribución de los fondos correspondientes.

El Consejo estaría integrado por cinco miembros, la forma de elección era el siguiente:

- a. Uno será nombrado por el Presidente de la República y lo presidirá;
- b. Un representante del Poder Judicial designado por la Corte Suprema;
- c. Un representante del Ministerio Público designado por el Fiscal Nacional;
- d. Dos académicos con más de cinco años de docencia universitaria en las áreas del Derecho Procesal Penal o Penal, designados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado por Simple mayoría.

Las funciones que debería cumplir el consejo:

- a. Revisar la aplicación de los criterios generales de procedencia de los casos efectuada por la Secretaría Técnica;
- b. Fijar estándares generales de calidad que deben cumplir los prestadores del servicio de representación judicial de víctimas;
- c. Fiscalizar el trabajo que en virtud del mandato legal que realice la Secretaría Técnica; y
- d. Fijar los estándares de evaluación crítica y seguimiento de la situación de las víctimas en el proceso penal.

El Consejo Nacional constaría con una Secretaría Técnica, la cual, radicará en el Ministerio de Justicia.

3.2.2.2 Secretaría Técnica del Consejo Nacional para la Representación de las Víctimas de Delitos

- a. La Secretaría Técnica tendría como funciones:
- b. Brindar información a la víctima de delitos;
- c. Determinar la procedencia de la designación de un abogado para la representación natural víctima de los delitos señalados en este proyecto;
- d. Aplicar criterios generales de procedencias de los casos conforme a las directrices impartidas por el Consejo Nacional; y
- e. Encargada de resolver las solicitudes de abogado querellante que efectúen las víctimas.

⁴⁶ En adelante, el Fondo.

Por otra parte, la Secretaría Técnica debería solicitar y recabar información y antecedentes de los intervinientes en el sistema para el cumplimiento de sus funciones; supervisar y controlar el funcionamiento de las personas naturales y jurídicas que brinden representación judicial a víctimas de conformidad a este proyecto; realizar estudios que den cuenta de la calidad de la atención a las víctimas en el sistema procesal penal y el grado de satisfacción de estas; encargar los estudios que requiera para una adecuada realización de sus funciones; registrar toda la información relativa al funcionamiento del fondo que por esta ley se crea y llevar las estadísticas del Consejo Nacional de Víctimas. Para llevar a cabo estas distintas funciones, la Secretaría Técnica contaba con un Secretario Ejecutivo designado por el Consejo Nacional.

3.2.2.3 Eventuales beneficiarios del Fondo

Para poseer la representación judicial que ofrecía el sistema, se requería cumplir con determinados requisitos:

- a. En primer lugar, deberán tratarse de personas naturales, de acuerdo, al artículo 108 del Código Procesal Penal deben revestir el carácter de víctima de un delito;
- b. En segundo lugar, se exige que, respecto al delito, la gravedad de él forme parte del catálogo determinado por la ley.
- c. Por último, se requiere la aprobación de la Secretaría Técnica, luego de establecer la procedencia conforme a la evaluación de las siguientes condiciones:
 - c.a Gravedad del caso concreto
 - c.b Vulnerabilidad particular de la víctima;
 - c.c Dificultad y obstáculos experimentados por la víctima en el sistema;
 - c.d Efecto reparador de la participación de la víctima en el proceso;
 - c.e Discrepancias fundadas con las decisiones del fiscal a cargo del caso, y
 - c.f Experiencias anteriores similares registrados por la Secretaría Técnica.

3.2.2.4 Prestadores de servicios para el Fondo

Correspondía a personas naturales o jurídicas a quienes se les destinará el Fondo en lo necesario para prestar servicios de representación judicial, representación que se realizará a las víctimas que determine la Secretaría Técnica.

Las personas naturales que sean prestadores deberán contar con el título de abogado y cumplir con los demás requisitos para el ejercicio profesional.

Las personas jurídicas podrán poseer la calidad jurídica de persona privada de derecho público o derecho privado, con o sin fines de lucro, cumpliendo con el requisito excluyente de poseer abogados habilitados para el ejercicio profesional, En ambos casos, deberán cumplir con los requisitos técnicos y los estándares de calidad que serán fijados por el Consejo Nacional de Víctimas en uso de sus atribuciones.

3.2.2.5 Resoluciones y archivo del proyecto sobre el Fondo

- a. Oficio N° 12.606

Con fecha 14 de junio del 2014, se informa a vuestra excelentísima que los acuerdos celebrados por la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados dentro de ellos el que crea el Fondo para la Representación de Víctimas de Delito, correspondiente al Boletín N°5839-07 (Mensaje N°76-356), se encuentra en estado archivado.

- b. Oficio N° 12.635

Con fecha 21 de junio del 2016, se solicita al igual que el anterior oficio, poner énfasis en los acuerdos celebrados por la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara respectiva debido a que se encuentra en estado archivado.

c. Propuesta de Resolución N° 752

Con fecha 09 de noviembre del 2016, los diputados Verdugo, Paulsen, García, Berger, Pérez y Becker.

Los antecedentes de esta propuesta se establecen debido a la reforma constitucional de la ley N° 20.516 donde se establece el deber estatal de otorgar asesoría jurídica a las personas naturales víctimas de delitos.

De acuerdo a lo anterior, debe cumplirse el mandato constitucional no cumplido hasta la fecha, estimándose que la Unidad de Atención de Víctimas del Ministerio Público, y la Corporación de Asistencia Judicial, no cumplirán dicha satisfacción. Existe la necesidad imperiosa de crear un organismo autónomo y descentralizado, un verosímil a la Defensoría Penal Pública, pero está asume la tarea de asesoría y defensa letrada de las víctimas, pero esta resolución define que la víctima debe poseer la calidad de escasos recursos. Por tanto, se solicita al ejecutivo establecer la viabilidad de establecer un organismo igual a la Defensoría Penal Pública, pero esté organismo con la finalidad de la víctima para que cuente con la debida asesoría y defensa jurídica que no sea posible acceder por falta de recurso contratar a un abogado de manera particular, y así cumplir con el mandato constitucional.

d. Resolución N° 752

Con fecha 20 de diciembre la cámara presenta la resolución N° 752, donde establece los mismos hechos que la propuesta de resolución y la misma petición a vuestra excelentísima presidencia.

Debido a lo anterior, debemos establecer que el proyecto legislativo del año 2008 se encuentra en estado archivado, incumpliendo con la norma imperativa que exige la representación judicial de las víctimas, ley N°20.516. Hasta la fecha no existen indicación alguna sobre este proyecto y existe una omisión legislativa inconstitucional.

4 Omisión inconstitucional legislativa sobre el mandato constitucional de defensa jurídica de las víctimas en Chile

4.1 Sobre el mandato constitucional al legislador chileno

La Constitución aún vigente encarga al legislador en los siguientes términos la defensa jurídica gratuita de las víctimas:

[L]a ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.⁴⁷

Y dado que el proyecto de ley que regula esta situación se encuentra archivado. Se configura una omisión inconstitucional absoluta que infringe el derecho fundamental asegurado en el artículo 19 n°26 de la Carta Fundamental Chilena en el entendido que los derechos son regulados por ley, y que dicha ley no se ha dictado. Así, las omisiones inconstitucionales son:

[...]absolutas en tanto que falta cualquier disposición de desarrollo legislativo del precepto constitucional y relativas cuando la actuación del legislador ha sido parcial al emanar una ley que disciplina sólo algunas relaciones y no otras aun tratándose de supuestos análogos, con consiguiente lesión del principio de igualdad. Aun cuando éste es el supuesto típico –violación del principio de igualdad a causa de una omisión inconstitucional– en general se habla de omisiones relativas para referirse a los casos en que la regulación dada por el legislador es incompleta, defectuosa o no idónea para cubrir los hipotéticos supuestos que barca la norma. El sentido práctico de la distinción no está en el mero afán clasificatorio sino en sus efectos a la hora del ejercicio de un control jurisdiccional: siempre según Wessel, la omisión

⁴⁷ Artículo 19 n°3 inciso tercero.

absoluta provoca la imposibilidad de cualquier intervención represiva, no sucediendo así en los supuestos de omisión relativa donde se abren espacios para la actualización del intérprete de la norma incompleta o defectuosa. Aunque generalizada esta distinción, se ha señalado que la omisión absoluta rara vez se da, no cabría en los supuestos en que los preceptos constitucionales están formulados de manera tal que resultan auto aplicativos[...]⁴⁸

Así, hemos indicado que:

[...]el problema más grave es la omisión legislativa en materia de normas en que existe mediación normativa para el desarrollo de normas sobre derechos fundamentales, y esto porque cuando el legislador deja de regular aquello a lo que está llamado, **se intenta subsanar la omisión legislativa mediante la acción de otro poder que lo suple y en ello es muy probable que pueda incurrirse en una violación ya no por omisión sino por acción al quedar entregado la regulación de una norma de derechos fundamentales a una norma infra legal en los casos en que el legislador era el convocado y legitimado para regularla.**⁴⁹

4.2 Estado de situación de la omisión legislativa inconstitucional del derecho a defensa jurídica de las víctimas: La dispersión normativa, tres instituciones un solo derecho a defensa jurídica.

Actualmente, existen tres organismos diferentes para la regulación de este derecho de las víctimas lo cual puede causar cierto activismo judicial que resuelve en diversas instituciones un solo problema, esto es, el derecho de defensa jurídica de las víctimas de delitos⁵⁰. El primero, es un programa de apoyo a las víctimas regulado por una resolución exenta, lo cual genera una inconstitucionalidad por acción que infringe la Carta Fundamental porque debió ser regulado por ley. El segundo, es una regulación de ley orgánica constitucional del Ministerio Público, a través de una unidad administrativa de víctimas y testigos que entrega ciertas herramientas de protección, pero no les otorga defensa jurídica gratuita. El tercero, es la Corporación de Asistencia Judicial, a través del Centro de atención de víctimas de delitos violentos.

En razón de su contenido, tanto en el Programa de apoyo como en la Corporación de asistencia judicial sólo las víctimas de delitos violentos son susceptibles de ser defendidos de manera gratuita. Por ende, no toda víctima posee el derecho de defensa gratuita de manera universal.

En el primer caso, el derecho a defensa jurídica gratuita es regulado principalmente, por una norma infra legal, esto es, por una resolución exenta N° 8088⁵¹, que contiene el denominado “Programa de apoyo a las víctimas”, tratando a nivel programático la “provisión directa de servicios de orientación; información; promoción de derechos; y asistencia psicológica, social y jurídica a víctimas por sus distintos servicios”⁵². Con ese fin, establece un organigrama de funcionamiento, que comienza por la Jefatura del programa, y luego seis unidades que se encargan de distintos aspectos; a saber, una primera sobre orientación e información y casos de conmoción pública, otra segunda sobre centros de apoyo con puntos de atención distribuidos en todo el país, la tercera que es una unidad de gestión intersectorial entre los distintos profesionales que

⁴⁸ PEREDO ROJAS, Marcela. *Hacia la Configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno*. Santiago: Editorial Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019. p. 54.

⁴⁹ PEREDO ROJAS, Marcela. *Hacia la Configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno*. Santiago: Editorial Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019. p. 54.

⁵⁰ Véase ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 115-133, 2015; PÁDUA, Thiago Aguiar; FERREIRA, Fábio Luiz Bragança; OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. A outra realidade: o panconstitucionalismo nos Isteites. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 587-604, 2015; y FRISSE, Giovana Maria. O ativismo judicial da Corte Europeia de Justiça para além da integração europeia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 424-437, 2015.

⁵¹ Nótese que la Resolución exenta n° 8088, fue dictada el 7 de diciembre de 2016, posterior a la reforma constitucional que hace el mandato al legislador. Dicha Resolución, proviene del Ministerio del Interior y seguridad pública, en particular, de la Subsecretaría de Prevención del delito.

⁵² Resolución exenta n° 8088, p. 5

trabajan para el programa, v.g abogados, asistentes sociales, psicólogos, etc. una cuarta unidad de análisis y estudios, otra de control administrativo presupuestario, y finalmente la unidad de gestión y desarrollo⁵³.

Nótese que todo este organigrama encargado de la defensa jurídica de las víctimas regula el ejercicio de los derechos de modo infra legal. Así, la resolución exenta que regula este programa de atención a víctimas afirma:

[A]ctualmente, dentro del ordenamiento jurídico chileno las personas víctimas de delitos carecen de un estatuto especial ante la ley, que consagre, más allá del proceso penal, el conjunto de derechos que les asisten y que coordine los servicios que, desde el ámbito público o privado, se les deben prestar.⁵⁴

Así, “en materia de derechos, las personas víctimas son titulares de todos los derechos que se le reconocen a la persona humana, por su sola condición de tal y no en atención a su condición particular de víctima. Estos derechos se encuentran dispersos en diversos tratados internacionales de derechos humanos aplicables a todos los individuos en instrumentos que han sido ratificados por el Estado chileno y que se encuentran vigentes”⁵⁵. En ese sentido la infracción al derecho a defensa jurídica asegurado por la Constitución y los tratados se produce a raíz de “[L]a naturaleza inorgánica del crecimiento de esta oferta pública de asistencia, ha generado con el paso del tiempo, una situación que, evaluada desde una perspectiva de racionalidad estratégica de la acción del Estado carece de organización y no es eficiente en los objetivos que se propone”⁵⁶.

Luego, a partir de dichas consideraciones se entiende que la resolución exenta se valida por provenir de la Ley N° 20.502 que regula especialmente las atribuciones del Ministerio y Subsecretaría del Interior en materias de seguridad pública. A nuestro juicio, tal derivación parece una infracción a la Constitución que exige que los derechos de las personas sean regulados por ley, conforme al artículo 19 n° 26 de nuestra Carta Fundamental vigente. Estimamos que la inconstitucionalidad de la resolución exenta radica en que la ley del Ministerio del Interior no faculta a aquel a regular el derecho a defensa gratuita de las víctimas y que, además, existe un mandato constitucional expreso al legislador que no ha sido subsanado.

En el segundo caso, junto a la resolución exenta, encontramos el artículo 34⁵⁷ de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N° 19.640 que establece la unidad de atención de víctimas y testigos dentro del proceso penal, pero que no presta asesoría jurídica gratuita para aquellos. Ello porque, solo participaran del proceso si ejercen la acción penal y actúan como querellantes para lo cual deben contratar un abogado particular, pues el Ministerio Público tutela el interés general de la sociedad, sin perjuicio que pueda solicitar al juez de garantía la prohibición de acercamiento del imputado a la víctima u otras medidas de protección si

⁵³ Nótese que la Resolución exenta n° 8088, fue dictada el 7 de diciembre de 2016, posterior a la reforma constitucional que hace el mandato al legislador. Dicha Resolución, proviene del Ministerio del Interior y seguridad pública, en particular, de la Subsecretaría de Prevención del delito.

Resolución exenta n° 8088, p. 8

⁵⁴ Nótese que la Resolución exenta n° 8088, fue dictada el 7 de diciembre de 2016, posterior a la reforma constitucional que hace el mandato al legislador. Dicha Resolución, proviene del Ministerio del Interior y seguridad pública, en particular, de la Subsecretaría de Prevención del delito.

Resolución exenta n° 8088, p. 44 (el destacado es nuestro).

⁵⁵ Resolución exenta n° 8088, p. 44

⁵⁶ Resolución exenta n° 8088, p. 45

⁵⁷ Artículo 34.- Cada Fiscalía Regional contará con las siguientes unidades administrativas:

- a) Unidad de Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión;
- b) Unidad de Recursos Humanos;
- c) Unidad de Administración y Finanzas;
- d) Unidad de Informática, y
- e) Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal.

Un Director Ejecutivo Regional organizará y supervisará las unidades administrativas, sobre la base de las instrucciones generales que dicte el Fiscal Regional.

El Director Ejecutivo Regional y los jefes de las unidades administrativas serán funcionarios de la exclusiva confianza del Fiscal Regional.

las considera necesarias. Sin embargo, el interés de la víctima puede ser contrario al de la Fiscalía, ello puede ocurrir respecto de la decisión de ésta última de no perseverar en el proceso penal⁵⁸.

Al respecto, interpretando la ley procesal penal chilena, el Tribunal Constitucional Chileno ha dicho que:

[L]a doctrina ha clasificado los derechos de la víctima en el proceso penal del siguiente modo: En primer lugar, ha señalado que existe el derecho de protección, tanto de parte del Ministerio Público como de los jueces y de la policía. En segundo lugar, está el derecho de intervención. En tercer lugar, se encuentra el derecho de audiencia. En cuarto lugar, está el derecho de impugnación, tanto de resoluciones jurisdiccionales como administrativas. Finalmente, existe lo que se engloba en la categoría “otros derechos”⁵⁹.

Además, el Tribunal Constitucional Chileno ha sostenido que:

“[E]l hecho de que la persecución penal provenga de los órganos del Estado, **explica que la víctima no pueda ocupar el mismo lugar ni el mismo rol que ocupa el Ministerio Público en el sistema.** A pesar de ello, el Código Procesal Penal diseña una especie de equivalencia entre el Ministerio Público y la víctima. En ese sentido, podemos apreciar que mientras el Ministerio puede archivar provisionalmente, no iniciar investigación, cerrar la investigación o formalizar, la víctima puede querrellarse en cualquier momento, desistirse y abandonar la querrela”⁶⁰.

Por ende, son sistemas de reparación para la víctima que no aseguran su derecho a defensa gratuita en los términos prescritos por la Constitución.

En el tercer caso, existe una unidad de la Corporación de Asistencia judicial, que opera mediante los denominados “Centros y Unidades de Atención a Víctimas de Delitos Violentos”. Dichos Centros están conformados por un equipo interdisciplinario compuesto por abogados, psicólogos y asistentes sociales, y el objetivo de nuestro trabajo es ayudar a la víctima y su familia a reparar el efecto causado por la vivencia de un delito violento. Para estos efectos, se consideran tales; los homicidios, secuestros, los delitos sexuales (abuso sexual, violación, incesto, etc.), lesiones graves o gravísimas, cuasidelito de homicidio, cuasidelito de lesiones graves o gravísimas, robo con violencia o intimidación.

Cabe resaltar que si la víctima ha sido ofendida por otra clase de delitos que vulneren derechos fundamentales pero que no son considerados “violentos”, no podrá recibir asistencia jurídica porque no se encuentra en los supuestos que el Centro puede atender. Ello, además, se encuentra condicionado por la situación socioeconómica de la víctima, ya que sólo se consideran aquellas personas o familiares de cualquier edad y sexo que no cuenten con los recursos económicos para acceder a patrocinio legal y a terapia reparatoria.

Por ende, su derecho a defensa jurídica se encuentra condicionado a la violencia del delito del cual fueron víctimas y a su situación socioeconómica lo cual es evidentemente inconstitucional⁶¹. Se produce la vulneración del derecho de defensa jurídica por la dispersión jurídica en el tratamiento a las víctimas de delitos lo cual provoca una discriminación normativa. Aquella se produce toda vez que “un régimen jurídico excluye de su ámbito de aplicación a un supuesto de hecho equivalente al regulado en el mismo, sin que dicha exclusión se produzca a través de un inciso aislable, es decir que pueda ser suprimido sin dejar sin sentido o sin alterar profundamente el régimen jurídico en cuestión. Aunque las exclusiones tácitas pueden producirse de diversas maneras, la más habitual y la más simple es la de prever a un determinado colectivo como destinatario de un régimen jurídico, sin hacer mención alguna respecto a otro colectivo que se encuentra en una situación equivalente”⁶².

⁵⁸ Tribunal Constitucional Rol n° 6718-18 de fecha 28 de noviembre de 2019.

⁵⁹ Tribunal Constitucional Rol n° 2680 - 14 de fecha 26 de junio de 2014.

⁶⁰ Tribunal Constitucional Rol n° 2697-14 de fecha 12 de agosto de 2014

⁶¹ Ya que sólo se atiende a los siguientes delitos violentos: homicidios, secuestros, todos los delitos sexuales (abuso sexual, violación, incesto, etc.), lesiones graves o gravísimas, cuasidelito de homicidio, cuasidelito de lesiones graves o gravísimas, robo con violencia o intimidación.

⁶² GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Laxes Ediciones, 2000,

En suma, la víctima de un delito⁶³ ha sido vulnerada en un derecho fundamental, vg, honra, dignidad, libertad, propiedad etc. y el sistema constitucional chileno, carece de un único órgano de defensa jurídica gratuita regulado por ley conforme a la Constitución y al concepto amplio de víctima reconocido en los tratados internacionales suscritos por Chile y vigentes.

5 Tres propuestas de mejoras basadas en el caso español para la creación del estatuto de las víctimas en Chile.

5.1 Modificación del concepto de víctima

Revisado el concepto constitucional de víctima que emana desde la dignidad humana, tanto en las Constituciones iberoamericanas que lo reconocen expresamente en su texto, como en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, se propone conforme al modelo español que se amplíe el concepto de víctima en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la Constitución Española reconoce la protección judicial de los derechos, de modo que garantiza la tutela efectiva y prohíbe la indefensión. De modo que el precepto constitucional se concreta en un estatuto de la víctima de delito, Ley 4/2015, estableciendo de este modo, un solo texto legislativo con el catálogo de derechos de la víctima donde se ofrece un concepto unitario de víctima en relación con el concepto impuesto por la norma europea, las normas internacionales especialmente la Convención de Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Así, el estatuto de la víctima en España establece una *noción amplia de víctima*, señalando que puede ser por cualquier delito y cualquier naturaleza, comprende a la víctima directa, pero también a las víctimas indirectas⁶⁴. Se establece un concepto omnicompreensivo, por cuanto se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito.

La finalidad de esta ley es ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también social, a las víctimas, no solo reparada del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de la situación procesal⁶⁵.

El estatuto español reconoce la dignidad de la víctima, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la Sociedad⁶⁶.

Las disposiciones entregadas por la ley solo serán aplicables a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España. Para este estatuto, no es excluyente la nacionalidad, la minoría o mayoría de edad o si poseen o no residencia.

La víctima para la legislación, es conceptualizada desde dos parámetros diferentes, estableciendo de esta manera en el artículo 2 del Estatuto, los siguientes conceptos de víctimas:

a. Víctima Directa

Es decir, toda persona que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o detrimento económicos directamente causado por la comisión del delito.

p. 40.

⁶³ Cualquiera que éste sea y más allá de la violencia con que éste se ejerza.

⁶⁴ Artículo 2 del Estatuto de la víctima de delito.

⁶⁵ Texto Consolidado, Estatuto de la víctima de delito, Ley 4/2015, Preámbulo I, página 4.

⁶⁶ Texto Consolidado, Estatuto de la víctima de delito, Preámbulo I, Página 4.

b. Víctima indirecta

“Se establece en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de responsables de los hechos:

1. Al cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ellas por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.
2. En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima⁶⁷.
3. Si bien es cierto que nuestro Código Procesal Penal acoge el concepto de víctima directa e indirecta, no es menos cierto que dicho concepto no incluye un concepto que asuma que la dignidad de la víctima ha sido vulnerada y que su protección debe extenderse a la justicia restaurativa⁶⁸ en cuanto a su derecho de defensa gratuita, sin discriminación en virtud del tipo de delito que se perpetró en su contra, y considerando medidas de reparación efectiva.

5.2 Derecho a defensa jurídica gratuita y universal

En el ordenamiento jurídico chileno la defensa jurídica y su gratuidad está condicionada al tipo de delito que la víctima ha sufrido. De manera que se infringe la igual protección en el ejercicio de los derechos. Ya que quienes no han sufrido un delito violento, aun siendo víctimas deberán asumir además el costo del juicio para la reparación de su derecho afectado. Tal situación genera indefensión conforme al concepto amplio de víctima que se postula en esta investigación. Y, además, debilita la efectividad en el ejercicio de los demás derechos ya que el derecho a defensa posee un carácter de fondo e instrumental.

Así, el derecho a defensa jurídica es de fondo, porque implica el ejercicio de un derecho autónomo a ser oído tal como se explicó en el apartado de la víctima desde los derechos humanos. Es también instrumental porque permite el ejercicio de todos los demás derechos que la víctima posee en su condición de tal.

El sistema español así lo ha prescrito en el estatuto de las víctimas que vela por la defensa jurídica gratuita de todas las víctimas. Y que asegura, además, que las víctimas contarán desde el primer contacto con la autoridad y funcionarios, con:

- a. “Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicos o materiales, y procedimiento para obtenerlas. Dentro de estas últimas se incluirá, cuando resulte oportuno, información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento alternativo.
- b. Derecho a denunciar y, en su caso, el procedimiento para interponer la denuncia y derecho a facilitar elementos de prueba a las autoridades encargadas de la investigación.
- c. Procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, condiciones en las que pueda obtenerse gratuitamente.
- d. Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo.
- e. Indemnizaciones a las que puede tener derecho y, en su caso, procedimiento para reclamarlas.
- f. Servicios de interpretación y traducción disponibles.
- g. Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles.

⁶⁷ Artículo 2 del Estatuto de la víctima de delito, Ley 4/2015.

⁶⁸ Al respecto véase: ANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 227-242, 2018. p. 239.

- h. Procedimiento por medio del cual la víctima ejercer sus derechos en el caso que resida fuera de España.
- i. Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos.
- j. Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y cauces para comunicarse con ella.
- k. Servicio de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible.
- l. Supuestos en los que pueda obtener el reembolso de los gastos judiciales y, en su caso, procedimiento para reclamarlo.
- m. Derecho a efectuar una solicitud para ser notificada de las resoluciones a las que se refiere el artículo 7 del estatuto⁶⁹.

Por ende, desde el modelo español, **la víctima puede participar activamente del proceso penal sin estar condicionada a la actuación del Ministerio Público como ocurre en Chile**. El estatuto regula de modo orgánico la interposición de una acción penal y una acción civil conforme con la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y comparecer ante la autoridad encargada de la investigación para aportar las fuentes de prueba y la información que sea relevante para el esclarecimiento de los hechos.

El estatuto posee, además, un **sistema de reembolso de gasto a la víctima** que haya participado del proceso, tiene derecho a obtener el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales. La obligación de reembolso debe ser en la cantidad necesaria recibida por el beneficio de subvención y ayuda percibida en condición de víctima más el abono de los gastos causados a la Administración por sus actuaciones⁷⁰ y los servicios prestados. Debemos señalar que toda víctima que realice denuncia falsa o simulación de delito y haya sido condenada deberá tener un incremento del interés legal del dinero aumentado en un cincuenta por ciento.

El derecho de **acceso a la justicia es de carácter gratuita** y la víctima podrá presentar su solicitud de reconocimiento de su derecho ante la asistencia jurídica gratuita sea funcionario o autoridad que debe facilitar la información necesaria, quien trasladará la documentación al Colegio de Abogados correspondiente. También, la solicitud puede ser presentada antes las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de la Administración de Justicia, quien remitirá al Colegio de Abogados que corresponda⁷¹.

Los Jueces, Tribunales, Fiscales y demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal deben adoptar todas las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares, poniendo especial énfasis impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar a la identificación de víctimas menores de edad o con discapacidad necesitadas.

En conformidad a lo anterior, debemos considerar que en nuestro derecho el proyecto de ley sobre el Fondo de representación no consideraba un derecho a defensa gratuito para todas las víctimas, ya que esencialmente regulaba el aspecto orgánico y de funcionamiento de “El Fondo”, pero no constituía un estatuto sistemático que abordase el problema jurídico completo. Ya que, los derechos de la víctima se regulan vía Código Procesal Penal, y la ley que los concreta y garantiza quedó archivada constituyéndose aún en un asunto pendiente.

5.3 Ley sobre estatuto de la víctima

En el sistema español, el estatuto de general de la víctima regula de modo expreso que todas las víctimas tienen derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio. Asi-

⁶⁹ Artículo 5 del Estatuto de la víctima del delito.

⁷⁰ Estas actuaciones son de reconocimiento, información, protección y apoyo a la víctima en todo el proceso, tanto judicial como extrajudicial.

⁷¹ Artículo 16 del Estatuto de la víctima del delito.

mismo, conforme a la normativa de la Unión europea, se establece el derecho a entender y ser entendida, es decir, se establecerá un lenguaje claro, sencillo y accesible. Se contará con interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas con discapacidad auditiva y sordo ciegas.

Además, el estatuto español contempla que las oficinas de Asistencia a las Víctimas estarán organizadas de 2 maneras:

1. A través del Gobierno y las Comunidades Autónomas que hayan asumido la competencia en materia de justicia se organizarán en el ámbito propio.
2. El Ministerio de Justicia o las comunidades Autónomas podrán celebrar convenios de colaboración con entidades públicas y privadas, sin ánimo de lucro, para prestar los servicios de asistencia y apoyo.

Con ese fin, las oficinas de Asistencia a las Víctimas prestarán una asistencia integral que incluirá:

- a. Información general sobre los derechos que posee y en particular, la posibilidad para acceder al sistema público de indemnización.
- b. Información sobre los servicios públicos especializados disponibles para la asistencia a la víctima calificando sus circunstancias personales y la naturaleza del delito.
- c. Apoyo emocional a la víctima.
- d. Asesoramiento sobre todo el proceso judicial.
- e. Asesoramiento vinculado a prevenir la victimización secundaria o reiterada o con intimidación o represalias.
- f. Coordinación entre los diferentes órganos, instituciones y entidades competentes para la adecuada prestación de servicios de apoyo a la víctima.
- g. Coordinar con el Poder Judicial la prestación de los servicios de apoyo a las víctimas.

Dicha estructura orgánica que protege a la víctima se ampara en dos principios rectores. El primero, se refiere al principio de formación que indica la obligación del Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas⁷² asegurar una formación general y específica relativa a la protección de las víctimas en el proceso penal en la formación profesional de los diferentes profesionales que participan el proceso⁷³. Deben poseer protocolos de actuación de acuerdo a su competencia con el fin de hacer más efectiva la protección de la víctima y el reconocimiento de sus derechos. El segundo se refiere al principio de cooperación y buenas prácticas.

Así, se fomenta la cooperación con los colectivos profesionales respecto de la atención y protección a la víctima, como así mismo la participación en los procesos de evaluación sobre el funcionamiento de las normas e instrumentos. De modo que existe la cooperación internacional que es promovida con otros Estados y especialmente con énfasis en los Estados miembros de la Unión Europea en materias de derechos de las víctimas de delito. El objetivo principal es intercambiar experiencia sobre el desarrollo de esta materia.

Además, conforme al principio de cooperación, los poderes públicos deben fomentar las campañas sobre sensibilización social en favor de las víctimas, así como todas las medidas necesarias para resguardar y preservar la intimidad, la dignidad y los demás derechos de las víctimas⁷⁴.

En consonancia con lo anterior, se propone un estatuto único de la víctima en Chile regulado por ley, que conforme al derecho internacional de los derechos humanos ampare a las víctimas según los principios

⁷² Artículo 30 del Estatuto de la víctima de delito.

⁷³ Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia, personal de las Oficinas de Asistencia a las víctimas, y funcionarios de la administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas que desempeñen funciones en esta materia (Artículo 30 inciso 1 Ley 4/2015).

⁷⁴ Artículo 34 del Estatuto de la víctima de delito.

de justicia restaurativa que no se refieren sólo a una cuestión económica, sino también de carácter garante de los derechos del ofendido.

6 Conclusiones

En suma, Chile necesita imperiosamente un estatuto jurídico para las víctimas de delitos que sea conforme a su ordenamiento constitucional y a las normas de derechos internacional de derechos humanos en la materia. Para ello, se requiere una ley que proteja a las víctimas en el sentido amplio del término, entendiendo que detrás de cada víctima existe una violación a un derecho fundamental.

Además, a la luz de la comparación entre la legislación española y el proyecto del Fondo de representación chileno que quedó archivado, es necesario considerar que en el estatuto español no se discrimina el tipo de delitos para tener acceso a defensa jurídica gratuita. Al contrario, el estatuto de las víctimas del sistema español asegura que todos los delitos sufridos por aquella son aptos para un acceso a la justicia bajo ciertos parámetros acordes a la Constitución de su país y conforme al estándar del derecho internacional de los derechos humanos.

La revisión de las leyes y proyectos sobre la regulación de la materia, a través de la metodología investigativa aplicada y compara, permiten determinar que existe una omisión legislativa inconstitucional, vulnerando disposiciones constitucionales que mandatan expresamente que sobre dicha materia debe existir regulación y no desigualdad como es el caso del imputado que posee defensa gratuita a través de la defensoría penal pública, dicha institución se estableció en el marco de la reforma procesal penal, la cual dejó a la deriva a las víctimas de delitos no violentos.

Al determinar la omisión y vulneración del legislador, se concluye a partir del método comparado que es necesario realizar tres propuestas que establecen soluciones al presente problema. Primero, determinando que se debe ampliar el concepto de víctima teniendo presente como modelo la legislación española sobre su concepto omnicompreensivo, el cual, se extiende a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito. Segundo, derecho a defensa jurídica gratuita y universal, determinado que para todo delito existe una vulneración a un derecho fundamental, de tal manera que se infringe la igual protección al ejercicio de los derechos, ya que, quienes no han sufrido un delito violento, aun siendo víctima debe asumir los costos del juicio para la reparación del derecho vulnerado, tal situación genera debilitamiento efectivo al ejercicio de los demás derechos. Por último, se establece una ley de defensa jurídica para todas las víctimas de cualquier delito sin consideración alguna, teniendo en consideración los principios de justicia restaurativa no solo de carácter económico sino también de garante de los derechos del ofendido.

Bibliografía citada

ANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 227-242, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

Bernales Rojas, Gerardo. *Acceso a la justicia y debido proceso*. Curitiba: Editorial Jarúa, 2019.

BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurígenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-

252, 2019.

BURCKHART, Thiago Rafael; MELO, Milena Petters. O direito à água nas Constituições da América do Sul: elementos comuns e traços distintivos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 402-418, 2019.

CARDOSO, João Vitor; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 557-575, 2019.

Cea Egaña, José Luis. La Constitucionalización del Derecho. *Revista de Derecho Público*, Santiago, n. 59, p. 11-22, enero/Junio 1996.

Cote-Barco, Gustavo: Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. *Universitas*, Bogotá, v. 57, n. 116, p. 119-151, 2008.

DA VEIGA DIAZ, Felipe; CUSTÓDIO, André Viana. O discurso expansivo-punitivo dos meios de comunicação e sua influência na formação da agenda de políticas públicas de combate à criminalidade de crianças e adolescentes no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 91-104, 2013.

D'ARBO ALVES DE FREITAS, Marisa: Vítima de crime e processo penal: novas perspectivas. *Revista Pública Direito*. Disponible en: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0332d694daab22e0>. Acceso en: 28 mar. 2020.

Favoreau, Louis. La Constitucionalización del Derecho. *Revista de Derecho*, Valdivia, v.12, n. 1, p. 31-43, 2001.

Feria Tinta, Mónica. La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento. *Revista IIDH*, San José, v. 43, p. 159- 203, 2006.

FERREIRO BAAMONDE, Xulio. La víctima en el proceso penal. Madrid: La Ley, 2005.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Processo eleitoral e políticas públicas: influências recíprocas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 273-301, 2015.

FRISSO, Giovana Maria. O ativismo judicial da Corte Europeia de Justiça para além da integração europeia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 424-437, 2015.

García Costa, Francisco. *La víctima en las constituciones*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2014.

González Beilfuss, Markus. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Laxes Ediciones, 2000.

JUNIOR, Manuel Rodrigues de Sousa; BONIZZATO, Luigi. A qualidade da educação para a efetivação e consolidação do novo constitucionalismo latino-americano no Equador e na Bolívia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 459-474, 2019.

JÚNIOR, Bianor Saraiva Nogueira; FLÓREZ, Deicy Yurley Parra; SANTOS, Ulisses Arjan Cruz dos. A diversidade cultural segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano transformador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p.475-491, 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius constitutionale commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.

Montero Aroca, Juan. *Principios del proceso penal*: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos

na construção dialogada do *Ius constitutionale commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.

PÁDUA, Thiago Aguiar; FERREIRA, Fábio Luiz Bragança; OLIVEIRA, Ana Carolina Borges de. A outra realidade: o panconstitucionalismo nos Isteites. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 587-604, 2015.

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. 333-349, 2019.

Peredo Rojas, Marcela. *Hacia la Configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno*. Santiago: Editorial Ediciones Jurídicas de Santiago, 2019.

PRÉCOMA, Adriele Andrade; FERREIRA, Helene Sivini; PORTANOVA, Rogério Silva. A plurinacionalidade na Bolívia e no Equador: superação dos estados coloniais?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 381-400, 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. Criação constitucional sem Poder Constituinte: Os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 55-83, 2019.

RIBEIRO, Ilana Aló Cardoso; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. Em defesa da participação: Análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 113-128, 2019.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Cláudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 115-133, 2015.

ROSSONI, Waléria Demoner; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Atendimento integral à vítima: a segurança pública como direito fundamental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 337-359, 2018.

SANZ HERMIDA, Ágata. *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*. Madrid: Iustel, 2009.

SILVA, Jamilly Izabela de Brito; LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. Povos indígenas e a (ausência de) justiça de transição brasileira: uma análise à luz do constitucionalismo pluralista latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 536-556, 2019.

SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos; SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da; FILHO, Airton Guilherme Guilherme Berger. Ambiente urbano e segurança pública: contribuições das ciencias sociais para o estudo e a formulação de políticas criminais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 194-208, 2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; AMARAL, Alberto Carvalho. A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (Online), Brasília, v. 6, n. 2, p. 110, 2016.

Vega González, Paulina. El papel de las víctimas en los procedimientos ante la Corte Penal Internacional: sus derechos y las primeras decisiones de la Corte. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, San Pablo, v.3, n. 5, p. 18-41, 2006.

Legislación:

BRASIL. [Constitución (1988)]. Constitución de la República Federativa del Brasil. Brasília, DF: Presidencia de la República, [2016].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. *Historia de la Ley 20.516*. Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas. D. Oficial de 11 de julio, 2011. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegal/10221.3/35291/1/HL20516.pdf>. Acceso en: 04 nov. 2019

ESPAÑA. [Constitución (1978)]. Constitución Española. BOE, n. 311, 29 dic. 1978. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

EL SALVADOR. [Constitución (1983)]. Constitución de la República de El Salvador. Diálogo oficial, tomo n. 281, edición n. 234. Aprobada el 15 de diciembre de 1983.

MÉXICO. [Constitución (1917)]. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Promulgada 5 de febrero de 1917.

PERÚ. [Constitución (1993)]. Constitución Política del Perú. Publicada el 30 de diciembre de 1993.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder*. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx>.

CHILE. *Decreto n° 100*, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario oficial, 22 de septiembre de 2005.

CHILE. *Decreto n° 873*, Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica. Diario oficial, 05 de enero de 1991.

CHILE. *Informe de Comisión de Constitución* con fecha 11 de noviembre, 2010. Cuenta en sesión 105. Legislatura 358.

CHILE. *Ley n° 19.718*, crea la Defensoría Penal Pública. Diario oficial, 10 de marzo del 2001.

CHILE. *Ley n° 18.525*, sobre importación de mercancías al país. Diario oficial, 30 de junio de 1986.

CHILE. *Ley n° 19.640*, Establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Diario oficial, 15 de octubre de 1999.

CHILE. *Ley n° 19.696*, Establece Código Procesal Penal. Diario oficial, 12 de octubre de 2000.

CHILE. *Ley n° 20.516* Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no puedan procurársela por sí mismas. Diario oficial, 11 de julio de 2011.

ESPAÑA. *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*. BOE n. 101, de 28 abr. 2015. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-4606-consolidado.pdf>.

CHILE. *Mensaje Presidencial n°76-356*, Fondo Nacional para la Representación de Víctimas de Delitos, 31 de marzo del 2008.

CHILE. *Oficio n° 12.506 de la Cámara de Diputados*, con fecha 14 de junio 2014.

CHILE. *Oficio n° 12.635 de la Cámara de Diputados*, con fecha 21 de junio del 2016.

CHILE. *Propuesta de Resolución n°752 de la Cámara de Diputados*, con fecha 09 de noviembre del 2016.

ESTADOS UNIDOS. *Resolución 40/34*, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abusos de poder adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas. 29 nov. 1985.

CHILE. *Resolución exenta n° 8088*, Aprueba manual de organización y modelo de intervención del programa de apoyo a víctimas de la subsecretaría de prevención del delito del ministerio del interior y seguridad pública. 7 dic. 2016.

CHILE. *Resolución n° 752 de la Cámara de Diputados*, con fecha 20 de diciembre del 2016.

Jurisprudencia citada:

CHILE. Tribunal Constitucional. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, 28 de noviembre de 2019*, presentado por Miguel Gino Plana Zenteno respecto de los artículos 248, letra c), y 259, inciso final, ambos, del Código Procesal Penal, en el proceso penal RUC N° 1710017493-6, RIT N° 2080-2017, seguidos ante el Juzgado de Garantía de Curicó, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Talca, por recurso de apelación, bajo el Rol N° 472-2019. Sentencia 6719-19.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, 26 de junio de 2014*, presentado por Mario Vivanco Pino respecto del artículo 248, letra c), del Código Procesal Penal, en los autos criminales RIT 1061-2013, RUC 1310033465-2, seguidos ante el Juzgado de Garantía de Curacaví. Sentencia 2680-14.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, 12 de agosto de 2014*, presentado por Gustav Niedereder respecto de los artículos 120, letra a), 261, letra a) y 389, todos, del Código Procesal Penal, en los autos sobre recurso de queja de que conoce la Corte Suprema, bajo el Rol N° 22.392-2014, relacionados con la causa RIT 5953-2010, RUC 1010031929-8, seguida ante el Juzgado de Garantía de Osorno. Sentencia 2697-14.

Agradecimientos

Agradezco a la Universidad Autónoma de Chile por este Fondo de investigación DIUA147-2018 y a mis ayudantes de investigación, Gerardo Garrido Caniucura, Hanz Hoffhein Escalona, Jaime González Orellana, por su invaluable apoyo en este trabajo.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Colaboração premiada e seletividade do sistema penal: problematizações acerca da utilização de acordos na Operação Lava Jato

Plea bargain and selection of the criminal system: questions about the use of agreements in Operation Lava Jato

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Maurício Habckost Dalla Zen

Colaboração premiada e seletividade do sistema penal: problematizações acerca da utilização de acordos na Operação Lava Jato*

Plea bargain and selection of the criminal system: questions about the use of agreements in Operation Lava Jato

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth**

Maurício Habckost Dalla Zen***

Resumo

A Operação Lava Jato é considerada por muitos como a maior iniciativa de combate à corrupção já vista na história brasileira, em razão da prisão de inúmeros políticos e empresários influentes, fato tendente a romper com o paradigma da seletividade do sistema penal pátrio. Contudo, a utilização excessiva de acordos de colaboração premiada na referida investigação parece indicar o contrário, pois inúmeros delatores de agentes públicos tiveram a sua pena reduzida drasticamente e hoje não sentem os efeitos do sistema carcerário, o que corrobora a constatação de que a Justiça brasileira protege determinados indivíduos. Diante desse contexto, o presente artigo averigua em que medida o instituto da colaboração premiada, nos moldes em que vem sendo utilizado na Operação Lava Jato, reproduz essa lógica seletiva por meio da qual a Justiça opera. Como conclusão, sustenta-se que a ampla discricionariedade conferida ao Ministério Público para a aceitação ou não de colaborações é um fator que acentua a aludida seletividade, pois, por meio de critérios extralegais, o órgão tem o poder de escolher aqueles que merecem ter a chance de serem imunizados por benefícios premiaiais e quem deve ser excluído desse privilégio. Reforça essa constatação o fato de haver um perfil predominante de colaborador na operação: empresário, operador financeiro e/ou parente de ambos, enquanto a classe política, ao menos nas primeiras fases da operação, parece ser o principal alvo das investigações. A metodologia da pesquisa, quanto ao procedimento, consiste em pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema (artigos científicos, jurisprudência, leis e reportagens), por meio de uma abordagem hipotético-dedutiva.

Palavras-chave: Controle Social. Seletividade. Colaboração Premiada. Operação Lava Jato.

Abstract

Operation Lava Jato is considered by many to be the largest anti-corruption initiative ever seen in the country's history, due to the arrest of numerous influential politicians and businessmen, a fact that tends to break with the

* Recebido em 03/01/2020
Aprovado em 20/02/2020

** Doutor em Direito Público (UNISINOS); Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUÍ e da UNISINOS; Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ; Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq); E-mail: madwermuth@gmail.com.

*** Bacharel em Direito pela UNISINOS; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNISINOS; E-mail: mauriciodallazen@hotmail.com.

paradigm of selectivity of the homeland penal system. However, the excessive use of plea bargain in that investigation seems to indicate the opposite, as numerous whistleblowers of public officials have had their punishment drastically reduced and today they are far from feeling the detrimental effects of the prison system, which corroborates the finding that Brazilian courts continue to protect certain individuals. Given this context, the present article intends to investigate the extent to which the Institute of plea bargain, as it has been used in Operation Lava Jato, reproduces this selective logic through which Justice operates. In conclusion, it is argued that the wide discretion granted to the Public Prosecution Service for the acceptance or not of collaborations is a factor that accentuates the aforementioned selectivity, because, through extralegal criteria, the agency has the power to choose those who deserve to have chance of being immunized for premium benefits and who should be excluded from this privilege. This finding reinforces the fact that there is a predominant profile of collaborator in the operation: businessman, financial operator and/or relative of both, while the political class, at least in the early stages of the operation, seems to be the main target of the investigations. The research methodology, regarding the procedure, consists of bibliographic and documentary research on the topic (scientific articles, jurisprudence, laws and reports), through a hypothetical-deductive approach.

Keywords: Social Control. Selectivity. Plea bargain. Operation Lava Jato.

1 Considerações iniciais

Iniciada em 2014, a partir da investigação de um posto de gasolina utilizado por doleiros para lavagem de dinheiro em Curitiba, a Lava Jato é considerada pelo Ministério Público Federal como a maior iniciativa de combate à corrupção já vista na história do país. Isso porque, por meio dessa operação, desvendou-se grande esquema ilícito por meio do qual um cartel de empresas do ramo da construção civil pagava propinas a executivos da Petrobrás e políticos em troca de favorecimentos em contratos de licitação, o que resultou — considerando somente os dados fornecidos pela Força Tarefa que atua na capital paranaense — na devolução de cerca de 3,8 bilhões de reais aos cofres públicos¹.

Além disso, em razão de ter prendido empresários e políticos influentes, fato até então incomum no Brasil, a operação é reputada por muitos, juntamente à Ação Penal 470 (Mensalão), como uma ruptura histórica da ideia de que o Brasil não pune criminosos de colarinho branco. Por essa razão, em tese, os resultados obtidos por essa “cruzada contra a corrupção” indicariam diminuição na seletividade do Sistema Penal pátrio, o qual é direcionado, historicamente, à punição de jovens, negros e pobres².

Entretanto, a utilização excessiva da Colaboração Premiada para a operação, instrumento por meio do qual é oferecida ao réu a atenuação de sua responsabilidade penal ou, até mesmo, a impunidade, caso este ofereça meios de provas aptas a revelar os crimes praticados pela organização criminosa a que pertence, parece indicar o contrário. Essa constatação considera o fato de que inúmeros delatores de agentes públicos tiveram a sua pena reduzida drasticamente e hoje não sentem os nefastos efeitos do sistema carcerário, o que, inevitavelmente, traz à tona a ideia de que o sistema continua a proteger determinados atores, atendendo aos interesses da ordem hegemônica responsável pela estruturação da política criminal vigente no país.

Em razão disso, a necessidade de discutir sobre o modo como vem sendo utilizada a Colaboração Premiada no Brasil se acentua, na medida em que há tendência cada vez maior de expansão dos mecanismos de

¹ BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato*: entenda o caso. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso>. Acesso em: 18 nov. 2019.

² MATTOS, Diogo Castor de. “Direito Penal tem sido instrumento de controle da classe dominante”. Entrevista concedida a Alexandre Leoratti. *Jota*. São Paulo, 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/corruptao-mp-procurador-lava-jato-20062018>. Acesso em: 18 nov. 2019.

Justiça Negociada no país. O Projeto de Lei Anticrime elaborado pelo Ministro da Justiça Sergio Moro, em seu item XII, sugere diversas medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade Administrativa³.

Diante desse contexto, o presente trabalho parte da seguinte problematização: em que medida o instituto da Colaboração Premiada, nos moldes em que vem sendo utilizado na Operação Lava Jato, reproduz a seletividade do sistema penal brasileiro?

Como hipótese, apresenta-se a ideia de que, a despeito de ser um meio de obtenção de provas útil para revelar crimes praticados no âmbito de organizações criminosas complexas, a Colaboração Premiada, ao conceder prêmios àqueles que têm o poder da informação, revela uma das facetas da seletividade do sistema penal, a saber: a escolha dos indivíduos beneficiados, os quais ainda serão imunizados por uma lógica que privilegia aqueles que detêm o “saber-poder”, e a exclusão dos que não possuem essa condição, pois já não são mais servíveis para a ordem hegemônica vigente, cujos traços mais marcantes, segundo Jessé Souza, constituem a utilização do combate à corrupção estatal como “cortina de fumaça” para a manutenção dos privilégios da dita “elite do atraso”⁴.

Assim, o objetivo geral da pesquisa consiste em analisar os critérios que condicionam a negociação de acordos de colaboração premiada no Brasil e identificar o perfil dos colaboradores da Operação Lava Jato, para verificar se há, na utilização do instrumento, características que refletem a seletividade presente no sistema penal brasileiro.

Como objetivos específicos, pretende-se (i) definir o conceito de seletividade segundo teóricos da criminologia crítica; (ii) identificar exemplos que refletem a seletividade no sistema penal brasileiro; (iii) traçar um panorama normativo acerca da Colaboração Premiada no Brasil, (iv) expor os requisitos necessários para a elaboração de acordos e; (v) apontar qual é o perfil dos colaboradores que obtiveram mais benefícios para a operação Lava Jato.

Para atingir tais objetivos, na segunda seção, discutir-se-á a base teórica que fundamenta a hipótese provisória apresentada. Será abordado o conceito de “seletividade” e serão apontados exemplos que identificam essa característica no sistema penal brasileiro. Em seguida, na terceira seção, será apresentado um panorama normativo acerca do instituto da Colaboração Premiada, a fim de apontar os fatores tendentes a transformar o instituto em um privilégio de poucos sujeitos. Além disso, apresentar-se-á, também, uma caracterização do perfil dos colaboradores que firmaram acordos juntamente à Força Tarefa de Curitiba, com o intuito responder ao problema proposto.

A metodologia da pesquisa, quanto ao procedimento, consiste em pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema (artigos científicos, jurisprudência, leis e reportagens), por meio de uma abordagem hipotético-dedutiva.

2 A seletividade do sistema penal brasileiro

O objetivo geral do presente trabalho consiste em averiguar se a utilização da Colaboração Premiada na Lava Jato constitui um instrumento que acentua a seletividade inerente ao sistema penal brasileiro. Portanto, para responder o problema proposto, torna-se necessário discorrer, na presente seção, sobre os conceitos de controle social, seletividade e as suas características, além de citar exemplos tendentes a corroborar a hipó-

³ BRASIL. Ministério da Justiça. *Projeto de Lei Anticrime*. Anteprojeto de lei nº, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 [...]. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁴ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

tese inicial de que o sistema penal brasileiro é, em sua essência, seletivo. São, portanto, objetivos específicos desta seção: (i) definir o conceito de seletividade segundo teóricos da criminologia crítica; (ii) identificar exemplos que refletem a seletividade no sistema penal brasileiro.

2.1 Controle social e seletividade do sistema penal

A convivência humana organizada e pacífica requer a instituição de mecanismos aptos a disciplinar comportamentos e a proteger os valores vigentes em determinada sociedade⁵. Segundo Molina e Gomes, o estabelecimento de padrões normativos a serem seguidos pelos sujeitos ocorre por meio, primeiramente, das instâncias informais de controle social — família, religião, escola, profissão, opinião pública, dentre outras —, as quais condicionam o indivíduo a respeitar, de forma não coercitiva, as normas básicas de socialização.

Contudo, quando tais agências informais de controle não conseguem atingir o seu objetivo de disciplina-mento e correção, surge a necessidade de serem utilizadas as instâncias formais de controle social — Polícia, Justiça, Administração Penitenciária etc. —, que, ao contrário das primeiras, atuam de forma coercitiva e impõem sanções mais graves a quem é considerado desviante⁶. Dessa forma, segundo Wermuth e Assis, o Direito Penal:

[...] se revela enquanto uma instância de controle social formal, no momento em que impõe um conjunto de sanções para aqueles indivíduos que ultrapassaram as regras impostas e desta maneira, não se encaixam nos moldes tidos como “normais” e valorizados⁷.

Ao cumprir essa função, de acordo com Muñoz Conde, o sistema penal constitui uma superestrutura repressiva destinada a defender os interesses da ordem econômica hegemônica que impõe as regras de conduta a serem seguidas pela população, tornando-se “o braço armado da classe dominante”⁸. Por isso, conforme leciona Costa, inserido no capitalismo, o Direito Penal tende a refletir e a fortalecer os valores presentes nesse modelo econômico, tais como a lógica da desigualdade e da subordinação do homem pelo homem⁹.

Essa característica de reprodução dos interesses da classe dominante em determinada sociedade constitui uma marca do Poder Judiciário desde o seu nascimento, na Alta Idade Média, consolidando-se em meados ou ao final do século XIII, quando formada a primeira monarquia medieval. Essa constatação parte da análise de Michel Foucault acerca das formas de resolução de conflitos existentes naquele período. Segundo Foucault:

[...] na alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constatasse, em função de seus poderes mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento. Na medida em que a contestação judiciária assegurava a circulação de bens, o direito de ordenar e controlar essa contestação judiciária, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e mais poderosos.

A acumulação da riqueza e do poder das armas e a constituição do poder judiciário nas mãos e alguns é um mesmo processo que vigorou na Alta Idade Média e alcançou seu amadurecimento no momento de formação da primeira monarquia medieval, no meio ou final do século XII¹⁰.

Embora, como visto acima, o controle social seletivo sempre tenha operado na história do Poder Judiciário e, conseqüentemente, do Direito Penal, a criminologia positivista partia de um enfoque biopsicológico para explicar as causas da criminalidade, considerando o desvio como uma realidade ontológica que antece-

⁵ QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. Parte geral. p. 61

⁶ MOLINA, Pablo Antônio Garcia; GOMES, Flávio Luiz. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁷ WERMUTH, Miquel Ângelo Dezordi; ASSIS, Luana Rambo. A Seletividade no sistema penal brasileiro e a produção da vida nua (Homo sacer). *Revista Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 15. n. 28, p. 2-45, 2016. p. 7

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33.

⁹ COSTA, Yasmin Maria Rodrigues da. *O Significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 133.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Eduardo Jardim, Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013. p. 67.

dia a reação social e institucional. Para Andrade de acordo com essa ideia, o criminoso seria aquele indivíduo socialmente perigoso, pertencente a uma minoria da população que, por razões de anomalias biopsicológicas ou fatores ambientais e sociais, possui maiores chances de praticar delitos¹¹.

Contudo, as investigações conduzidas por Edwin Sutherland impulsionaram um processo de superação dessa concepção etiológica acerca do comportamento criminoso, ao atentarem para o fato de que a criminalidade está presente em todos os estratos sociais, mas é desigual ou seletivamente distribuída pelo sistema penal. Essa constatação parte da Teoria da Associação Diferencial desenvolvida pelo referido autor, segundo a qual o cometimento de delito não está, necessariamente, atrelado a patologias sociais (pobreza e circunstâncias a ela ligadas) ou pessoais (anormalidade biológica, inferioridade intelectual e instabilidade emocional)¹².

Ao explicar essa teoria, Anita aponta que, para Sutherland, o comportamento delitivo é determinado pelo contato diferencial, isto é, aprende-se a delinquir por meio da interação com pessoas ligadas intimamente ao criminoso e que possuem influência sobre ele, independentemente da condição econômica ou genética de quem pratica o crime, conforme o seguinte processo:

[...] o comportamento se aprende quando as definições gerais do grupo mais influente são contrárias à norma, posto que cada indivíduo entra em contato com numerosos grupos, alguns dos quais podem ser reativos ao cumprimento das leis, enquanto outros podem ser favoráveis. O princípio do contato diferencial indica que uma pessoa se converte em delinquente porque em seu meio há mais definições favoráveis a infringir a lei e, por conta disso, consegue-se isolar os grupos que tendem a respeitá-la¹³.

Ou seja, para essa concepção, tanto indivíduos economicamente hipossuficientes como pessoas com alto prestígio social cometem delitos em proporções semelhantes. Todavia, há uma diferença de tratamento em relação a esses diferentes tipos de criminosos.

Partindo dessa premissa, Sutherland utiliza, em um artigo publicado em 1940, a palavra “*White collar crimes*” (crimes de colarinho branco) para designar os crimes cometidos por pessoas com alto prestígio social, os quais recebem tratamento privilegiado em relação às infrações praticadas por indivíduos economicamente hipossuficientes¹⁴. Com o intuito de reforçar essa tese, Sutherland analisou como tribunais dos Estados Unidos julgavam as infrações penais previstas na *Lei Antitruste de Sherman* e que costumeiramente eram cometidas por grandes empresas do país e, como resultado, constatou que diversas “amarras” jurídicas faziam com que casos de violação ao diploma legal, embora constituíssem crimes, fossem solucionados na esfera cível. Segundo o referido autor, esse fenômeno passou a constituir um padrão em todos os diplomas legais subsequentes que tratavam de crimes empresariais¹⁵.

Juntamente às pesquisas acerca da criminalidade de colarinho branco, os estudos acerca das “cifras ocultas da criminalidade” também contribuíram para o fortalecimento de uma criminologia crítica tendente a superar o paradigma etiológico, ao desqualificar o uso das estatísticas criminais como fonte de quantificação da criminalidade real. Isso se justifica pela constatação de que a criminalidade real atinge números superiores aos registrados oficialmente pelas agências de controle social, pois, segundo Andrade:

[...] os delitos não perseguidos, que não atingindo o limiar conhecido pela polícia (pois não se realizam nas ruas por onde ela passa), nem chegam a nascer como fato estatístico, constituem a propriamente

¹¹ ANDRADE, Vera Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 263.

¹² FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland: A teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. *Revista De Jure*, Belo Horizonte, n. 11, p. 144-167, jul./dez. 2008.

¹³ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 492.

¹⁴ ANDRADE, Vera Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 261.

¹⁵ SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. *Principles of criminology*. 11. Ed. New York: General Hall, 1992. p. 53-54.

chamada criminalidade oculta, latente ou não-oficial. E embora se reconheça a dificuldade de fornecer números precisos a seu respeito e, por extensão, da criminalidade real, as diversas investigações empíricas a respeito, ainda que parciais, são suficientemente representativas para concluir que esta cifra negra “é considerável” e que “a criminalidade real é muito maior que a oficialmente registrada”¹⁶.

Dessa forma, a concepção etiológica acerca do criminoso passou a ser definitivamente contestada com o desenvolvimento da denominada “criminologia crítica”, momento a partir do qual iniciaram as discussões acerca da seletividade do sistema penal. De acordo com Araújo¹⁷, com base nas “perspectivas do comportamento desviante e dos mecanismos institucionais de reação ao desvio” ocorreu “a transformação da criminologia liberal à crítica”. Isso ocorre “a partir das bases do interacionismo simbólico e do materialismo histórico”, tendo como ponto nevrálgico de evolução paradigmática “a modificação do status de criminoso, até então um atributo de determinados indivíduos e grupos, passando a compreendê-lo como construção social de formação dos delinquentes, da criminalidade e da criminalização.” Sobre essa ruptura de paradigma, Barata afirma que:

[...] na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas¹⁸.

Portanto, seguindo essa linha, o Direito Penal não é mais visto como um sistema estático de normas que, em tese, tutela, igualmente, todos os cidadãos contra ofensas a bens essenciais e prescreve leis iguais para todos aqueles que violam regras de conduta impostas pelo ordenamento jurídico, mitos que, segundo Barata, fundamentam a ideologia da defesa social. Ao contrário, para o autor, o sistema penal consiste em um sistema dinâmico de funções dividido em três mecanismos: (i) criação de normas (criminalização primária); (ii) aplicação das normas, o qual consiste na atuação das instâncias formais de controle social (criminalização secundária); e (iii) execução da pena ou das medidas de segurança¹⁹. Trata-se do *criminological turn*, ou seja, “a ruptura epistemológica e metodológica operada com a criminologia tradicional.” Essa ruptura pode ser “traduzida no abandono do paradigma etiológico-determinista (sobretudo na perspectiva biopsicológica individual) e na redefinição do próprio objeto da ciência criminológica”, ou seja, há a “passagem de um paradigma baseado na investigação das causas da criminalidade a um paradigma baseado na investigação das condições da criminalização, que se ocupa hoje em dia, fundamentalmente, da análise dos sistemas penais vigentes, na sua natureza, estrutura e funções.”²⁰

A seletividade, segundo Andrade, tem origem em duas variáveis estruturantes: *seletividade quantitativa* e *seletividade qualitativa*²¹. A *seletividade quantitativa* deriva da impossibilidade de o sistema penal punir os praticantes de todas as condutas consideradas criminosas, motivo pelo qual apenas uma parte ínfima de delitos chega ao conhecimento das instâncias formais de controle social. Além disso, se estas colocassem em prática todo

¹⁶ ANDRADE, Vera Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 263.

¹⁷ ARAÚJO, Felipe Dantas de. Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento do terrorismo: barreira epistêmica e agenda de diálogo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 1-27, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1662/pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020.

¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 161.

¹⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 162-163.

²⁰ ARAÚJO, Felipe Dantas de. Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento do terrorismo: barreira epistêmica e agenda de diálogo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 1-27, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1662/pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020.

²¹ ANDRADE, Vera Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 265-267.

o seu poder criminalizante, haveria uma catástrofe social. Afinal, conforme atenta Zaffaroni:

[...] as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado. A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado²².

Por sua vez, a *seletividade qualitativa* deriva da constatação de que o sistema penal é um instrumento de repressão dirigido contra determinados tipos de pessoas, principalmente aquelas pertencentes aos baixos estratos sociais. Dessa forma, o foco da atuação das agências de controle formal não consiste na ação delitiva em si, sendo mais importante a escolha de quem será criminalizado por meio de mecanismos de seleção extralegais evitados de preconceito²³. Como asseveram Silva e Lima Filho²⁴, “se o Estado brasileiro faz uma opção pela tipificação penal de certas condutas, da venda de drogas à prática de racismo, mas aplica o direito penal, institucionalmente, de forma seletiva” — o que significa falar em abstenção em situações como os crimes de preconceito, por exemplo, e uma política de drogas altamente repressivista —, torna-se possível a afirmação de que “o Sistema de Justiça Penal se constitui, essencialmente, como um instrumento legitimador do projeto capitalista de controle social das populações indesejadas e a exclusão desse excedente populacional.”

Sobre esse processo de escolha dos alvos do sistema, Wermuth e Assis assinalam que:

[...] a criminalização dos setores pauperizados ocorre desde a elaboração do ordenamento jurídico, ou seja, os operadores do direito ao elaborar as leis penais possuem o máximo de cuidado para não atacar os interesses e os valores da classe dominante, de modo que toda a ação coercitiva e repressiva recaia sobre os sujeitos vulneráveis e aliados dos espaços de poder. Assim sendo, as instituições que operacionalizam a política penal acabam por reproduzir a lógica imposta pelo arcabouço jurídico, atuando de maneira seletiva e repressiva, tendo como principais alvos de suspeição os setores marginalizados das instâncias sociais, políticas, econômicas e culturais²⁵.

Outra característica dessa forma de seletividade, para Andrade, consiste na imunização de condutas daqueles pertencentes às classes mais altas da sociedade, os quais possuem o poder de impor ao sistema penal a quase total impunidade de suas ações delitivas, o que está em consonância com a classificação do direito penal como “*braço armado da classe dominante*”²⁶. Esses atributos da seletividade qualitativa podem ser verificados, dentre outros, por meio de dois exemplos presentes no sistema penal brasileiro: o perfil da população carcerária e a promulgação de diplomas normativos como a Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016.

2.2 Exemplos que refletem a seletividade no Direito brasileiro

Partindo-se da premissa de que o Direito Penal consiste em um mecanismo de controle formal que incide seletivamente e de forma estigmatizante sobre segmentos específicos, cumpre verificar se o perfil da

²² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Ramos Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 26.

²³ ANDRADE, Vera Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 269.

²⁴ SILVA, Phillippe Cupertino Salloum; LIMA FILHO, Marcos José de Oliveira. Calons: redefinindo as fronteiras dos direitos humanos e do sistema de justiça penal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 514-529, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5108/3734>. Acesso em: 17 fev. 2020.

²⁵ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ASSIS, Luana Rambo. A seletividade no sistema penal brasileiro e a produção da vida nua (Homo sacer). *Revista Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 15, n. 28, p. 2-45, 2016. p. 23-24.

²⁶ ANDRADE, Vera Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 269.

massa carcerária brasileira corrobora essa hipótese. Isso pode ser feito com base nas estatísticas obtidas pelo “Mapa do Encarceramento: Os jovens do Brasil”, relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que revela dados sobre o perfil da população carcerária brasileira dos anos de 2005 a 2012.

Dentre as diversas revelações presentes na citada pesquisa, destacam-se a faixa etária, a cor da pele e os tipos de crime que ensejaram as reclusões naquele período. Nesses pontos, o documento aponta que: (i) 54% dos encarcerados possuem idade entre 18 e 24 anos; (ii) 60% das pessoas submetidas à prisão são negras; e (iii) no que tange aos delitos, 49% correspondem a crimes contra o patrimônio, 25% dizem respeito a tráfico de drogas e 11,9% a crimes contra a pessoa²⁷.

Ao analisarem esses dados, Wermuth e Assis rebatem o argumento de que o sistema carcerário brasileiro é composto por indivíduos que possuem alto grau de periculosidade, chegando à conclusão de que:

[...] as prisões brasileiras estão superlotadas de sujeitos jovens, negros, pobres, analfabetos ou semi-analfabetos. Enfim, o discurso segundo qual o Brasil encarcera cidadãos extremamente violentos e perigosos não passa de uma falácia. Percebe-se, no entanto, que as prisões são espaços nos quais são depositados os segmentos redundantes e inservíveis para o modo de produção capitalista, ou seja, as prisões são espaços de exclusão e confinamento daqueles que foram considerados irrelevantes do ponto de vista social, político, econômico e cultural²⁸.

Portanto, parece claro que o sistema penal brasileiro possui os seus alvos preferenciais: jovens, negros e com grau de escolaridade baixa, o que revela uma das facetas da seletividade qualitativa. Há, nesse sentido, “uma operacionalidade do sistema repressivo e das práticas de governo que tende, historicamente, a dirigir às áreas pobres, habitadas por um grupo específico de pessoas, uma intervenção altamente truculenta e seletiva.”²⁹

Além dessa característica, a imunização das condutas criminosas de sujeitos pertencentes às classes dominantes também pode ser verificada como uma escolha político-criminal brasileira. É o que se constata, dentre outros exemplos, por meio da leitura da Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, a qual dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País³⁰. Conquanto o objetivo explícito do legislador tenha sido arrecadar tributos e multas, mediante a regularização de recursos de origem lícita mantidos no exterior e que não foram declarados a tempo, para incentivar a adesão ao programa, essa lei assegura a impunidade de crimes de falsidade, sonegação, evasão de divisas e lavagem de dinheiro relacionados aos valores repatriados, constituindo, portanto, uma verdadeira anistia³¹.

Ou seja, pessoas com grande poder aquisitivo que mantinham contas irregulares no exterior, muitas delas contendo valores possivelmente oriundos de crimes, tiveram a oportunidade de regularizar sua situação tributária perante o Fisco, sem serem submetidas a investigações criminais. Nota-se que, embora o diploma

²⁷ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 2015.

²⁸ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ASSIS, Luana Rambo. A seletividade no sistema penal brasileiro e a produção da vida nua (Homo sacer). *Revista Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 15, n. 28, p. 2-45, 2016. p. 13-14.

²⁹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MORI, Emanuele Dallabrida. Pacto federativo e a intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro: o incremento da violência e da seletividade punitivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p.61-82, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6074/pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020. p. 80.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016*. Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13254.htm. Acesso em: 19 nov. 2019.

³¹ BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota da Força-Tarefa Lava Jato sobre a Lei de Repatriação de Recursos*, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/nota-da-forca-tarefa-lava-jato-sobre-lei-de-repatriacao-de-recursos>. Acesso em: 19 nov. 2019.

legal disponha que os recursos repatriados devam possuir origem lícita, não é exigido que o contribuinte apresente provas concretas acerca dessa circunstância, o que, considerando-se a aludida *seletividade quantitativa* do sistema penal, indica que nem todas as irregularidades foram apuradas pelas agências investigativas.

Além disso, a lei considera, em seu art. 7º, §1º, que:

[...] a divulgação ou a publicidade das informações presentes no RERCT implicarão efeito equivalente à quebra do sigilo fiscal, sujeitando o responsável às penas previstas na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e no art. 325 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e, no caso de funcionário público, à pena de demissão³².

Dessa forma, devido ao sigilo dos dados, a Receita Federal encontra dificuldades para identificar a origem dos recursos, o que interfere nas averiguações. Não foi por outra razão que, segundo reportagem noticiada pelo “Jornal Nacional” em 16 de maio de 2017, pessoas investigadas na Operação Lava Jato estariam valendo-se dessas brechas legislativas para lavar dinheiro oriundo de propinas³³.

Chama a atenção, ainda, o fato de a Lei nº 13.254/2016 ter sido sancionada um ano depois da divulgação do escândalo conhecido como “*SwissLeaks*”, por meio do qual foi descoberta a existência de contas mantidas por brasileiros em agência irregular do Banco HSBC no exterior e cujos recursos, os quais totalizavam a quantia aproximada de US\$ 7 bilhões de dólares, não foram declarados no Brasil³⁴. Trata-se, portanto, de um exemplo claro de imunização de condutas criminosas atribuídas a quem detém poder econômico e, conseqüentemente, possui poderes para interferir na condução da política criminal do país.

3 Problematizações acerca do uso da colaboração premiada para a operação lava jato: quebra de paradigma ou manutenção de privilégios?

A seção anterior tratou sobre o conceito de seletividade do sistema penal e, ao final, foram citados dois exemplos de situações tendentes a corroborar a hipótese de que o sistema penal brasileiro é seletivo. Por meio da presente seção, pretende-se averiguar se a utilização dos acordos de colaboração premiada na Operação Lava Jato acentua essa seletividade ou constitui um instrumento que, ao constituir uma técnica investigativa que facilita investigações no âmbito de organizações criminosas, contribui para a diminuição da impunidade dos crimes de colarinho branco. Os objetivos específicos desta seção consistem em: (i) traçar um panorama normativo acerca da Colaboração Premiada no Brasil, (ii) expor os requisitos necessários para a elaboração de acordos e; (iii) apontar qual é o perfil dos colaboradores que obtiveram mais benefícios na operação.

3.1 Definição, breve histórico e os requisitos para a utilização da Colaboração Premiada no Brasil

A Colaboração Premiada constitui uma técnica investigativa por meio da qual é oferecida ao sujeito passivo de um processo criminal a atenuação de sua responsabilidade penal ou, até mesmo, a impunidade, caso

³² BRASIL. *Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016*. Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13254.htm. Acesso em: 19 nov. 2019.

³³ LEI da repatriação é usada para lavar dinheiro de propina, diz força-tarefa. *G1: Jornal Nacional*, 16 maio 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/05/lei-da-repatriacao-e-usada-para-lavar-dinheiro-de-propina-diz-forca-tarefa.html>. Acesso em: 19 nov. 2019.

³⁴ TARDAGULA, Cristina. Um ano depois, investigações abertas sobre o caso Swissleaks andam em marcha lenta. *Agência Lupa*, Rio de Janeiro, 08 abr. 2016. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2016/04/08/investigacoes-do-swissleaks-em-marcha-lentissima>. Acesso em: 19 nov. 2019.

este ofereça meios de provas aptos a revelar os crimes praticados pela organização criminosa a que pertence. Valendo-se dessa ferramenta, além de confessar os seus delitos, o colaborador pode fornecer informações destinadas à incriminação de outros agentes, razão pela qual o instituto também é conhecido popularmente como “Delação Premiada”³⁵.

No Brasil, a concessão de benefícios àqueles que contribuem com a Justiça é uma possibilidade já existente na época em que vigentes as Ordenações Filipinas (1603-1830), quando o perdão era oferecido a quem revelasse o cometimento do crime de “lesa majestade” antes de ser descoberto pelo rei³⁶. Séculos depois, seguindo tendências internacionais, a prática passou a ter previsão legal em diversos diplomas normativos esparsos, tais como: Lei de Crimes Hediondos, Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha e Lei de Drogas³⁷.

A despeito de já estar prevista na legislação pátria a possibilidade de serem concedidos prêmios a colaboradores de quaisquer crimes, o que se deu por meio da Lei nº 9.807/1999 (Lei de Proteção à Vítima e à Testemunha), somente com a promulgação da Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) a Colaboração Premiada passou a ter uma sistematização detalhada. Isso porque esse último diploma, diferentemente dos anteriores, os quais tratavam apenas do instituto como causa de diminuição de pena, disciplinou, de forma pormenorizada, a maneira como devem ser elaborados os termos de acordos, o que até então carecia de regulamentação legal. Conforme salienta Mendonça:

[...] embora já houvesse a colaboração premiada antes da Lei 12.850/2013, o legislador, desde 1990, tratou do instituto apenas em seu aspecto material. Ou seja, previa benefícios — de maneira variada e sem maior uniformidade — àqueles que contribuísem para a persecução penal. A prática judicial é que veio suprir as lacunas em relação ao procedimento, à legitimidade, garantia das partes etc³⁸.

Portanto, os acordos firmados no âmbito da Lava Jato a partir de 2014, quando iniciada a operação, tiveram como base legal as disposições previstas nesse último diploma³⁹. Assim, antes de tecer críticas às lacunas normativas tendentes a tornar a Colaboração Premiada mais um instrumento a serviço da seletividade inerente ao sistema penal, cumpre discorrer sobre os requisitos presentes na novel legislação para a homologação de acordos e a consequente obtenção de benefícios.

De acordo com o disposto na lei, são exigidos três requisitos fundamentais para a validação de acordos e a consequente concessão de benefícios: (i) voluntariedade; (ii) eficácia; e (iii) circunstâncias objetivas e subjetivas favoráveis do colaborador. Essa é a constatação que pode ser tirada da leitura do art. 4º, *caput* e §1, da Lei nº 12.850/2013, *in verbis*:

Art. 4º - O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017. p. 146.

³⁶ JESUS, Damásio de. Barganha e acordos no processo penal: crítica às tendências de expansão da justiça negociada no Brasil. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 6-8, 2014. p. 6-8.

³⁷ DALLA ZEN, Maurício Habekost; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras Impressões a respeito da (des)necessidade do sigilo externo do acordo de colaboração premiada como forma de preservação dos direitos do delatado: um problema efetivo? In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SILVEIRA, Felipe Lazzari da (org.). *Democracia e(m) sistema penal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 228.

³⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado. *Revista Custus Legis*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 1-38, 2013. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>. Acesso em: 31 out. 2019.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017. p. 135.

- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração⁴⁰.

A voluntariedade pretende garantir que o auxílio à investigação jamais possa advir de qualquer tipo de coação ou de promessa de benefícios não disciplinados em lei que não foram objeto do acordo. Por essa razão, foram previstas algumas exigências que podem evitar a ocorrência de vícios durante as fases de negociação, homologação e execução do acordo, tais como: (i) presença de advogado em todos os atos da negociação; (ii) homologação judicial; (iii) declaração expressa de aceitação do colaborador e de seu defensor; e (iv) registro, quando possível, dos atos de colaboração pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações⁴¹.

No que tange à eficácia, a lei trata o auxílio como obrigação de resultado, pois apenas se um ou mais dos objetivos previstos na lei forem atingidos será possível a obtenção dos prêmios, ou seja, a mera confissão não é suficiente para o colaborador ser beneficiado.⁴² Por essa razão, Silva atenta para a necessidade de diferenciar os conceitos de efetividade e eficácia, uma vez que a primeira apenas exige uma postura ativa do colaborador, enquanto a segunda pressupõe que a colaboração alcance objetivos específicos. Para o referido jurista:

[...] não há que se confundir, pois, efetividade das declarações prestadas com a sua eficácia: é possível que o colaborador preste auxílio efetivo às autoridades, esclarecendo todos os fatos de seu conhecimento, atendendo a todas as notificações e participando das diligências necessárias para a apuração do crime, sem que, contudo, tal empenho possibilite os resultados exigidos pelo legislador⁴³.

Por fim, para a homologação judicial do acordo e a concessão da benesse, devem ser analisadas: a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, conforme determina o §1º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013⁴⁴. Devido a esse último requisito, na visão de Mendonça e de parte da doutrina⁴⁵, a colaboração não constitui uma garantia destinada ao acusado e, sim, visa a atender, precipuamente, aos interesses da investigação, motivo pelo qual a existência de acordo seria um requisito indispensável para a concessão das benesses, veja-se:

[...] não se trata de direito subjetivo do investigado/imputado/condenado realizar o acordo e receber os benefícios. O membro do MP e o Delegado de Polícia devem verificar a adequação da colaboração àquele caso concreto, à luz da estratégia investigativa e da persecução penal, sem olvidar a própria repercussão social do fato criminoso e sua gravidade⁴⁶.

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁴¹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 19.

⁴² BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 126.

⁴³ SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 58-59.

⁴⁴ BRASIL. *Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁴⁵ Nesse sentido: SENNA, Gustavo; BEDÊ JUNIOR, Américo. *A Colaboração premiada no Brasil*. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (org.). *Temas atuais de polícia judiciária*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 376-379; DIPP, Gilson. *A "delação" ou colaboração premiada*. Brasília: IDP, 2015. p. 43.

⁴⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado*. *Revista Custus Legis*, Rio de

Em sentido contrário, Pacelli defende a possibilidade de concessão de benefícios independentemente da formalização de acordo entre acusação e colaborador, tratando o instituto também como direito subjetivo do acusado⁴⁷. Na mesma linha, ao enfrentar a controvérsia, Jardim sustenta haver diferença entre “colaboração premiada” e “acordo de cooperação previsto na Lei nº 12.850/2013”, conceituando a primeira como simples causa especial de diminuição de pena e o segundo como negócio jurídico processual público⁴⁸.

Nessa direção, ainda, para Rosa, a aceitação da colaboração premiada unilateral, ou seja, sem a anuência da acusação, possibilita um controle sobre a discricionariedade dada ao Ministério Público e a Polícia para a celebração de acordos. Segundo o autor:

[...] embora o Estado (delegados de Polícia e Ministério Público) possa incentivar os primeiros delatores com maior benefício, a negativa deve ser explicitada para ensejar o controle jurisdicional das motivações. Caso contrário, sem justificativa, o Ministério Público seria o dono absoluto e abusivo da ação penal, equiparando-se ao modelo americano da discricionariedade absoluta, ausente no Brasil⁴⁹.

A despeito da apontada divergência, a concessão dos benefícios previstos na Lei 12.850/2013, sem a formalização do acordo, já foi utilizada na Operação Lava Jato no processo nº 5046512-94.2016.4.04.7000, em que Leo Pinheiro, ex-presidente da empreiteira OAS, foi condenado a dez anos e oito meses de reclusão por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Na sentença, que também condenou em 1º grau o Ex-Presidente Lula, o então Juiz e atual Ministro da Justiça Sérgio Moro autorizou que o empresário cumprisse apenas dois anos e seis meses em regime fechado, podendo, ainda, requerer progressão da pena para o regime semiaberto independentemente do pagamento total dos danos causados à Petrobrás, destacando, ao conceder a benesse, que “envolvendo o caso crimes praticados pelo mais alto mandatário da República, não é possível ignorar a relevância do depoimento de José Adelmário Pinheiro Filho”⁵⁰.

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado o entendimento de que as leis especiais que dispõem sobre a concessão de benefícios a colaboradores não exigem a prévia formalização de acordo. A título exemplificativo, veja-se trecho da ementa do Recurso Especial 1691901-RS, no qual foram concedidos benefícios a réu que contribuiu, sem acordo, com a investigação, aplicando-se as disposições previstas na Lei nº 9.613/1998 (Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro):

O art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/1998, contempla hipótese de colaboração premiada que independe de negócio jurídico prévio entre o réu e o órgão acusatório (colaboração premiada unilateral) e que, desde que efetiva, deverá ser reconhecida pelo magistrado, de forma a gerar benefícios em favor do réu colaborador⁵¹.

Dessa forma, os diplomas anteriores à Lei nº 12.850/2013, os quais permanecem vigentes, não exigem a anuência do Ministério Público ou da Polícia para a concessão de benefícios, e tendo em vista o seu reconhecimento pela jurisprudência pátria, pode-se dizer que a colaboração premiada unilateral constitui um direito subjetivo que pode ser utilizado por todos os acusados que possuem interesse em contribuir com as investigações. Apesar disso, o acordo de colaboração efetuado com o Ministério Público ou a Polícia possui

Janeiro, v. 4, p. 1-38, 2013. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>. Acesso em: 31 out. 2019.

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 818.

⁴⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Nova interpretação do acordo de cooperação premiada*. Disponível em: <http://revistafdc.uniflu.edu.br/2017-1-cooperacao-premiada.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

⁴⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Você sabe o que significa delação premiada unilateral? *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-22/limite-penal-voce-sabe-significa-delacao-premiada-unilateral>. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁵⁰ BRASIL. Justiça Federal. *Processo nº 5046512-94.2016.4.04.7000*. Juiz prolator: Sérgio Fernando Moro. Julgado em 12 julho 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/07/LULA-CONDE-NADO.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial: Resp 1691901 RS 2014/0210097-8*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 26/09/2017, T6 Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 09/10/2017. Disponível em: <https://stj.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/508593086/recurso-especial-resp-1691901-rs-2014-0210097-8/inteiro-teor-508593091>. Acesso em: 02 nov. 2019.

uma força cogente capaz de garantir mais segurança àquele que deseja contribuir com a investigação, motivo pelo qual poucos réus se arriscam a fornecer meios de provas sem terem a garantia, por meio de um negócio jurídico processual homologado previamente pelo Juiz, de que os benefícios serão concedidos na sentença.

Essa constatação considera o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, o qual, ao considerar a colaboração premiada como negócio jurídico processual, assim decidiu:

[...] os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador [...] ⁵².

Diante dessas circunstâncias, embora a colaboração premiada, considerada como causa de diminuição de pena, possa ser realizada sem a anuência da acusação, para respondermos ao problema de pesquisa proposto, torna-se necessário averiguar quais os critérios utilizados pelo *Parquet* para a realização de acordos de colaboração premiada na Operação Lava Jato. É o que será feito a partir da análise da Orientação Conjunta nº 1/2018, documento por meio do qual o Ministério Público Federal estipula diretrizes acerca desse tema.

3.2 A Orientação Conjunta nº 1/2018 e o “mito” da neutralidade do Ministério Público

Como visto no tópico anterior, apesar de dispor acerca dos requisitos exigidos para a homologação judicial do acordo de colaboração premiada e a possível concessão de benefícios, a Lei nº 12.850/2013, assim como as leis anteriores que tratam do tema, é silente quanto à hipótese de o Órgão Acusador negar-se a negociar com determinado colaborador. Dessa lacuna legislativa, pode-se extrair que o Ministério Público detém certa discricionariedade para oferecer ou não benefícios àqueles que se propõem a fornecer meios de obtenção de provas no âmbito de uma investigação criminal.

Assim, com o objetivo de tornar mais transparente a fase de negociação, o Ministério Público Federal elaborou a Orientação Conjunta nº 1/2018⁵³, diploma normativo interno que dispõe os parâmetros a serem adotados na celebração de acordos de colaboração premiada perante o órgão. Ainda que o documento não possua força vinculante, trata-se de uma sinalização importante a respeito dos critérios de “escolha” dos colaboradores da Operação Lava Jato, motivo pelo qual destacam-se alguns pontos do referido diploma.

Primeiramente, chama a atenção o fato de, nos dois primeiros itens da Orientação, o órgão definir a colaboração premiada genericamente como “negócio jurídico processual”, avocando-se, ainda, como único operador o instituto.

1. O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, os quais são atendidos desde que advenha um ou mais dos resultados previstos no art. 4º da Lei 12.850/2013 e pode ser celebrado em relação aos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante.
2. A exclusividade para celebração de acordo de colaboração premiada pelo Ministério Público Federal não impede o auxílio ou a cooperação da Polícia Federal⁵⁴.

Tal definição vai de encontro ao entendimento de que a colaboração premiada também possui uma natureza penal material, assegurando a concessão de benefícios também a quem não firmou acordo com o Ministério Público ou a Polícia, mas cumpriu os requisitos previstos na lei. Ao criticar esses pontos, Rodrigues salienta que o instituto em análise é amparado por elementos de natureza substantiva, tais como: dosimetria

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/8/2015, publicado em DJe de 4/2/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127483%2EENUME%2E+OU+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5mumdtc>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁵³ BRASIL. Ministério Público Federal. *Orientação Conjunta nº 1/2018*. Acordos de Colaboração Premiada, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁵⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. *Orientação Conjunta nº 1/2018*. *Acordos de Colaboração Premiada* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

da pena, fixação de regime, perdão judicial e, inclusive, punibilidade, os quais encontram fundamento na Parte Geral do Código Penal e nas normas constitucionais que sobre este incidem, o que, para o jurista, não pode ser desconsiderado⁵⁵.

Em seguida, o documento prevê, em seu ponto 4.1, que “a proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado”⁵⁶, mas deixa de prever a possibilidade de o pretense colaborador apresentar recurso contra a negativa. Questiona-se, portanto, se essa omissão não constitui uma restrição indevida de acesso ao direito de colaborar, conquanto, ainda, exista a possibilidade de realização do acordo com a Polícia.

Também merece destaque o ponto “18”, por meio do qual o Ministério Público Federal estabelece os parâmetros objetivos a serem considerados na proposta de benefícios:

18. Ao propor os benefícios, o Membro do Ministério Público Federal deve considerar parâmetros objetivos, dentre os quais: quantidade de fatos delitivos narrados pelo colaborador, oportunidade da colaboração (ou seja, o momento em que revelou os fatos desconhecidos à investigação); a natureza e credibilidade da descrição dos fatos narrados, a culpabilidade do agente em relação ao fato; os antecedentes criminais; a disposição do agente em cooperar com a investigação e persecução de outros fatos; os interesses da vítima; o potencial probatório da colaboração e outras consequências em caso de condenação; as provas apresentadas pelo colaborador e as linhas de investigação ampliadas⁵⁷.

Desse dispositivo, extrai-se que o Ministério Público Federal inovou em relação ao disposto na Lei 12.850/2013, pois acrescentou requisitos como “culpabilidade do agente em relação ao fato”, “antecedentes criminais” e “interesses da vítima”, para que sejam observados no momento de elaboração da proposta. Embora a Orientação nº1/2018 seja meritória no sentido de dar transparência ao procedimento da negociação, vincular a extensão da benesse a critérios não previstos em lei reforça a hipótese de que a colaboração premiada tem sido utilizada, principalmente, para atender os interesses da investigação, sendo menosprezada a sua natureza penal material.

Este é um problema grave, considerando-se que o *Parquet*, embora possua a prerrogativa constitucional de representar o interesse público, “(...) *incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*” (art. 127, Constituição Federal)⁵⁸, não atua de forma imparcial no processo penal, sendo, ainda, umas das principais agências de controle formal do crime⁵⁹. Nesse sentido, ao discorrer sobre o “mito da imparcialidade” do Órgão Acusador, Casara assinala que:

[...] a ideia de imparcialidade do Ministério Público choca-se com a concepção moderna de processo penal; ou seja, com a noção de que o processo penal constitui um processo de partes. A afirmação da existência de uma “parte imparcial”, crença comum entre os atores jurídicos, expressa contradição em seus próprios termos; tem-se nessa construção teórica, que integra o imaginário dos próprios membros do Ministério Público, verdadeira incompatibilidade ontológica⁶⁰.

Assim, a discricionariedade conferida ao Ministério Público para realizar ou não acordos de colaboração com determinado sujeito reflete algumas características da seletividade apresentadas no capítulo anterior. Primeiro, porque o órgão pode negar-se a receber revelações importantes acerca de crimes desconhecidos, os

⁵⁵ RODRIGUES, Victor Gabriel. *O mito do delator leak*: sobre a recente orientação do MPF para operar a colaboração premiada, 2018. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2018/06/12/o-mito-do-delator-leal-sobre-recente-orientacao-do-mpf-para-operar-colaboracao-premiada/#_ftnref1. Acesso em: 06 nov. 2019.

⁵⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. *Orientação Conjunta nº 1/2018*. Acordos de Colaboração Premiada, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁵⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. *Orientação Conjunta nº 1/2018*. Acordos de Colaboração Premiada. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁵⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁵⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 481-482.

⁶⁰ CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 161.

quais acabam a fortalecer as “cifras ocultas da criminalidade” e, segundo, pelo fato de, por meio de critérios extralegais, ter o poder de escolher aqueles que merecem ter a chance de serem imunizados por benefícios premiais e quem deve ser excluído desse privilégio, o que reforça a “seletividade qualitativa” do sistema penal.

3.3 O perfil dos colaboradores que firmaram acordos juntamente à Força Tarefa de Curitiba: ruptura ou continuidade seletiva?

A atualidade dos exemplos trazidos na seção anterior é capaz de corroborar a hipótese de que o sistema penal brasileiro é seletivo, tendo em vista que: (I) os presídios possuem uma população composta, via de regra, por jovens, negros e pobres; e (II) condutas criminosas atribuídas a detentores do poder econômico são imunizadas pelo legislador quando a dita “classe dominante” sente-se ameaçada. Ademais, a discricionariedade conferida ao Órgão Acusador para a aceitação ou não de acordos de Colaboração Premiada também reflete esse problema, conforme se extrai da análise da Orientação Conjunta nº01/2018 do Ministério Público Federal (item 3.2).

Contudo, defensores da Lava Jato têm proferido discursos no sentido de que a Operação, ao lado da Ação Penal 470 (Mensalão), representa uma quebra de paradigma ético, pois a prisão de criminosos de colarinho branco passou a ser uma realidade comum no país, tornando o sistema menos seletivo por meio de um combate incessante aos crimes de corrupção praticados por pessoas economicamente poderosas. Nesse sentido, a título exemplificativo, destacam-se opiniões manifestadas por duas autoridades públicas que sustentam essa ideia: o Procurador da República Diogo Castor de Matos e o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso.

Em entrevista concedida ao jornalista Alexandre Leoarti, do JOTA, o Procurador da República Diogo Castor de Mattos, ao destacar os impactos positivos do combate à corrupção nos últimos anos, defende que:

A Lava Jato representa o início de um processo de quebra de paradigmas dessa impunidade crônica. Esse processo de quebra também foi iniciado no Mensalão e agora continua. Foi a primeira vez que foi possível desnudar um esquema de corrupção a fundo⁶¹.

Da mesma forma, ao prefaciá-la obra “Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas”, organizado pela professora Maria Cristina Pinotti, Barroso fez uma longa análise acerca do combate à corrupção e da “refundação do Brasil” encadeada pelas duas operações, apontando que:

[...] se há uma novidade no Brasil, é uma sociedade civil que deixou de aceitar o inaceitável. A reação da cidadania impulsionou mudanças importantes de atitude que alcançaram as instituições, a legislação e a jurisprudência. A primeira delas foi o julgamento da Ação Penal 470, conhecida como o caso do “mensalão”, marco emblemático da rejeição social a práticas promíscuas entre o setor privado e o poder público, historicamente presentes na vida nacional. O Supremo Tribunal Federal foi capaz de interpretar esse sentimento e, num ponto fora da curva — e que veio a mudar a curva —, decretou a condenação de mais de duas dezenas de pessoas, entre empresários, políticos e servidores públicos, por delitos como corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e gestão fraudulenta de instituição financeira.

Na sequência, a magistratura, o Ministério Público e a Polícia Federal conduziram a chamada operação Lava Jato, o mais extenso e profundo processo de enfrentamento da corrupção na história do país — e talvez do mundo. Utilizando técnicas de investigação modernas, processamento de *big data* e colaborações premiadas, a operação desvendou um imenso esquema de propinas, superfaturamento e desvio de recursos da Petrobras. [...]. A verdade é que poucos países no mundo tiveram a capacidade de abrir suas entranhas e expor desmandos atávicos como o Brasil⁶².

⁶¹ MATTOS, Diogo Castor de. “Direito Penal tem sido instrumento de controle da classe dominante”. Entrevista concedida a Alexandre Leoratti. *Jota*. São Paulo, 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/corruptao-mp-procurador-lava-jato-20062018>. Acesso em: 18 nov. 2019. Acesso em: 18 nov. 2019.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. Emburrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil. In: PINOTTI, Maria Cristina (org.). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019.

Em sentido contrário, Souza minimiza os impactos alcançados pela Operação Lava Jato, defendendo a ideia de que a ruptura apontada pelo Ministro Luis Roberto Barroso representa, na verdade, uma tentativa de perpetuação de determinada parcela da sociedade no poder, classificada pelo sociólogo como “elite do atraso”, a qual utiliza o discurso contra a corrupção estatal como uma forma velada de insurgência contra as conquistas sociais obtidas pelo país durante os governos petistas. O referido autor reforça essa tese, ao constatar que pessoas com alto poder aquisitivo, por ele denominadas de “camisas amarelas”, não aderiram a protestos contra escândalos de corrupção revelados durante o governo de Michel Temer, em 2017:

[...] a Operação Lava Jato foi desde seu começo uma caça aos petistas e a seu líder maior, como forma de garantir e assegurar a mesma distância social em relação aos pobres que não os torne tão ameaçadores como eles haviam se tornado com Lula. [...] Se não fosse essa razão, o que faria os “camisas amarelas” — versão nacional dos “camisa negra” de Mussolini — ficarem em casa quietinhos, agora, em meados de 2017, quando a corrupção mostra sua pior face? Se fosse a corrupção o que indignasse esse povo, o panelaço deveria ser ensurdecedor agora, não concorda, leitor? Onde estão os “camisas amarelas”? É a seletividade da corrupção, não só apenas no Estado, mas apenas dos partidos de esquerda, que querem diminuir a distância entre as classes sociais, o que verdadeiramente move e comove nossos “camisas amarelas”⁶³.

Souza argumenta, ainda, que o grande escopo da Lava Jato foi, por meio de uma manipulação midiática e leitura distorcida da história do Brasil, abrir caminho para um processo de privatização de recursos naturais, tendo os defensores da operação classificado a corrupção estatal como principal problema do país, enquanto a corrupção “real”, atribuída ao mercado, passava despercebida pela população em geral. O sociólogo, inclusive, sugere ter havido interferência norte-americana na condução das investigações, sustentando que os Estados Unidos defendem um “*status quo*” mundial no qual o Brasil e América Latina sejam mantidos como mero fornecedores de matéria-prima, excluídos do acesso ao progresso industrial e tecnológico, razão pela qual há interesse estadunidense na exploração do petróleo brasileiro⁶⁴.

Apesar das controvérsias acerca da verdadeira dimensão alcançada pela Lava Jato, é inegável que a utilização de acordos de Colaboração Premiada seja com a intenção de desvendar esquemas criminosos de grandes proporções — conforme defende o Ministro Luis Roberto Barroso — ou com o intuito de enfraquecer projetos de governo contrários ao projeto neoliberal defendido pela elite econômica — como sustenta Jessé Souza — constitui uma característica marcante da operação. Além disso, como essa técnica investigativa possibilita grandes atenuações de penas ou, até mesmo, a impunidade de determinados indivíduos, sua utilização suscita o principal questionamento desta pesquisa, a saber: afinal, os acordos de Colaboração Premiada presentes na Operação Lava Jato reproduzem traços da seletividade inerente ao sistema penal brasileiro?

No item 3.2, restou demonstrado que em tese, sim, pois a discricionariedade conferida ao Ministério Público para a aceitação ou não de acordos abre espaços para que o instrumento seja utilizado de forma seletiva pelo órgão, o qual pode, de maneira arbitrária, negar-se a negociar com determinado investigado. Cabe verificar, concretamente, por meio da análise do perfil dos colaboradores que firmaram acordos juntamente à Força-Tarefa do Paraná, se essa seletividade reflete-se na operação.

Isso pode ser feito a partir da análise acerca das posições ocupadas pelos colaboradores cujos nomes foram divulgados pelo Ministério Público Federal e que tiveram os seus acordos de colaboração homologados judicialmente. O Quadro 1, abaixo, foi construído com base nos dados extraídos do site do órgão⁶⁵, revela a identidade e a função dos colaboradores que firmaram acordos juntamente à Procuradoria Regional da República, com atuação no Paraná, durante o período compreendido entre 27/08/2014 a 03/12/2015:

⁶³ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 185.

⁶⁴ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 225.

⁶⁵ BRASIL, Ministério Público Federal. *Acordos de Colaboração – Públicos (março)*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/lava-jato/acordos-de-colaboracao-publicos-marco/view>. Acesso em: 28 nov. 2019.

Quadro 1:

COLABORADOR	FUNÇÃO	DATA DA ASSINATURA
Paulo Roberto Costa	Ex-Diretor de Abastecimento da Petrobrás	27/08/2014
Shanni Azevedo Costa Bachmann	Filha de Paulo Roberto Costa	16/09/2014
Marici da Silva Azevedo Costa	Esposa de Paulo Roberto Costa	16/09/2014
Márcio Lewkowicz	Genro de Paulo Roberto Costa	16/09/2014
Humberto Sampaio de Mesquita	Genro de Paulo Roberto Costa	16/09/2014
Arianna Azevedo Costa Bachmann	Filha de Paulo Roberto Costa	16/09/2014
Lucas Pace Júnior	Operador de câmbio da doleira Nelma Kodama	17/09/2014
Alberto Youssef	Doleiro e operador financeiro	24/09/2014
Júlio Gerin Almeida Camargo	Executivo da Toyo Setal e operador financeiro	24/09/2014
Augusto Riberito de Mendonça Neto	Executivo da Toyo Setal	22/10/2014
Pedro José Barusco Filho	Ex-gerente-executivo de Serviços e Engenharia da Petrobras	19/11/2014
Rafael Ângulo Lopez	Funcionário de Alberto Youseff	03/12/2014
Shinko Nakandakari	Operador financeiro	06/02/2015
Luis Fernando Sendai Nakandakari	Filho de Shinko	06/02/2015
Juliana Sendai Nakandakari	Filha de Shinko	06/02/2015
Eduardo Hermelino Leite	Ex-vice-presidente da Camargo Corrêa	27/02/2015
Dalton dos Santos Avancini	Ex-diretor presidente da Camargo Corrêa	27/02/2015
João Procópio Junqueira Pacheco de Almeida Prado	Operador de contas de Alberto Youseff no exterior	11/06/2015
Maria Cristina Mazzei de Almeida Prado	Esposas de João Procópio	11/06/2015
Ricardo Pessoa	Dono da UTC	13/06/2015
Rodrigo Morales	Operador financeiro	12/06/2015
Roberto Trombeta	Operador financeiro	12/06/2015
Milton Pascowitch	Operador da Engevix	15/06/2015
José Adolfo Pascowitch	Irmão de Milton e operador da Engevix	15/06/2015
Hamylton Pinheiro Padilha Júnior	Executivo que atuou pontualmente como operador da Área Internacional da Petrobras	15/07/2015
Mário Frederico Mendonça Goes	Operador financeiro	27/07/2015
Victor Sergio Colavitti	Administrador de fato da Link Projetos e Participações Ltda.	04/08/2015
Eduardo Costa Vaz Musa	Ex-Gerente da Área Internacional da Petrobras	07/08/2015

COLABORADOR	FUNÇÃO	DATA DA ASSINATURA
João Carlos de Medeiros Ferraz	Ex-diretor presidente da Sete Brasil	07/08/2015
Fernando Antonio Guimarães Hourneaux de Moura	Empresário representante do grupo político de José Dirceu	28/08/2015
Fernando Antônio Falcão Soares (“Fernando Baiano”)	Operador financeiro	09/09/2015
Ricardo Pernambuco	Sócio da Carioca Engenharia	29/06/2015
Ricardo Pernambuco Júnior	Sócio da Carioca Engenharia	29/06/2015
Alexandre Romano	Ex-vereador do PT de Americana	06/10/2015
João Antônio Bernardi Filho	Sócio responsável do Grupo Schahin	12/11/2015
Salim Taufic Schahin	Sócio responsável do Grupo Schahin	12/11/2015
Agostilde de Monaco de Carvalho	Ex-assistente de Nestor Cerveró na Diretoria Internacional da Petrobras	12/11/2015
Nestor Cuñat Cerveró	Ex-Diretor Internacional da Petrobras	18/11/2015
Luis Eduardo Campos Barbosa da Silva	Sócio da Oildrive Consultoria em Energia e Petróleo Ltda.	03/12/2015

Da análise dos dados obtidos nessa relação, consta-se que, a respeito das 39 pessoas físicas que firmaram acordos no referido período: 14 eram empresários com atuação na iniciativa privada; 11 atuavam como operadores financeiros; 7 foram classificados como “parentes” de determinado colaborador; 4 ocuparam cargos de direção ou gerência na Petrobrás; 2 eram funcionários subalternos ligados a determinado investigado e apenas 1 pertencia à classe política.

Apesar da dificuldade em extrair conclusões definitivas acerca do significado dessas informações: (i) os maiores beneficiados pelo oferecimento de benefícios premiais em troca de colaboração pertencem ao setor privado e ocupavam posições de destaque em suas corporações; e (ii) acordos com pessoas ligadas a partidos políticos são uma raridade, ao menos nas primeiras fases da Operação.

Essas constatações parecem revelar traços da seletividade qualitativa do sistema penal, considerando-se que a utilização de acordos de colaboração premiada na Lava Jato tende a beneficiar um perfil característico de indivíduo: empresário, operador financeiro ou parente de ambos, enquanto a classe política permanece a ser o principal alvo da investigação. É por conta dessa seletividade em relação à corrupção dos políticos que Souza faz uma analogia, comparando estes com os denominados “aviõezinhos do narcotráfico”:

[...] se compararmos nosso capitalismo com o narcotráfico, do qual ele não se separa a não ser por exterioridades, a política e os políticos são os aviõezinhos que sujam as mãos, se expõem à polícia seletiva e ficam com as sobras da expropriação da população. A boca de fumo são os oligopólios e os atravessadores financeiros, que compram a política, a justiça e a imprensa de tal modo a assaltar legalmente a população⁶⁶.

Por outro lado, a predominância de empresários e operadores financeiros como colaboradores na operação também pode ser explicada pelo fato de terem sido eles os primeiros sujeitos a serem investigados pela Polícia Federal, conforme a linha do tempo da operação informa⁶⁷. Entretanto, chama a atenção o fato de não haver uma política de incentivo à utilização da colaboração premiada na investigação dos chamados crimes de massa (furto, roubo, tráfico etc.), circunstância que reforça a hipótese de que o instrumento seja uma ferramenta destinada a proteger, essencialmente, os criminosos de colarinho branco.

⁶⁶ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017. p. 225.

⁶⁷ BRASIL, Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato – Linha do Tempo*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo>. Acesso em: 01 dez. 2019.

Nesse sentido, segundo Rodriguez:

[...] os delitos relacionados ao crime organizado violento jamais serão delatados, como aliás é a experiência em quase toda a latino-américa. Ótimo para preservar vidas, mas nos traz um novo problema, o de acesso aos direitos. Em outras palavras, a medida despenalizadora da delação é, na prática, inacessível ao membro da criminalidade de baixo clero, do economicamente desfavorecido. Salvo alguma tendência suicida, alguém do crime organizado violento jamais exercerá seu direito à delação dos comandantes⁶⁸.

Diante do exposto, conclui-se que, caso não seja instituída uma política criminal voltada a assegurar o acesso ao direito de colaborar com a Justiça a todos os sujeitos passivos de investigações criminais, a concessão de benefícios premiais em troca de colaborações continuará sendo um privilégio de poucos indivíduos. Dessa forma, grandes operações como a Lava Jato, embora aparentem representar quebras de paradigma do sistema penal, acentuarão a lógica seletiva por meio da qual a Justiça brasileira opera.

4 Considerações finais

O presente artigo tratou sobre a seletividade do sistema penal e a utilização do instituto da colaboração premiada na Operação Lava Jato. De forma mais específica, a pesquisa se propôs a averiguar de que modo utilizaram-se os critérios pelo Ministério Público Federal para elaboração de acordos, e quais os perfis dos escolhidos pelo órgão, para contribuir com as investigações, reproduzem características da seletividade inerente ao sistema penal brasileiro.

Nessa linha, o trabalho teve como finalidade precípua responder ao seguinte problema: em que medida o instituto da Colaboração Premiada, nos moldes em que vem sendo utilizado na Operação Lava Jato, reproduz a seletividade do sistema penal?

Para responder ao questionamento, na primeira seção, discorreu-se sobre a utilização do Direito Penal como mecanismo de controle social, circunstância que acaba privilegiando os interesses da ordem econômica vigente em determinada sociedade, por meio da imunização de ações criminosas de quem detém o poder econômico e da criminalização de condutas de indivíduos pertencentes aos baixos estratos sociais. Apesar de esta ser uma circunstância existente desde o nascimento do Poder Judiciário, somente a partir dos estudos conduzidos por Edward Sutherland acerca dos crimes de colarinho branco e das pesquisas empíricas acerca das “cifras ocultas da criminalidade”, a criminologia passou a enfatizar ao problema da seletividade do sistema penal.

Em seguida, apresentou-se como o Direito Penal opera de maneira seletiva, por meio da criminalização primária — escolha dos bens jurídicos a serem protegidos pelas normas penais —, criminalização secundária — aplicação das leis por pelas instâncias formais de controle social — e criminalização terciária — execução da pena ou medidas de segurança. Verificou-se então que, nesse processo, o alvo das instâncias formais de controle social (Polícia, Justiça, Administração Penitenciária etc.) não consiste na ação delitiva em si, mas, sim, na escolha dos indivíduos que serão punidos pelo sistema.

Em complementação, foram apresentadas as duas variáveis da seletividade: (i) quantitativa, que deriva da impossibilidade de o sistema punir os praticantes de todas as condutas consideradas criminosas, motivo pelo qual apenas uma parte ínfima de delitos chega ao conhecimento das instâncias formais de controle social; e (ii) qualitativa, a qual revela que o sistema penal é um instrumento de repressão dirigido contra determinados tipos de pessoas, principalmente aquelas pertencentes aos baixos estratos sociais, enquanto condutas delitivas de poderosos são imunizadas.

⁶⁸ RODRIGUES, Victor Gabriel. *Delação premiada 2: custo humano e extermínio natural*, 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/04/26/delacao-premiada-2-custo-humano-e-exterminio-natural>. Acesso em: 01 dez. 2019.

Ao final da primeira seção, foram apontados dois exemplos que refletem as características da seletividade qualitativa do sistema penal brasileiro: (i) o perfil da massa carcerária identificado pelo documento intitulado “Mapa do Encarceramento: Os jovens do Brasil”, o qual informa que a maioria da população prisional é composta por jovens, negros e pobres, e (ii) a promulgação da Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, diploma legal que anistiou crimes de falsidade, sonegação, evasão de divisas e lavagem de dinheiro praticados por pessoas que mantinham contas irregulares no exterior. Assim, constatou-se que o sistema penal brasileiro é, em sua essência, seletivo, considerando-se que há um perfil predominante de preso no cárcere (jovem, negro e pobre) e que a imunização de condutas criminosas de sujeitos pertencentes às classes dominantes é, muitas vezes, assegurada pela legislação pátria.

Na segunda seção, discorreu-se sobre a colaboração premiada, apontando a origem e natureza jurídica do instituto no Direito brasileiro e identificando os requisitos previstos na Lei nº 12.850/2013 para a elaboração de acordos. Constatou-se que essa ferramenta possui natureza processual-penal, pois, além de constituir uma técnica investigativa útil para a investigação de crimes no âmbito de organizações criminosas complexas – o que a caracteriza como instituto processual -, trata-se de um direito subjetivo do acusado receber benefícios premiais após colaborar efetivamente com as investigações, sendo, portanto, uma circunstância atenuante que deve incidir automática e igualitariamente aos investigados, desde que atendidos os requisitos legais — daí a sua natureza penal.

Contudo, da análise da Orientação Conjunta nº 01/2018, a qual estipula diretrizes para a realização de acordos no âmbito do Ministério Público Federal, extraiu-se que o órgão detém uma grande discricionariedade para aceitar ou não a colaboração de determinados sujeitos por meio de critérios extralegais, o que corrobora a hipótese inicialmente apresentada, qual seja: o instituto em análise acentua a seletividade inerente ao sistema penal brasileiro. Essa constatação restou reforçada ao final do artigo, por meio da identificação dos sujeitos que firmaram acordos de colaboração premiada juntamente à Procuradoria Regional da República que atua no Paraná, responsável pela maior parte dos acordos firmados no âmbito da Operação Lava Jato.

Isso porque a relação de acordos disponível no site do Ministério Público Federal revela que a utilização de acordos de colaboração premiada na Lava Jato tende a beneficiar um perfil característico de indivíduo, a saber: empresário, operador financeiro ou parente de ambos — que, aliás, trata-se do mesmo perfil das pessoas imunizadas pela Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016 — enquanto a classe política permanece a ser o principal alvo da investigação. Ou seja, os maiores beneficiados pelos acordos de colaboração premiada são indivíduos pertencentes ao setor privado e cumpriam papéis de destaque em suas corporações, o que parece indicar a existência de maior proteção do sistema àqueles que detém poder econômico, característica do direito penal denunciada, desde 1940, por Sutherland, e reforçada pelos estudos da criminologia crítica.

Conquanto não seja possível assegurar, de forma categórica, a validade dessa hipótese, a falta de uma política criminal tendente a incentivar a utilização da colaboração premiada aos “crimes de massa” (furto, roubo, tráfico etc.) e a crítica a respeito dos impactos da Operação Lava Jato, realizada pelo sociólogo Jessé Souza na obra “A Elite do Atraso”, amparam a hipótese apresentada. Contudo, será preciso aguardar o término da operação para chegar-se a conclusões definitivas a respeito do problema apresentado.

Referências

ANDRADE, Vera Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ARAÚJO, Felipe Dantas de. Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinan-

ciamento do terrorismo: barreira epistêmica e agenda de diálogo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 1-27, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1662/pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas: Lei n. 12.850/2013*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 maio 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 31 out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.496, de 24 de outubro de 2017*. Institui o Programa Especial de Regularização Tributária (Pert) na Secretaria da Receita Federal e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13496.htm. Acesso em: 19 nov. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Projeto de Lei Anticrime*. Anteprojeto de lei nº, de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 [...]. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Caso Lava Jato: entenda o caso*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/entenda-o-caso>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial: REsp 1691901 RS 2014/0210097-8*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 26/09/2017, T6 Sexta Turma, Publicação DJe 09/10/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/508593086/recurso-especial-re-sp-1691901-rs-2014-0210097-8/inteiro-teor-508593091>. Acesso em: 02 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 127.483/PR*. Relator Min. Dias Toffoli, julgamento 27/8/2015, publicado em DJe de 4/2/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127483%2E%2E+OU+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5mumdtc>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n.133, p. 133-171, jul. 2017.

CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DALLA ZEN, Maurício Habckost; MACHADO, Tomás Grings. Primeiras impressões a respeito da (des) necessidade do sigilo externo do acordo de colaboração premiada como forma de preservação dos direitos do delatado: um problema efetivo? In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SILVEIRA, Felipe Lazzari da (org.) *Democracia e(m) sistema penal*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade*

- criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DIPP, Gilson. A “delação” ou colaboração premiada. Brasília: IDP, 2015.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland: A teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. *Revista De jure*, Belo Horizonte, n. 11, p. 144-167, jul./dez. 2008.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Eduardo Jardim, Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Nova interpretação do acordo de cooperação premiada*. Disponível em: <http://revistafdc.uniflu.edu.br/2017-1-cooperacao-premiada.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.
- LEI da repatriação é usada para lavar dinheiro de propina, diz força-tarefa. *G1 Jornal Nacional*, 16 maio 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/05/lei-da-repatriacao-e-usada-para-lavar-dinheiro-de-propina-diz-forca-tarefa.html>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- JESUS, Damásio de. Barganha e acordos no processo penal: crítica às tendências de expansão da justiça negociada no Brasil. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 6-8, 2014.
- MATTOS, Diogo Castor de. “Direito Penal tem sido instrumento de controle da classe dominante”. Entrevista concedida a Alexandre Leoratti. *Jota*. São Paulo, 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/corruptao-mp-procurador-lava-jato-20062018>. Acesso em: 18 nov. 2019.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado. *Revista Custus Legis*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 1-38, 2013. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>. Acesso em: 31 out. 2019.
- MOLINA, Pablo Antônio Garcia; GOMES, Flávio Luiz. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal e controle social*. Tradução Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. Parte geral.
- RODRIGUES, Victor Gabriel. *O mito do delator leal: sobre a recente orientação do MPF para operar a colaboração premiada*, 2018. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2018/06/12/o-mito-do-delator-leal-sobre-recente-orientacao-do-mpf-para-operar-colaboracao-premiada/#_ftnref1. Acesso em: 06 nov. 2019.
- ROSA, Alexandre Moraes da. Você sabe o que significa delação premiada unilateral? *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-22/limite-penal-voce-sabe-significa-delacao-premiada-unilateral>. Acesso em: 02 nov. 2019.
- SENNA, Gustavo, BEDÊ JUNIOR, Américo. A colaboração premiada no Brasil. In: ZANOTTI, Bruno Taufner, SANTOS, Cleopas Isaías (org.) *Temas atuais de polícia judiciária*. 2. ed. Salvador, JusPodivm, 2016.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei nº 12.850/2013*. São Paulo: Atlas, 2015.
- SILVA, Phillipe Cupertino Salloum; LIMA FILHO, Marcos José de Oliveira. Calons: redefinindo as fronteiras dos direitos humanos e do sistema de justiça penal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 514-529, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5108/3734>. Acesso em: 17 fev. 2020.
- SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R.; LUCKENBILL, David F. *Principles of criminology*. 11. ed. New York: General Hall, 1992.

TARDAGULA, Cristina. Um ano depois, investigações abertas sobre o caso Swissleaks andam em marcha lenta. *Agência Lupa*, Rio de Janeiro, 08 abr. 2016. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2016/04/08/investigacoes-do-swissleaks-em-marcha-lentissima>. Acesso em: 19 nov. 2019.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ASSIS, Luana Rambo. A seletividade no sistema penal brasileiro e a produção da vida nua (Homo sacer). *Revista Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 15. n. 28, p. 2-45, 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MORI, Emanuele Dallabrida. Pacto federativo e a intervenção federal na segurança pública do Rio de Janeiro: o incremento da violência e da seletividade punitivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p.61-82, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6074/pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Ramos Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Poder, masculinidade e participação em facções criminosas a partir de relatos adolescentes privados de liberdade pela prática de atos infracionais

Power, masculinity and participation in criminal factions from teenagers private of freedom by the practice of infringement acts reports

Jailson Alves Nogueira

Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira

Lauro Gurgel de Brito

Veruska Sayonara de Góis

Poder, masculinidade e participação em facções criminosas a partir de relatos adolescentes privados de liberdade pela prática de atos infracionais*

Power, masculinity and participation in criminal factions from teenagers private of freedom by the practice of infringement acts reports

Jailson Alves Nogueira**

Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira***

Lauro Gurgel de Brito****

Veruska Sayonara de Góis*****

Resumo

O artigo investiga as relações de poder e a masculinidade num cenário de prática de atos infracionais e de participação em facções criminosas. Trata-se de um trabalho de cunho teórico e empírico que, além da revisão bibliográfica, explora dados produzidos pelo Projeto de Extensão Direitos Humanos na Prática, da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA), no primeiro semestre de 2018. A partir de 3 (três) instrumentos de coletas com informações sobre “poder” e “masculinidade” dos adolescentes, são analisados os relatos de adolescentes internados no Centro de Atendimento Socioeducativo Mossoró/RN (CASE). Podemos concluir que a vontade de poder e a necessidade de afirmação da masculinidade dos adolescentes atuam de modo a contribuir para a prática de atos infracionais e a participação em facções criminosas.

Palavras-chave: Adolescentes. Ato infracional. Facções criminosas. Masculinidade. Poder.

Abstract

The study investigates the relations of power and masculinity in a scenario of programs for young offenders and participation in criminal factions. This theoretical and empirical work explores data produced by the Human Rights in Practice University Extension Project, of the Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA), in the first half of 2018. From 3 (three) collection instruments with information on “power” and “masculinity” of teenagers, the reports of teenagers in custody at the Socio-Educational Assistance Center (CASE) from Mossoró/RN are analyzed. We can conclude that the desire for power and the need to affirm the masculinity of teenagers

* Recebido em 07/01/2020

Aprovado em 13/03/2020

** Mestrando em Ciências Sociais e Humanas e graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). E-mail: jailsonalvesuern@hotmail.com.

*** Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), mestre em Ciências Sociais e Humanas, especialista em Direitos Humanos e graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Professor da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Advogado. E-mail: ramonreboucas@gmail.com.

**** Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). E-mail: laurogurgel@uern.br.

***** Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e graduada em Comunicação Social pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professora da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). E-mail: veruskasayonara@gmail.com.

act in order to contribute to the commission of infringement acts and participation in criminal factions.

Keywords: Teenagers. Infringement Act. Criminal factions. Masculinity. Power.

1 Introdução

Após germinarem-se, fixarem-se e dominarem o sistema penitenciário brasileiro, as facções criminosas têm expandido seu campo de atuação nos últimos anos, tanto dentro quanto fora do país¹. Inicialmente, desenvolvendo atividades ilícitas na Região Sudeste, sobretudo nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, esses grupos viram, na Região Nordeste, um campo fértil a ser explorado. Tanto o sistema penitenciário quanto o sistema socioeducativo potiguar estão inseridos nesse contexto de expansão da criminalidade.

A participação de adolescentes em facções criminosas e a prática de atos infracionais se relacionam com fatores que tangenciam o biopsicossocial, dentre eles o poder e a masculinidade. Esses dois fatores emergem e dialogam entre si como características de dominação sobre o outro, seja demonstrando virilidades ao “dispor” das mulheres mais bonitas (masculinidade), ou por meio de instrumentos que potencializam a sobreposição de um sujeito pelo outro, como a utilização de armas de fogo (poder).

Diante disso, o presente artigo tem como objetivo analisar, teórica e empiricamente, o poder e a masculinidade num cenário de prática de atos infracionais e da participação de adolescentes em facções criminosas. A abordagem teórica é feita a partir de uma revisão bibliográfica. Já no campo empírico, o artigo explora o banco de dados do Projeto de Extensão Direitos Humanos na Prática, da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA), do qual selecionamos três instrumentos de coletas que continham informações acerca da temática abordada². Os relatos são de adolescentes que cumpriam medida socioeducativa de internação no Centro de Atendimento Socioeducativo Mossoró/RN (CASE) no primeiro semestre de 2018.

A análise teórica e empírica nos possibilitou concluir que tanto a vontade de poder quanto a necessidade de afirmação da masculinidade dos adolescentes atuam no sentido contribuir para a prática de atos infracionais e a participação em facções criminosas, oportunizando reconhecimento social de adolescentes em vulnerabilidade socioeconômica, mesmo que seja pela via das práticas ilícitas.

Para chegarmos a esse resultado, dividimos o trabalho em duas partes. Num primeiro momento, abordamos de que forma o poder e/ou a vontade de tê-lo ou de expressá-lo contribuem para a prática de atos infracionais e para a participação de adolescentes em grupos criminosos, e, posteriormente, analisamos como a dimensão da masculinidade dos adolescentes, enquanto sentimento de virilidade, dialoga com seus comportamentos ilícitos e facciosos.

2 Adolescência e vontade de poder

Apesar das relações de poder serem debatidas preponderantemente no campo da política e da economia, elas possuem uma estreita relação com as práticas ilícitas, sobretudo quando envolvem a participação de adolescentes em facções criminosas. Com isso, fica evidente a indissociabilidade entre as expressões jurídi-

¹ MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. *A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2018.

² Importante destacarmos que os demais instrumentos (que foram no total de seis), não incluídos na análise, não negaram os fatores do “poder” e da “masculinidade”, todavia, alguns adolescentes somente tangenciaram essas questões, não ofertando materiais de análise suficientemente adequados. Apesar do Centro de Atendimento Socioeducativo Mossoró (CASE) ter capacidade para alojar 48 adolescentes do sexo masculino, no momento da coleta dos dados estava com sua capacidade reduzida a 30 adolescentes, já que, devido às suas condições estruturais, encontrava-se sob intervenção judicial.

cas e os fenômenos da política e da economia. É importante compreendermos o poder além das obviedades políticas e econômicas. Ele é intrínseco à pessoa e às relações humanas. Está na família, no trabalho e até mesmo no saber, a partir do qual queremos encontrar uma verdade para se buscar o poder³, ou a vontade de poder se transveste por pretensa investigação da verdade.

O ser humano tem carências e “o poder desenvolver-se-á, assim, como a possibilidade de mover-se, agir e constituir uma atividade orientada no meio, capaz de satisfazer as exigências das condições de vida do próprio ser”⁴. Todo sujeito almeja o poder para desenvolver suas atividades cotidianas, algo que não é diferente em relação aos adolescentes em contextos de vulnerabilidades.

Algo bastante problemático é quando os adolescentes, sujeitos em peculiar estágio de desenvolvimento, efetivam ou recorrem ao poder por meio de atividades ilícitas, participando de facções criminosas, as quais se apoiam no poderio bélico e financeiro para se consolidarem. Essa manifestação de poder, muitas vezes exercido pela via das armas de fogo, traz significados para a vida dos adolescentes, ainda que eles sejam caracterizados com “em conflito com a lei” do Estado. É que, sem o acesso a esses instrumentos de poder, podem perder representatividade grupal e saírem fragilizados na teia das relações de poder em que estão inseridos, sobretudo, no ambiente comunitário. A arma não empodera e (re)significa apenas a vida de adolescentes, ela também se difunde entre os adultos como instrumento de legitimidade e autoridade, em menor ou maior intensidade, a depender do contexto e do que está em jogo no “mundo do crime”⁵. A utilização de armas de fogo ainda pode ser vista como uma prerrogativa de determinados “irmãos”, uma vez que portá-la gera o poder de decidir sobre quem vai viver ou morrer, dentro ou fora do cárcere⁶.

Ao entrarmos em contato com relatos de adolescentes internados no CASE Mossoró, pudemos compreender melhor como se desenvolvem esses mecanismos de poder e significação, que afetam a produção da subjetividade desse grupo social. Num dos relatos extraímos o seguinte: “o que me fez entrar para a facção criminosa foi o poder de fogo que ela dispõe, o maior do RN, e a maconha. Isso me faz sentir bem e poderoso”. E mais: “o desejo de pertencer a um grupo foi o que me fez participar de facção, lá tem união, coletividade, respeito e cumplicidade”⁷.

Outro adolescente relata que sempre recebe convites dos seus colegas para fazer parte de grupos facciosos, mas vem se negando. De acordo com ele, seus colegas se utilizam da atratividade que a arma de fogo proporciona para recrutar novos adolescentes: “meus colegas me chamam pra fazer parte das facções, diz que é bom porque têm armas, mas não vou”⁸. Em ambas as narrativas, o poder que a arma de fogo proporciona foi utilizado como elemento de sedução dos jovens. No começo para atraí-los; depois, para fixá-los nos grupos faccionais.

Diante de tais promessas, ainda que elas possam ser ilusórias e passageiras, os adolescentes parecem encontrar, no seio das facções criminosas, a aquisição de poder, a satisfação dessa vontade humana de ser empoderado ou, pelo menos, o sentimento de ser capaz de sobrepor o outro. Assim, constrói-se a ideia de pertencimento a um grupo que atende também à sua demanda por reconhecimento e identidade, certo *status* social negado por outras esferas, como a família, instituições públicas (escola, hospitais, polícias) e diversos espaços sociais (shoppings, praças, etc.). Portanto, fortalece neles a crença de que, quanto mais tiverem aces-

³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. 18. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

⁴ MARINO FILHO, Armando. A Necessidade da Educação do Poder e do Domínio para as Relações Sociais e Políticas. *Rev. Psicol. Polít.*, São Paulo, v. 10, n. 20, dez. 2010. p. 265. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2010000200006. Acesso em: 12 set. 2019.

⁵ FELTRAN, Gabriel Santis. Crime e Castigo na Cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 58, p. 59-73, jan./abr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v23n58/v23n58a05.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

⁶ DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷ Adolescente 01, 17 anos.

⁸ Adolescente 02, 17 anos.

so a armas de fogo, mais poderão dominar seus inimigos e ganhar respeito e pertencimento comunitário/carcerário/socioeducativo pela via das práticas ilícitas, principalmente, perante as facções criminosas rivais e o Estado, representado pelos agentes de segurança.

Quando falamos em socioeducação, criminalidade e sistema penitenciário, notamos que vêm à tona também as vulnerabilidades dos agentes das forças de segurança, num processo de (des)humanização dos sujeitos diretamente envolvidos nesses conflitos. Tudo isso está imbricado com os “micropoderes” nos ambientes de restrição de liberdade, provenientes tanto de quem cumpre a medida/pena quanto dos agentes que trabalham nas unidades onde o Estado mantém o controle. Em verdade, há uma relação simbiótica entre eles (Estado e facções criminosas), uma permissão informal. Num cenário igual a esse, o poder estatal “não se aplica pura e simplesmente como uma obrigação ou uma proibição, aos que ‘não têm’; ele os investe, passa por eles e por meio deles, apoia-se neles”⁹.

O poder não pode ser visto como um instrumento que é dado naturalmente, pois existem outros fatores que se comunicam. Na relação de poder entre adolescência e facções criminosas, ele não existe somente por uma carência biológica, mas se expressa sócio culturalmente. Por outro lado, ele também não se impõe única e unilateralmente, precisa ser articulado,

[...] o que significa que essas relações se aprofundam dentro da sociedade, que não se localizam nas relações do Estado com os cidadãos ou na fronteira das classes e que não se contentam em reproduzir ao nível dos indivíduos, dos corpos, dos gestos e dos comportamentos a forma geral da lei ou do governo; que se há continuidade (realmente elas se articulam bem, nessa forma, de acordo com toda uma série de complexas engrenagens), não há analogia nem homologia, mas especificidade do mecanismo e de modalidade¹⁰.

Essas relações de poderes são singulares, não obedecem à lógica binária do “sim ou não”, como se um elemento tivesse poder e o outro não, com uma suposta “soma zero”. É preciso levarmos em consideração as pluralidades que contornam o poder, como as vulnerabilidades dos sujeitos dentro e fora do seu contexto de convivência familiar e comunitária. Nesse sentido, quando essa convivência não se processa de maneira saudável e positiva, ainda que as crises sejam próprias do desenvolvimento humano e social, como oportunidades de criação e afirmação da personalidade do sujeito, as vulnerabilidades e carências se configuram como excelentes “janelas de oportunidade” para as facções criminosas oferecerem sentido à vida dos adolescentes. Isso implica a possibilidade de crescimento e satisfação pessoal, ainda que por meio das atividades ilícitas.

O poder costuma ser visualizado a partir de um *locus* centralizador, o Estado. Do mesmo modo, o Direito é, habitualmente, visto na sua concepção monista, de jurisdição e legiferação exclusivamente estatais. Todavia, esses pretensos dogmas de teorias políticas e jurídicas não correspondem ao olhar sociológico mais realista, que enxerga um tipo de pluralismo normativo/jurídico, haja vista a nítida presença de códigos normativos/jurídicos no interior das facções criminosas, ainda que a normatividade não seja legítima ou se configurem antinomias entre o direito estatal e o “direito faccional”¹¹.

Há um pluralismo de poderes dentro do contexto em que estão envolvidos Estado e facções criminosas. Poderíamos falar de “micropoderes”¹², que constituem o desenvolvimento de uma luta em volta de um foco particular de poder. Esses focos são capazes de criar inúmeros pequenos focos, que podem “ser um pequeno chefe, um guarda de H. L.M., um diretor de prisão, um juiz, um responsável sindical, um redator-chefe de um jornal”¹³.

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 30.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 30.

¹¹ OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de; NOGUEIRA, Jailson Alves. O Intrincamento entre os Códigos Jurídicos do Estado de Direito e das Facções Criminosas. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 413-428, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6592/pdf>. Acesso em: 06 out. 2019.

¹² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

¹³ FOUCAULT, Michel. *Micropolítica do Poder: Organização e tradução* de Roberto Machado. 18. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

Apesar dessa análise de Foucault sobre o poder, ele não apresenta uma definição conceitual por acreditar que o poder se trata de um fenômeno complexo e descontínuo. Com isso, não existe um objeto “poder”, mas relações de poder dentro de um campo social. E é, nesse sentido, que existe a busca pelo exercício do poder dos adolescentes com intermédio das facções criminosas. É válido salientar que o conceito de poder foi explorado também por vários pensadores, a exemplo dos contratualistas Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, e também por Max Weber¹⁴, os quais influenciaram o surgimento do Estado Moderno¹⁵.

Algumas comunidades se tornam territórios dominados por facções criminosas, sobretudo nas periferias materialmente empobrecidas das grandes cidades. Nesse cenário, o poder também é expressado e imposto por grupos facciosos e pelo Estado, intercruzando entre si, de modo que, muitas vezes, não é possível a identificação de quem está exercendo e com base em qual código normativo (estatal ou faccioso), pois se modifica a depender do local e do momento, ensejando em relações de poderes. Como exemplo, podemos citar os repertórios da justiça nas periferias de São Paulo, num contexto de imposição das regras do Primeiro Comando da Capital (PCC), que, além da justiça estatal, divina e dos meios de comunicação, o PCC é legitimado como um zelador da lei¹⁶, atuando como uma instituição extraoficial e com códigos próprios.

Também é importante mencionarmos que há outros centros de poderes que concorrem com o Estado, como o político, o econômico e o religioso¹⁷. Mas, neste artigo, não iremos nos debruçar sobre essas outras manifestações. Nosso foco é no poder e nas práticas ilícitas que envolvem a participação de adolescentes em facções criminosas, a partir dos próprios relatos de alguns jovens em cumprimento de medida socioeducativa de internação no CASE Mossoró/RN.

Se por um lado a descentralização e abertura do poder fortalece o regime democrático de um Estado, ao inserir grupos marginalizados socialmente nas tomadas de decisões (como é o caso dos adolescentes que habitam as periferias empobrecidas materialmente e estão em maior grau de vulnerabilidade), por outro, pode torná-lo vulnerável e possibilitar o surgimento de grupos que não convergem com a democracia, como é o caso das facções criminosas.

Esses grupos buscam se legitimar, inclusive, pelo viés da criminalidade e da violência, por meio do discurso de resistência ao processo de desumanização sofrido dentro dos ambientes prisionais/socioeducativos. Esse aspecto está ligado à gênese das facções no Brasil¹⁸. No ambiente comunitário, externo aos espaços de privação de liberdade, as facções têm se expandido ao fornecerem bens e serviços em territórios marginalizados e precariamente assistidos pelo Poder Público. Essas circunstâncias entrelaçam adolescentes, facções criminosas e o Estado em relações de poder muito complexas. Mesmo agindo à margem da legalida-

¹⁴ O fenômeno das facções criminosas também pode ser visto à luz do pluralismo jurídico e da Sociologia Weberiana, sobretudo quanto aos tipos de dominação propostas por Max Weber. Assim, predomina nesses grupos facciosos a dominação que Weber conceitua como burocrática ou racional-legal, aquela que “não está restrita à lei formalmente positivada, mas se manifesta também nas relações em que os dominados obedecem a ordenamentos ‘informais’ por eles criados – nesse caso, aos ordenamentos jurídicos das facções” (SILVA; SOUSA, 2018, s. p.). Como proposta de tipos-ideais, essa classificação de Weber não pretende enquadrar todos os aspectos de uma dada forma de dominação concreta, razão pela qual não se descarta também o apelo à dominação “carismática” de alguns líderes (anti-heróis exemplares) perante a comunidade, criando devoção ao líder e laços afetivos entre os “irmãos” da facção. Como as facções têm investido mais em horizontalidade, pela força das complexas circunstâncias, o poder hierarquizado tem amenizado a representação de figuras que poderiam exercer o poder de chefes da organização nos moldes da dominação “tradicional”, pelo que prevalece mesmo a dominação “burocrático-legal”, que se sustenta pelas hierarquias funcionais e desempenhos em obedecer aos documentos oficiais.

¹⁵ SANTIN, Janaína Rigo; MARCANTE, Sheron. Microfísica do poder e poder local. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 6, n. 11, jul. 2014. Disponível em: <https://www.rbhcs.com/rbhcs/article/view/207>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁶ FELTRAN, Gabriel Santis. Crime e Castigo na Cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 58, p. 59-73, jan./abr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v23n58/v23n58a05.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

¹⁷ SANTIN, Janaína Rigo; MARCANTE, Sheron. Microfísica do poder e poder local. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 6, n. 11, jul. 2014. Disponível em: <https://www.rbhcs.com/rbhcs/article/view/207>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁸ AMORIN, Carlos. *CV-PCC: a irmandade do crime*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

de, as facções criminosas vêm encontrando espaço para manifestarem seu poder e menosprezarem o poder oficial, ganhando adesão e simpatia de pessoas. Sobretudo daquelas que têm os direitos básicos violados pelos próprios agentes do Estado ou que criticam a negligência deste em prover o mínimo necessário a uma vida digna.

Historicamente, crianças e adolescentes são vistos como sujeitos insignificantes, seja no plano internacional ou nacional. Num primeiro momento, entre os séculos XVI e XIX eram vistos como pessoas sem relevância e, conseqüentemente, sem direitos. A partir do século XX, deixaram de ser concebidos como “animais” e entraram no rol de “objetos” a serem tutelados pelo Estado. Com a promulgação de 1988 e, posteriormente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), crianças e adolescentes passam a ser vistos como sujeitos de direitos, tendo a família, sociedade e Estado obrigação de lhes efetivar os direitos¹⁹.

Os adolescentes que possuem alguma relação com facções criminosas buscam sabotar quem os sabotam, ou seja, o Estado – por meio dos agentes de segurança – e as facções criminosas rivais, conforme relato de um deles: “os maiores inimigos do [facção A] é os ‘puliça’ e os [facção B]. Os [facção B] cola com ‘puliça’”²⁰. Nesse relato, a identificação de inimigos (facção rival e polícia) fortalece o senso grupal e, de certa maneira, indica como “colar com ‘puliça’” pode ser uma forma de denunciar que alguns agentes estatais também são cooptados ou se confundem com as facções, num verdadeiro mecanismo de deslegitimação do poder oficial.

Nas facções criminosas, predomina uma relação de poder local, num espaço limitado, mas com reflexo mais amplo, até global. As tomadas de decisões estão mais próximas dos que compõem esses grupos, gerando um sentimento de pertencimento no processo decisório das ações. Nesse mesmo sentido, Camila Caldeira Nunes Dias, ao analisar a figuração da facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), arremata que, na nova ordem social da facção, a violência física deixou de ser um instrumento de afirmação e de pertença. Passam a valer mais a posse de bens, o domínio das relações e o pertencimento à facção²¹.

Com esse poder, elas são capazes de realizar ações que, nas comunidades vulneráveis, suprem ou se confundem com “políticas públicas”, ao efetivar direitos juntamente aos respectivos membros. Em regra, isso acontece com o apoio das comunidades, seja pelo medo de represália e/ou pela carência material nesses ambientes, como a atuação para garantir o direito à segurança²² e o controle nos preços de produtos²³.

Entretanto, em que pese a retórica do poder das facções, não nos parece crível que esse comportamento das facções e suas demandas por justiça contribuam para uma (r)evolução social e uma mudança dos paradigmas em busca dos sentimentos de justiça, igualdade e democracia, pois o que abastece e sustenta o discurso é a expansão dos negócios ilícitos e a cristalização de práticas ilegais.

É urgente reconhecer que há poderes fora do Estado, entre eles, os que são exercidos pelas facções criminosas perante seus membros e dentro das comunidades onde o poder estatal não atua de modo eficiente ou não são visto como positivo perante o corpo social periférico. Reconhecer a expressão de poder das facções não representa uma diminuição do poder oficial ou um rebaixamento da sua atuação, mas a admissão de um problema concreto relacionado à criminalidade e que exige posturas estatais ativas e inovadoras, com inteligência e uso de tecnologias no combate ao crime e à violência, de sorte que as pessoas voltem a confiar no Estado democrático de Direito.

¹⁹ Lima, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. *Rev. Bras. Polit. Públicas* (Online), Brasília, v. 7, n. 2, p. 313-329, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4796/pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

²⁰ Adolescente 01, 17 anos.

²¹ DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²² SUPOSTA facção criminosa promete punir bandidos em Santa Cruz. *Agora RN*. Disponível em: <http://agorarn.com.br/regionais/suposta-facciao-criminosa-promete-punir-bandidos-em-santa-cruz/>. Acesso em: 20 jul. 2019.

²³ TRÁFICO espalha cartazes anunciando queda no preço do botijão de gás na rocinha. *Extra*. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/trafico-espalha-cartazes-anunciando-queda-no-preco-do-botijao-de-gas-na-rocinha-21893233.html>. Acesso em: 28 nov. 2019.

Portanto, é preciso que os agentes do Estado se valham de políticas de segurança e outras políticas públicas (educação, saúde, alimentação, habitação, esporte, lazer, etc.) que supram as necessidades e vulnerabilidades dos cidadãos imersos em ambiente aliciados pelas facções, que investem no empoderamento e pertencimento dos seus membros e, em se tratando de adolescentes homens, na virilidade/masculinidade. A técnica de ampliar o uso da violência física nas comunidades periféricas e a estratégia de encarcerar os sujeitos em condições precárias de cumprimento da pena têm se evidenciado muito onerosas, tanto na dimensão financeira quanto em termos de mortes de policiais, de acusados e de terceiros. Essas escolhas fornecem mais subsídios argumentativos e fáticos para ampliar o poderio das facções.

O poder não pode ser concebido, simplesmente, a partir da utilização da força, mas ela está presente em grande parte das relações e expressões de poder. Hannah Arendt, com um viés mais político do que criminológico, aborda o poder e defende que a violência deve ser dissociada dele porque “se a essência do poder é a efetividade do domínio, não existe então nenhum poder maior do que aquele que provém do cano de uma arma, e seria difícil dizer ‘de que maneira a ordem dada por um policial é diferente daquela dada por um bandido armado’”²⁴. Pelo contrário, acreditamos que o poder se expressa a partir de um agir conjunto. Ele pode até ser associado à violência, porque:

[...] es cierto que el poder es a menudo violento y que muchos grupos y personís basan su poder social en su capacidad para hacer violencia a los demás. Pero aunque la capacidad de violencia suponga un poder real, no todo poder es violento²⁵.

Compartilhamos da ideia de que as facções criminosas, isoladamente, não dispõem de poderes, mas que há múltiplas relações de poder dentro da sociedade que as fazem se expressar. O poder se manifesta, essencialmente, de forma repressiva, já que “o poder é guerra, guerra prolongada por outros meios”^{26,27}, mas, só há poder se houver liberdade²⁸.

Nesse sentido, acreditamos que, por meio das armas, os adolescentes, influenciados por facções criminosas, portando uma arma de fogo, possuem, efetivamente, poderes, mesmo que seja momentaneamente “emprestados” da arma. Há, com isso, uma relação de poder entre facções criminosas, sociedade, Estado e facções criminosas rivais, instrumentalizada pelas armas de fogo, como símbolos sociais de empoderamento.

De acordo com o adolescente 03, o sentimento de poder, ora implícita, ora explicitamente, contribuiu para a sua participação em facção criminosa: “a facção pergunta se tamo precisando de alguma coisa: fuga, armas, apoio. Eles desce uma pistola, [escopeta calibre] 12, qualquer coisa que você quiser fazer ela [facção B] ajuda”. Ao participarem de facções, os adolescentes passam a se enxergarem sujeitos que carregam características de anti-herói, que nada mais é do que um herói especial, alguém que atua à margem da lei e teve seus direitos negados.

Relatando-nos em outro momento, ele é ciente que o simples fato de portar uma arma de fogo não o torna um sujeito de poder (o poder transita nas relações e a arma produz efeitos de poder), pois o que acontece são expressões das relações de poder de forma transitória, potencializadas pelo sentimento de coletividade presente nos espaços facciosos.

O [facção B] desce armamento e drogas pra gente. Eu sei que o poderoso é o lá de cima, mas a gente também se sente poderoso porque sabe que ninguém vai mexer com nós, a gente pode contar com a

²⁴ ARENDT, Hannah. *Da violência*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985. p. 23.

²⁵ MARTÍN-BARÓ, Ignacio. *Sistema, grupo y poder: psicología social desde centroamérica II*. El Salvador: UCA Editores, 1989. Colección Textos Universitarios, v. 10.

²⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. 18. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p. 99.

²⁷ Buscando compreender o poder a partir de uma concepção política, Foucault inverte o aforismo de Carl von Clausewitz. Este assegura que a guerra nada mais era do que a continuação da política. Já Foucault, pondera que “a política é a guerra prolongada por outros meios”.

²⁸ FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, L.; RABINOW, P. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

facção. Quando eu sair daqui [CASE], já tem um revólver e uma pistola. O bom, também, é que sempre tá o “mói”, todo mundo junto, nunca tá pouco, sempre todo mundo armado²⁹.

É notório que o adolescente entrevistado possui uma estreita relação com a facção B. As vulnerabilidades, associadas à sensação de poder que a facção proporciona por meio do acesso a armas de fogo, influenciaram o adolescente a fazer parte do grupo. Soma-se a isso a representatividade social que os bens materiais proporcionam, mesmo sendo resultado de práticas ilícitas.

Diante desse contexto, as facções criminosas solidarizam-se e dão significados ao seu comportamento antissocial, afinal, “o anti-herói ferido pode ser um cavaleiro heroico numa armadura enferrujada, um solitário que rejeitou a sociedade ou foi rejeitado por ela”³⁰. Ainda, a invisibilidade social desses sujeitos contribui para que eles busquem, pela via da criminalidade, conseguir representatividade comunitária, o que não lhes parece ser possível pelo viés da legalidade. Vencer, seguindo as leis, pode parecer quimérico e utópico, além de poder soar como uma afronta aos seus pares da comunidade, que sofrem violações e negligências dos “homens da lei”.

Mas não se restringe a isso. Há outros fatores relevantes a serem considerados, como no caso de:

[...] una familia desunida, material o emocionalmente insatisfactoria para sus miembros, un ambiente poco acogedor, un indebido aprendizaje temprano, pueden contribuir a formar una personalidad proclive a comportamientos delincuenciales³¹.

O poder que os adolescentes buscam, ao integrarem facções criminosas, é o de submeter e controlar a vontade de pessoas ou grupos, parceiros ou inimigos, sujeitando-os a um código jurídico próprio da facção em que o principal instrumento de coerção é a violência. Eles veem, no poder, a possibilidade de buscar participação nas tomadas de decisões do grupo e reconhecimento perante seus pares, bem como conseguir respeito dentro das associações e comunidades que frequentam.

3 Masculinidade: sentimento de virilidade, força e poder

Nos últimos anos, a taxa de mortalidade dos homens jovens³² vem aumentando. E não há nenhuma relação com os índices de mortalidade infantil, pois, mesmo nos países europeus, onde os índices de mortalidade são baixos, o número de jovens mortos vem crescendo. Em países considerados em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, a taxa de homicídio de homens jovens é maior do que em países que passam por guerra civil³³.

Esse fenômeno é reflexo do modelo de masculinidade que eles buscam viver e querer a todo custo provar que é “homem” forte, viril e poderoso. Eles buscam, por meio das facções criminosas, afirmar sua masculinidade utilizando-se da violência para amenizar os efeitos da exclusão social³⁴. Assim, a falta de políticas públicas específicas para esse perfil etário, com suas idiosincrasias biopsicossociais, abre ainda mais espaço para o aliciamento de grupos com retóricas discursivas que prometem suprir as necessidades, ainda que os sujeitos precisem se valer de meios violentos e ilegais contra o Estado.

²⁹ Adolescente 03, 17 anos.

³⁰ VOGLER, Christopher. *A jornada do escritor: estruturas míticas para escritores*. 2. ed. Tradução de Ana Maria Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 58.

³¹ MARTÍN-BARÓ, Ignacio. *Sistema, grupo y poder: psicología social desde centroamérica II*. El Salvador: UCA Editores, 1989. p.168. Colección Textos Universitarios, v. 10.

³² No Brasil, considera-se jovem, de acordo com o Estatuto da Juventude, as pessoas que têm entre 15 e 29 anos de idade.

³³ BARKER, Gary. *Homens na linha de fogo: juventude, masculinidade e exclusão social*. Tradução de Alexandre Arbex Valadares. Rio de Janeiro: 7Letras, 2008.

³⁴ BARKER, Gary. *Homens na linha de fogo: juventude, masculinidade e exclusão social*. Tradução de Alexandre Arbex Valadares. Rio de Janeiro: 7Letras, 2008.

Os debates sobre masculinidade vêm se intensificando. Há quem fale que estamos passando por uma crise de masculinidade, pois a identidade dos homens estaria sendo comprometida, tornando-se sem hegemonia³⁵. Não negamos que há, historicamente, uma diferença de direitos e deveres entre homens e mulheres, bem como é importante reconhecermos que a feminilidade é utilizada como parâmetro para medir o grau de masculinidade dos homens. Porém, não é nosso objetivo analisar a masculinidade a partir dessas configurações de gênero ou numa disputa binária ou comparativa como se um fosse fraco e o outro forte. Analisaremos a masculinidade enquanto representação de virilidade, uma demonstração de força e poder entre os adolescentes do sexo masculino, sem atribuir, com isso, às mulheres ou ao feminino o sentido de fraqueza, embora as facções deem esse tipo de significação machista, a ponto de pressionar os seus jovens membros a assumir estereótipos de “machos viris”.

Apesar de haver um vasto entendimento do que seria a virilidade, não podemos analisar o ser viril dissociando-o das concepções de masculinidades, há um diálogo entre essas categorias. Em outras palavras, “é impossível falar de virilidade sem discutir a própria concepção de masculinidade”³⁶.

A virilidade possui um duplo significado, podendo ser atribuída à noção de força, coragem, capacidade de lutar e dominar o outro, conforme será analisada aqui. A outra concepção, a qual não pretendemos adentrar, é a virilidade enquanto forma sexual erétil do homem e sua imposição de valores³⁷.

As concepções de masculinidade não podem ser vistas de forma homogênea, já que elas mudam de acordo com as singularidades e histórias dos sujeitos ou grupos específicos. Isso é reflexo de uma construção social permeada por significados plurais e que tem por trás uma disputa de poder. É necessária uma compreensão das formações subjetivas dos adolescentes, relacionando-as à violência e à posse de arma de fogo que a construção social proporciona e as facções executam com esses sujeitos.

No contexto das facções criminosas, não vemos a virilidade como uma construção “naturalizada” da relação de subordinação homem-mulher, na forma historicamente posta, apesar de haver influências mútuas. Essas representações são afirmadas muito mais pela conjuntura de violência e poder de dominação do outro, que não é necessariamente uma mulher. Aliás, as mulheres não têm representatividade nos processos decisórios das facções, apesar haver indícios empíricos de aumento da sua participação³⁸, mas as atividades por elas desempenhadas dentro do crime são vistas como secundárias, porque predomina uma questão de gênero muito forte, sendo vistas no espaço faccioso como uma “posse” dos presos. Prevalece, assim, a relação masculina entre homem-homem. A mulher fica, no máximo, entre os homens, o que torna uma relação homem-mulher-homem³⁹.

Em regra, o papel desempenhado pelas mulheres emerge como uma espécie de prova de amor/poder para seu companheiro ou filho que se encontra custodiado. É caso, por exemplo, de ingressar nos ambientes prisionais portando drogas e/ou armas ou de servir como “aviãozinho”⁴⁰. Logrando êxito na empreitada, ela e seu companheiro ganharão respeito dentro do grupo. As mulheres se tornaram peças-chave no interior das facções criminosas. Em alguns momentos são parceiras e desempenham papel importante dentro do cri-

³⁵ SILVA, Sergio Gomes da. A crise da masculinidade: uma crítica à identidade de gênero e à literatura masculinista. *Psicol. Cienc. Prof.*, Brasília, v. 26, n. 1, mar. 2006. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000100011. Acesso em: 11 out. 2019.

³⁶ VINUTO, Juliana; ABREO, Leandro de Oliveira; GONÇALVES, Hebe Signorini. No fio da navalha: efeitos da masculinidade e virilidade no trabalho de agentes socioeducativos. *Plural, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 61, 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/126635>. Acesso em: 13 dez. 2019.

³⁷ VINUTO, Juliana; ABREO, Leandro de Oliveira; GONÇALVES, Hebe Signorini. No fio da navalha: efeitos da masculinidade e virilidade no trabalho de agentes socioeducativos. *Plural, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 54-77, 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/126635>. Acesso em: 13 dez. 2019.

³⁸ PAIVA, Luiz Fábio S. “Aqui não tem gangue, tem facção”: as transformações sociais do crime em Fortaleza, Brasil. *Cadernos CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 165-184, abr. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v32n85/0103-4979-ccrh-32-85-0165.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

³⁹ BIONDI, Karina. *Junto e misturado: uma etnografia do PCC*. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2017.

⁴⁰ Refere-se às pessoas que fazem os mandados do crime, como a entrega de drogas, armas ou qualquer outra encomenda ilícita.

me, em outros, são vítimas da violência entre os grupos, quando um acusa o outro de matar “mãezinhas”⁴². Essa discussão foi enfrentada no livro “Prisioneiras”. Ao investigar a realidade das mulheres presas no sistema carcerário, o autor percebeu que muitas delas eram esquecidas pelos seus familiares, apesar de muitas cumprirem pena por causa do companheiro⁴³.

As masculinidades devem ser compreendidas a partir de um prisma hierárquico, considerando-se classes sociais, cor, orientação sexual ou ideologias facciosas. Diante disso, a virilidade dos sujeitos é um instrumento de poder, importante quando se busca disputar o controle do tráfico nas comunidades e domínio dos presídios/centros educacionais.

Não podemos esquecer que há uma masculinidade que se sobressai em relação a outras e acaba sendo utilizada como pressuposto para fundamentar as relações de poder. Assim, podemos falar de “masculinidades”, no plural. As facções utilizam a masculinidade culturalmente reproduzida pelo Estado, presente nos órgãos de segurança pública. Os comportamentos dos sujeitos que participam das facções expressam bem essa realidade, pois eles se baseiam nas afirmações/imposições de masculinidade, força e poder do Estado para reproduzir tais conceitos, ora para se defender, ora para atacar. É o que acontece, por exemplo, quando os agentes de segurança são etiquetados como “homens” ou “zome”. Isso demonstra uma afirmação hegemônica, mesmo que inconsciente, da masculinidade/virilidade e superpoderes da polícia, que acaba servindo de parâmetro para aquisição de armas e estratégias de guerra para agir contra seus inimigos.

A afirmação de masculinidade dos adolescentes, enquanto virilidade, é potencializada pelas facções criminosas. Elas dispõem de alternativas para suprir os desejos dos adolescentes que se encontram em estágio peculiar de desenvolvimento, especialmente, daqueles que estão em contextos de maior vulnerabilidade socioeconômica. Isso vai desde a distribuição de poderio bélico (armas para praticar assaltos, homicídios e “se defender dos inimigos”) ao financeiro (tráfico de drogas e o incentivo à prática de atos infracionais contra o patrimônio). Eles são “desafiados e incentivados a agirem, sob pena de serem rotulados como ‘fracos’, ‘bichas’, ‘moles’, ‘cagões’, ‘caretas’, entre outros epítetos, a responderem a uma ofensa”⁴⁴.

No âmbito das facções criminosas, a masculinidade possui um viés bipolar. Tanto pode representar a conquista de poder sobre outro e ganhar respeito dentro da facção, quanto “um desvio em relação às normas de gênero pode resultar em ridículo ou em ser excluído de certos espaços”. Isso traz significados que interferem no comportamento dos adolescentes porque “definir a versão de masculinidade internalizada, projetada e vivida é uma questão de vida ou morte”⁴⁵.

O privilégio que os adolescentes buscam, ao tentar afirmar sua masculinidade, por meio da violência, é algo intangível e virtual, porém real. Mas não como algo que eles possuem de modo estático. O que há são relações de poder, como visto anteriormente. Também não existe a possibilidade de domesticar os pares ou inimigos e torná-los propriedade. Ocorrem coalizões, para o bem ou para o mal. Diante disso, a virilidade ganha outra dimensão, pois “a virilidade [...] como aptidão ao combate e ao exercício da violência (sobretudo em caso de vingança), é, acima de tudo, uma carga”⁴⁶.

⁴¹ PAIVA, Luiz Fábio S. “Aqui não tem gangue, tem facção”: as transformações sociais do crime em Fortaleza, Brasil. *Cad. CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 165-184, abr. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cerh/v32n85/0103-4979-cerh-32-85-0165.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

⁴² Essa expressão pode ser vista, também, do ponto de vista da masculinidade, pois denota a ideia da “mulher-mãe” subalterna e cuidadora de filhos. Os filhos, nesse caso, não necessariamente são os filhos biológicos, mas aqueles que estão sob os cuidados das mulheres, como os membros das facções criminosas.

⁴³ VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

⁴⁴ PIMENTA, Melissa de Mattos. Masculinidades e sociabilidades: Compreendendo o envolvimento de jovens com violência e criminalidade. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social*, v. 7, n. 3, jul./ago./set. 2014. p. 714. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7239>. Acesso em: 27 jun. 2019.

⁴⁵ BARKER, Gary. *Homens na linha de fogo: juventude, masculinidade e exclusão social*. Tradução de Alexandre Arbex Valadares. Rio de Janeiro: 7Letras, 2008. p. 28.

⁴⁶ BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 11. ed. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 64.

Dentro das facções, há pressões para que os adolescentes ajam como “homem”, tanto no que diz respeito ao tráfico de drogas, ao honrar com as regras de pagamento dos negócios, quanto o seu comportamento de gênero no sentido relacionado à sexualidade. Ao adolescente é imposta a concepção de “macho”, no sentido de não ser afeminado, pois o feminino é visto como algo submisso, dependente e inferior.

Empiricamente, conseguimos perceber, a partir dos diálogos com adolescentes que cumprem medida socioeducativa de internação no CASE Mossoró, que o consumo de drogas e o porte de armas são vistos como ferramentas que potencializam a afirmação da masculinidade dentro das facções criminosas.

O consumo da maconha é utilizado para afirmar sua masculinidade e seu sentimento de coletividade, pois incentiva a união que, num ambiente de vulnerabilidades psíquicas, financeiras e sociais, serve como guia das relações dos grupos facciosos. Diante desse cenário,

[...] muitos adolescentes entram para as facções criminosas com o intuito de buscar poder, reconhecimento e respeito comunitário, conquistar as mulheres mais bonitas, ostentar com transporte, roupas e joias. Para conseguir isso, as facções dão amparo⁴⁷.

Outro adolescente relata não consumir bebida alcoólica, porque ela o deixa em vulnerabilidade. Nas suas palavras, “não dou valor a beber, deixa o cara de vacilo”⁴⁸. A negativa à bebida alcoólica se associa à noção de que os efeitos dela comprometem a autodefesa do sujeito contra os ataques dos seus inimigos, do Estado e das facções rivais.

Nesse ambiente, o consumismo, a busca por poder e a necessidade de pertencer a um grupo, associados à concepção de masculinidade, fazem os adolescentes se utilizarem da força para procurar adquirir respeito, disputar território e adquirir representatividade na comunidade. No mesmo sentido, isso se expressa de forma impositiva em busca de notoriedade social, demonstração de bravura e de ousadia, ao desafiar o Estado e combater as facções rivais. Portanto, para os sujeitos que fazem parte desses grupos, o “orgulho de ser homem não se origina na gentileza e outras disposições civilizadas, mas da capacidade e disposição de destruir o adversário”⁴⁹.

Os conflitos entre os jovens variam de natureza, envolvendo territorialidade, torcidas organizadas, discussões político-partidárias e conflitos identitários de gênero. Os adolescentes compreendem a violência como um recurso eficaz na resolução de conflitos. Percebendo esse desejo dos adolescentes, as facções criminosas corroboram para que ocorram novos episódios de violências.

Hoje os adolescentes convivem com diferentes formas de sociabilidades, seja na escola, família ou nos espaços virtuais. Nessas relações sociais, está a violência dos centros urbanos, que representa grande ameaça para a vida dos jovens, sobretudo quando as facções criminosas despertam neles um sentimento de vizinhança, coleguismo e amizade, que competem por espaço de representatividade e diversão dentro da comunidade. Ao possibilitar o acesso a armas, veículos, aquisição exacerbada de produtos de “marca” e o consumo de drogas (esse último é visto como instrumento para se conquistar mulheres), as facções criminosas contribuem para que os adolescentes afirmem a masculinidade própria.

Porém, nem toda afirmação de masculinidade é carregada de violência física. É preciso analisar e refletir criticamente de que forma ela surge no meio social. A masculinidade fugiu da exclusividade binária “homem-mulher” para uma concepção a partir da história de vida social e cultural de cada sujeito. Devemos considerar que a masculinidade se expressa de diversas formas, apesar das facções quererem traçar um perfil de aceitação com níveis de masculinidades.

A masculinidade deve ser analisada dentro das concepções de gênero de cada sujeito. A violência física

⁴⁷ Adolescente 01, 17 anos.

⁴⁸ Adolescente 02, 17 anos.

⁴⁹ ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. *Estudos avançados*, Ano 21, n. 61, p. 31-49, 2007. p.46. Disponível em: <http://jus2.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a03v2161>. Acesso em: 14 dez. 2019.

contra mulheres é combatida dentro das facções, não sendo essa forma de se afirmar a masculinidade na relação com o sexo feminino, mas nem por isso ela não se expressa dentro dos grupos criminosos. Ela se manifesta noutra roupagem, principalmente com a noção de fertilidade, virilidade e com a conquista mulheres.

A concepção de fertilidade é vista pelos adolescentes como a capacidade de procriar, como é possível observarmos neste relato: “eu quero ser pai porque é massa” (ADOLESCENTE 03, 17 anos). Diante disso, como a maioria dos adolescentes não possuem bens materiais ou contribuição social digna de reconhecimento, uma das maneiras encontradas para deixar seu “legado” social e familiar é se tornar um genitor, ou seja, a busca por uma representação da semente humana. Isso muito se deve ao fato da diminuição das expectativas e projeções de vida desse segmento social.

A masculinidade não é afirmada de forma aleatória, há interesses escusos, não sendo diferente com as facções criminosas. Ela se expressa de acordo com regras de condutas que determinam e regulam a interação social entre os pares, em que busca respeitar a mão invisível que traz o “código de honra” de cada facção. Não se pode tomar decisão isolada dentro do grupo criminoso. Ninguém quer perder poder de decisão. É preciso decidir coletivamente para honrar e satisfazer o ego viril de cada sujeito pertencente ao coletivo. Essa concepção se coaduna com a de que “a virilidade tem que ser validada pelos outros homens, em sua verdade de violência real ou potencial, e atestada pelo reconhecimento de fazer parte de um grupo de ‘verdadeiros homens’”⁵⁰.

Nos espaços onde estão presentes práticas ilícitas, há uma figura que merece destaque e deve ser compreendida a partir da virilidade e poder, e não propriamente da ideia de gênero. Essa figura é estereotipada como a “mulher de bandido”. No binarismo de homem trabalhador e homem bandido, a mulher exerce forte influência na construção da identidade masculina. Ela, ao preferir o “homem bandido”, em detrimento do trabalhador, empodera o “bandido” e o faz ganhar prestígio social.

Relacionar-se com “bandido de facção” dá uma (falsa) sensação de segurança e reconhecimento social. Percebemos que há uma “troca de favores” entre os sujeitos que praticam ilícitos e as mulheres que se envolvem com esses indivíduos. Eles oferecem poder econômico e respeito comunitário às mulheres. Em troca, eles procuram, no corpo delas, legitimar-se socialmente. Portanto, os homens preteridos pela sua condição de periférico passam a ver na influência que as facções exercem uma saída para conseguir relacionamentos amorosos com as mulheres mais “cobiçadas”.

As facções são vistas como uma oportunidade para ascender socioeconomicamente, o que, muitas vezes, não se busca ou se desiste de atingir por meio de escassos e onerosos recursos lícitos. As práticas ilícitas são vistas pelos adolescentes como trabalho digno, pois, para quem vive em condições subumanas, os parâmetros de legalidade e legitimidade se tornam secundários, flexibilizados ou ressignificados a partir de outras bases não estatais.

A masculinidade também se faz presente nas palavras e nas coisas. A nomenclatura “irmão”, utilizada para designar se um sujeito faz parte ou não da facção, entre outras noções, traz uma representação de virilidade que nos chama atenção. Para fazer parte, efetivamente, de uma facção, é necessário ter mais de 18 anos⁵¹, pois essa idade tem um simbolismo que carrega consigo a ideia de homem viril, capaz de se defender e atacar seus inimigos quando necessário. A virilidade é utilizada para distinguir hierarquicamente os membros das facções e a distribuição de tarefas durante os confrontos.

Os crimes sexuais também trazem representações importantes da masculinidade no ambiente faccioso. O código jurídico próprio das facções criminosas considera esse tipo de crime inaceitável. Os indivíduos

⁵⁰ BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 11. ed. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 64.

⁵¹ Em pesquisa realizada em 2007, Karina Biondi assegurava que não era possível a participação de “menores” em facções criminosas. Eles seriam, no máximo, apoiadores do grupo, mas não podiam ser “batizados” (ritual que ratifica a entrada do sujeito nas facções). Por outro lado, Paiva (2019) menciona que a facção Guardiões do Estado (GDE) tem como uma das características o batismo de “menores”.

que cometerem ilícitos sexuais serão punidos de acordo com as regras das facções. Dentre outras regras, estão a humilhação e a violência, podendo ser decretada a expulsão e/ou a morte do “estuprador”. Dito na linguagem deles, aqueles que praticam crimes sexuais são transformados em “mocinhas” da cadeia, o que representa uma mistura de poder e masculinidade, como artificial defesa do feminino ou da mulher. Com a violência sexual, busca-se equiparar os sujeitos violadores às mulheres, na vã concepção da inferioridade feminina, isso porque “a pior humilhação, para um homem, consiste em ser transformado em mulher”⁵². Em busca de conseguir maior coesão social e diminuir a violência no cárcere, há facções que aboliram o estupro de estupradores dentro das prisões (DIAS, 2013), acrescentando à retórica das facções termos do repertório estatal, um tipo de estratégia politicamente correta das organizações criminosas.

Outra forma de a masculinidade se manifestar dentro das facções é com o número de ilícitos praticados pelos “irmãos”, pois quanto mais extenso for o “currículo criminal” do sujeito, mais representatividade e respeito ele possui dentro do mundo do crime. Quem não for capaz de demonstrar virilidade não será aceito nas facções ou passa a desempenhar um papel de pouca relevância, podendo cair no ostracismo, ser expulso ou morto. Isso porque “as manifestações (legítimas ou ilegítimas) da virilidade se situam na lógica da proeza, da exploração, do que traz honra”⁵³.

Dentro do CASE, a masculinidade é colocada à prova quando os adolescentes se utilizam da violência para afirmar sua identidade facciosa perante os adolescentes rivais ou contra os agentes do Estado. A prática viril, ao passo que dá uma sensação de poder, também produz receio nos membros hierarquicamente inferiores e nos membros das facções rivais, já que, além do poderio financeiro, o outro fator que potencializa a subida hierárquica dos membros é a crueldade nos atos praticados. Nesse sentido, há um discurso: “para subir na hierarquia precisa ter muito dinheiro, muitos homicídios, muito conhecimento e experiência. Se possível, ser formado no crime e na faculdade [graduação]”⁵⁴.

Portanto, almejar ascensão social é um atributo que representa a afirmação de poder e identidade masculina dentro da comunidade. Isso não propicia apenas o acesso a bens consumo, como também prestígio perante seus pares. O respeito que os adolescentes buscam está calcado nos indicadores de independência econômica, associados a uma hegemonia de identidade, poder e virilidade masculina⁵⁵. As facções criminosas constituem terreno fértil para os adolescentes buscarem (re)significar sua concepção de poder e sua masculinidade em troca de reconhecimento social.

4 Considerações finais

Num cenário em que buscamos estratégias para conter a prática de atos infracionais e reduzir a participação de adolescentes em facções criminosas, analisamos, a partir de uma abordagem teórica e empírica, a masculinidade e a vontade de poder desses sujeitos que se encontram em estágio peculiar de desenvolvimento biopsicossocial, especialmente pensando nos jovens de comunidades mais empobrecidas materialmente, aos quais se somam vulnerabilidades socioeconômicas.

Diante disso, acreditamos que o poder e a masculinidade dos adolescentes não podem ser vistos de forma dissociada porque se comunicam. Um subsidia o outro. Para os adolescentes, o poder se expressa

⁵² BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 11. ed. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 32.

⁵³ BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 11. ed. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 29.

⁵⁴ Adolescente 01, 17 anos.

⁵⁵ TAVARES, Rosana Carneiro. O Sentimento de Pertencimento Social como um Direito Universal. *Cad. de Pesq. Interdisc. em Ci-s. Hum-s.*, Florianópolis, v.15, n. 106, p. 179-201, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/19848951.2014v15n106p179>. Acesso em: 28 jun. 2019.

de várias formas, seja na utilização de armas de fogo, na inserção no tráfico de drogas e na prática de atos contra o patrimônio, entre outras, como meio de obter ascensão social e reconhecimento.

O acesso a essas atividades ilícitas funciona como meio para os adolescentes afirmarem sua masculinidade e se sobressaírem em meio às relações de poder. Esses sujeitos se utilizam da capacidade financeira que os atos infracionais e a participação em facções criminosas lhes proporcionam para namorar as “novinhas” mais cobiçadas da “balada”. Além disso, a prática de atos ilícitos ordenados pelas facções criminosas demonstra habilidades especiais. Assim, um bom “currículo” proporciona visibilidade dentro do grupo. Eles passam a ser vistos como pessoas viris, algo capaz de alçá-los à condição de herói ou “guerreiro”.

Portanto, o poder e a masculinidade dos adolescentes se expressam em conjunturas de práticas infracionais e na participação em facções criminosas e constituem instrumentos que dinamizam o reconhecimento social dessas pessoas nas suas comunidades, nos centros de atendimento socioeducativo e nas facções criminosas.

Referências

- AMORIN, Carlos. *CV-PCC: a irmandade do crime*. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- ARENDT, Hannah. *Da violência*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985.
- BARKER, Gary. *Homens na linha de fogo: juventude, masculinidade e exclusão social*. Tradução de Alexandre Arbex Valadares. Rio de Janeiro: 7Letras, 2008.
- BIONDI, Karina. *Junto e misturado: uma etnografia do PCC*. São Paulo: Terceiro Nome, 2017.
- BIONDI, Karina. Relações políticas e termos criminosos: o PCC e uma teoria do irmão-rede. *Teoria & sociedade*, Belo Horizonte, v. 15, n. 2, p. 206-235, 2007. Disponível em: https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2017/03/Biondi_PCC_Teoria_Irm%C3%A3o-Rede_Sociedade_2007.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.
- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 11 ed. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BRASIL. *Lei nº 12. 852/2013*. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 ago. 2013.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FELTRAN, Gabriel Santis. Crime e castigo na cidade: os repertórios da justiça e a questão do homicídio nas periferias de São Paulo. *Caderno CRH*, Salvador, v. 23, n. 58, p. 59-73, Jan./Abr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v23n58/v23n58a05.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. 18 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, L.; RABINOW, P. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 231-249.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

Lima, Renata Mantovani de; POLI, Leonardo Macedo; JOSÉ, Fernanda São. A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. *Rev. Bras. Polít. Públicas* (Online), Brasília, v. 7, n. 2, p. 313-329, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4796/pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. *A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Todavia, 2018.

MARINO FILHO, Armando. A Necessidade da Educação do Poder e do Domínio para as Relações Sociais e Políticas. *Rev. Psicol. Polít.*, São Paulo, v. 10 n. 20, dez. 2010. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2010000200006. Acesso em: 12 set. 2019.

MARTÍN-BARÓ, Ignacio. *Sistema, grupo y poder: psicología social desde centroamérica II*. El Salvador: UCA Editores, 1989. Colección Textos Universitarios, v. 10.

OLIVEIRA, Ramon Rebouças Nolasco de; NOGUEIRA, Jailson Alves. O Intrincamento entre os Códigos Jurídicos do Estado de Direito e das Facções Criminosas. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 413-428, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/6592/pdf>. Acesso em: 06 out. 2019.

PAIVA, Luiz Fábio S.. “Aqui não tem gangue, tem facção”: as transformações sociais do crime em Fortaleza, Brasil. *Cadernos CRH*, Salvador, v. 32, n. 85, p. 165-184, abr. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v32n85/0103-4979-ccrh-32-85-0165.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

PIMENTA, Melissa de Mattos. Masculinidades e sociabilidades: Compreendendo o envolvimento de jovens com violência e criminalidade. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social*, v. 7, n. 3, p. 701-730, jul./ago./set. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufjr.br/index.php/dilemas/article/view/7239>. Acesso em: 27 jun. 2019.

SANTIN, Janáina Rigo; MARCANTE, Sheron. Microfísica do poder e poder local. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 6, n. 11, jul. 2014. Disponível em: <https://www.rbhcs.com/rbhcs/article/view/207>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SILVA, Barbara Letícia Gomes da; SOUSA, Maria Júlia Costa Leite e. *Comando vermelho e primeiro comando da capital: o fenômeno das facções criminosas brasileiras à luz do pluralismo jurídico e da sociologia weberiana*. 2018 (no prelo).

SILVA, Sergio Gomes da. A crise da masculinidade: uma crítica à identidade de gênero e à literatura masculinista. *Psicol. Cienc. Prof.*, Brasília, v. 26, n. 1, mar. 2006. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932006000100011. Acesso em: 11 out. 2019.

SUPOSTA facção criminosa promete punir bandidos em Santa Cruz. *Agora RN*. Disponível em: <http://agorarn.com.br/regionais/suposta-facciao-criminosa-promete-punir-bandidos-em-santa-cruz/>. Acesso em: 20 jul. 2019.

TAVARES, Rosana Carneiro. O Sentimento de Pertencimento Social como um Direito Universal. *Cad. de Pesq. Interdisc. em Ci-s. Hum-s.*, Florianópolis, v.15, n. 106, p. 179-201, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/19848951.2014v15n106p179>. Acesso em: 28 jun. 2019.

TRÁFICO espalha cartazes anunciando queda no preço do botijão de gás na rocinha. *Extra*. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/trafico-espalha-cartazes-anunciando-queda-no-preco-do-botijao-de-gas-na-rocinha-21893233.html>. Acesso em: 28 nov. 2019.

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VINUTO, Juliana; ABREO, Leandro de Oliveira; GONÇALVES, Hebe Signorini. No fio da navalha: efeitos da masculinidade e virilidade no trabalho de agentes socioeducativos. *Plural*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v.24, n.1, p. 54-77, 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/126635>. Acesso em: 13 dez. 2019.

VOGLER, Christopher. *A jornada do escritor: estruturas míticas para escritores*. 2. ed. Tradução de Ana Maria Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

ZALUAR, Alba. Democratização inacabada: fracasso da segurança pública. *Estudos avançados*, ano 21, n. 61, p. 31-49, 2007. Disponível em: <http://jus2.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a03v2161>. Acesso em: 14 dez. 2019.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Mobilização jurídica e o direito ao aborto no Brasil: a evolução argumentativa nas respectivas ações de controle concentrado de constitucionalidade

Legal mobilization and the right to abortion in Brazil: the argumentative evolution in the concentrated constitutionality control lawsuits

Fabiano Hartmann Peixoto

Thales Alessandro Dias Pereira

Mobilização jurídica e o direito ao aborto no Brasil: a evolução argumentativa nas respectivas ações de controle concentrado de constitucionalidade*

Legal mobilization and the right to abortion in Brazil: the argumentative evolution in the concentrated constitutionality control lawsuits

Fabiano Hartmann Peixoto**

Thales Alessandro Dias Pereira***

Resumo

O artigo discute a evolução dos argumentos das ações de controle concentrado de constitucionalidade relacionadas ao aborto (ADPF 54, ADI 5581 e ADPF 442), considerando-os como um caso concreto de transformação dos sentidos da Constituição pela atuação de movimentos sociais. O marco teórico adotado é a mobilização social no direito, que permite relacionar o manejo dos argumentos nas três demandas com as estratégias de mobilização de interesses de grupos da sociedade civil. O estudo foi realizado por pesquisa bibliográfica e exame de documentos judiciais. A primeira seção expõe os conceitos de mobilização social do direito e oportunidades jurídicas, bem como a dinâmica de alterações dos sentidos constitucionais por meio da atuação de movimentos sociais; e a segunda aborda as lógicas argumentativas das demandas, demonstrando que o debate foi conduzido para a seara dos direitos fundamentais. A análise permite compreender que os sentidos da Constituição são dinâmicos. Grupos sociais tentam generalizar as suas pretensões vinculando-as ao direito positivo, inclusive pelo uso do litígio estratégico. Nessas interações, novas facetas de direitos fundamentais emergem e permitem a continuidade do dissenso e dos embates deliberativos.

Palavras-chave: Aborto. Mobilização social no Direito. Direitos reprodutivos.

Abstract

The paper discusses the argumentative evolution of the direct constitutionality control lawsuits regarding the right to abortion (ADPF 54, DAU 5,581 and ADPF 442), which is seen as a concrete case of transformation of the meanings of the Constitution through social movements. The theoretical framework adopted is the legal mobilization, which allows to relate the handling of the arguments in the three lawsuits with the mobilization strategies of organized civil society interests. The study was conducted by

* Recebido em 28/01/2020
Aprovado em 06/03/2020

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - FD/UNB e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília - PPGD/UnB (Capes 6). Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (Capes 6), com bolsa Capes, na Linha Constituição e Democracia. Líder do Grupo de Pesquisa certificado pelo CNPq DR.IA - Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial.
E-mail: fabianohpeixoto@gmail.com.

*** Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Defensor Público do Estado do Maranhão. Pesquisador no Grupo de Pesquisa DR.IA – Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial, da Universidade de Brasília.
E-mail: thalespereirajur@gmail.com.

bibliographic research and examination of judicial documents. The first section presents the concepts of legal mobilization and legal opportunities, as well as the dynamics of changes in the constitutional meanings through the actions of social movements; and the second briefly reports on the history of these lawsuits, examining their argumentative logics and demonstrating that the debate was channeled to the area of fundamental rights. In this sense, the three lawsuits were part of a wide strategy adopted by feminist movements to progressively lift the legal prohibition of abortion and shifted the debate to the area of constitutional rights, under article 5 of 1988 Brazilian Constitution. On the other side, conservative movements put pressure on Supreme Court and National Congress to block any changes to the current laws, presenting their own constitutional view on the subject. The analysis allows us to understand that the meanings of the Constitution are dynamic. Social groups try to generalize their claims by linking them to positive law, including by strategic litigation. In these interactions, new facets of fundamental rights emerge and allow the dissent and deliberative clashes to continue.

Keywords: Abortion. Legal mobilization. Reproductive rights.

1 Introdução

O presente artigo visa a discutir a evolução argumentativa das petições iniciais da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 5.581 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 442 como um caso concreto de transformação dos sentidos da Constituição por meio da mobilização social no Direito.

Em 2004, na petição inicial da ADPF 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, requereu-se a liberalização da antecipação do parto de fetos anencefálicos, sem viabilidade de vida extrauterina, com a argumentação central de que tal ato não poderia ser considerado uma forma de aborto.

Buscou-se, no caso, envolver o debate em torno da dignidade e dos direitos das mulheres, argumentando-se que a gestação forçada, nessas situações, seria o equivalente a um ato de tortura contra a saúde mental da gestante.

Mais de uma década depois, na postulação inicial da ADI 5.581, patrocinada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos em 2016, tratou-se, dentre outros tópicos, da interrupção de gestação em caso de contaminação pelo zika vírus, por conta do alto risco de malformações fetais, porém não necessariamente impeditivas da sobrevivência após o parto.

Apesar dessa diferença importante, utilizou-se parte da argumentação veiculada na ação anterior e recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que seria uma violação da higidez da integridade física e mental da mulher (equivalente a um ato de tortura) forçá-la a levar a cabo uma gestação nessas condições.

Na peça inicial da ADPF 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL em 2017, além da razão pragmática da diminuição dos abortos clandestinos e da tese da desproporcionalidade jurídica da proibição, condensaram-se e aprofundaram-se os argumentos relacionados à autonomia e à saúde da mulher, postulando-se a descriminalização total do aborto nas primeiras doze semanas de gestação.

Apesar de serem subscritas por diferentes instituições, todas as ações fizeram parte da atuação coordenada de entidades ativistas voltadas à promoção dos direitos das mulheres, dentre as quais se destaca a Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

Assim, longe de serem atos aleatórios, tais demandas judiciais fizeram parte de um conjunto articulado de esforços com vistas ao atingimento da pauta política de descriminalização do aborto, envolvendo a construção de um sentido constitucional dos direitos das mulheres em conformidade com essa linha de pensamento.

O marco teórico da análise é a mobilização social no Direito, conjunto de abordagens teóricas que estudam as relações entre movimentos sociais e transformações da ordem jurídica. Litígios, decisões judiciais e proposituras de interpretações de textos normativos (especialmente da Constituição) são abrangidos como parte de um quadro mais amplo de mobilizações organizadas de interesses conflitantes de setores da sociedade. Esse instrumental permite o delineamento das correlações entre o nível do discurso jurídico e o nível das estratégias de mobilização dos movimentos sociais por trás das ações judiciais em questão, demonstrando-se de modo contextual que as alterações de sentidos constitucionais são o reflexo de atuações concretas de grupos sociais. Realizou-se pesquisa bibliográfica para o levantamento do material da análise (decisões e manifestações judiciais) e do contexto das respectivas demandas.

A discussão foi estruturada em duas seções. A primeira expõe os conceitos de mobilização social no Direito e oportunidades jurídicas, bem como a dinâmica de alterações dos sentidos constitucionais por meio da atuação de movimentos sociais; e a segunda relata, brevemente, os históricos das referidas demandas, abordando as suas lógicas argumentativas e demonstrando que a ação articulada de movimentos feministas logrou conduzir o debate sobre o aborto para a seara dos direitos fundamentais.

2 Mobilização social, direito e transformações dos sentidos da constituição

A mobilização social do Direito é uma agenda teórica que estuda as relações dinâmicas entre Direito, Poder Judiciário e movimentos sociais, desvelando a possibilidade de que os últimos persigam os seus objetivos políticos também em ações que envolvam o campo jurídico, como o litígio estratégico.

Desde os anos 1950, a partir do debate deflagrado pelo movimento negro de direitos civis estadunidense¹, vêm se construindo prismas teóricos que enxergam o campo judicial como parte de um circuito mais amplo do jogo político.

Todavia, em geral, os estudos das relações entre movimentos sociais e o Direito acabam sofrendo vieses reducionistas², ora enxergando o Direito e o Poder Judiciário como meros reprodutores de desigualdades estruturais, ora adotando uma perspectiva centrada nos atores governamentais e desconectada das mobilizações sociais na prática³.

Acerca da atuação jurídica de movimentos sociais, ela pode ser dividida em ações institucionais e extrainstitucionais. As institucionais seriam aquelas mediadas pelos Poderes constituídos, como: interações com a política partidária, a exemplo da mobilização de apoio a partidos e candidatos que endossem suas compreensões da Constituição; a elaboração e o acompanhamento de projetos de lei; utilização dos mecanismos de democracia semidireta (plebiscito, referendo, iniciativa popular de lei); atuação em conselhos da

¹ FANTI, Fabiola. Movimentos sociais, direito e poder judiciário: um encontro teórico. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017. v. 01. p. 243-244.

² O reconhecimento da contínua transformação dos sentidos da Constituição não é uma novidade. Entretanto, prismas teóricos que descrevem os processos dessas mudanças, fora de uma perspectiva centrada no Judiciário, ou seja, a partir das bases sociais, ainda são incomuns na área do Direito. Três principais tradições acadêmicas analisam o modo como movimentos sociais se relacionam com o Direito e com os tribunais, sendo elas a teoria dos movimentos sociais, de perspectiva sociológica, o constitucionalismo democrático, de perspectiva da teoria constitucional, e os estudos sobre mobilização jurídica, no campo de Direito e sociedade. Mas somente recentemente os estudos passaram a interligar essas correntes, com a finalidade de ofertar vislumbres mais completos sobre tais dinâmicas. Conferir: RUIBAL, Alba. *Mobilización y contra-mobilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina*. *Política y gobierno*, Mexico (D.F.), v. 12, n. 01, p. 175-198, jan./jun., 2015. Disponível em: <http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/117>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 176-177.

³ FANTI, Fabiola. Movimentos sociais, direito e poder judiciário: um encontro teórico. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: ufrgs/cegov, 2017. v. 1. p. 243.

Administração Pública⁴; pressão para a aprovação ou não de indicados para cargos em tribunais; atuação em processos judiciais (propondo ações judiciais e atuando como *amici curiae* ou em audiências públicas convocadas pelo Judiciário). Já as extrainstitucionais seriam a mutação constitucional, ou seja, a alteração dos sentidos até então hegemônicos da Constituição provocada por meio do discurso difuso dos movimentos sociais, e a desobediência civil⁵.

No que toca às relações com o Poder Judiciário, decisões judiciais, para além de definirem momentaneamente o conteúdo de direitos, impactam e são impactadas pelo cenário político mais abrangente. Em razão disso, movimentos sociais (independentemente de seu perfil progressista ou conservador) atuam também na via judiciária para implementar os seus objetivos políticos.

Nesse contexto, a ideia de “oportunidades jurídicas” foi desenvolvida nos anos 2000 a partir do conceito de “oportunidades políticas”, oriundo da Teoria do Processo Político⁶ e utilizado na compreensão dos fatores que levam às escolhas de determinadas estratégias pelos movimentos sociais para a implementação de suas pautas diante de alterações em seu contexto político. A partir disso, oportunidades jurídicas podem ser consideradas os fatores que incentivam o acesso ao Judiciário e a realização do litígio, como a receptividade às pautas defendidas pelos movimentos e as regras e condições de acesso às cortes⁷.

Assim, o litígio judicial estratégico é visto como parte de um universo mais amplo de campanhas sociais, apresentando-se o Poder Judiciário como mais uma arena de mobilização, a depender das condições de acesso a ele e a composição de forças em suas relações internas e entre elas e os movimentos sociais⁸.

Tal mobilização jurídica não é linear. Em virtude de, constantemente, contrariar os sentidos interpretativos tradicionais, a mobilização social constantemente deflagra movimentos de contramobilização que buscam deslegitimar as pautas que lhes são contrárias ou reverter os êxitos obtidos por seus adversários. Assim, uma abordagem mais moderada, tanto em movimentos progressistas quanto conservadores, é muitas vezes utilizada como forma de angariar maior legitimidade social, inclusive com concessões relevantes para preservar a essência de suas postulações⁹.

⁴ O Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019, subscrito pelo Presidente da República Jair Bolsonaro, suprimiu diversos conselhos do Poder Executivo Federal, dentre os quais vários contavam com a participação de movimentos sociais, mas teve parte da sua eficácia suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta e Inconstitucionalidade nº 6121.

⁵ GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 81-111. É interessante apontar que a desobediência civil está intimamente relacionada às alterações plurais dos sentidos da Constituição: “A justificação da desobediência civil apóia-se, além disso, numa *compreensão dinâmica* da constituição, que é vista como um projeto inacabado. Nesta ótica de longo alcance, o Estado democrático de direito não se apresenta como uma compreensão pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, essencialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a *reatualizar*, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2. p. 118.

⁶ “A TPP tem como característica pensar os movimentos sociais no contexto macro de suas trajetórias de ação, buscando compreender como fatores conjunturais e exógenos a tais grupos influenciam na forma como eles se organizam, definem suas reivindicações e estratégias, e promovem (ou não) mudanças sociais”. FANTI, Fabiola. *Movimentos sociais, direito e poder judiciário: um encontro teórico*. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017. v. 01. p. 256.

⁷ FANTI, Fabiola. *Movimentos sociais, direito e poder judiciário: um encontro teórico*. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017. v. 01. p. 256-257. RUIBAL, Alba. *Mobilización y contramobilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina*. *Política y gobierno*, Mexico (D.F.), v. 12, n. 01, p. 175-198, jan./jun., 2015. Disponível em: <http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/117>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 190.

⁸ FANTI, Fabiola. *Movimentos sociais, direito e poder judiciário: um encontro teórico*. In: ENGELMANN, Fabiano (org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017. v. 01. p. 258.

⁹ SIEGEL, Reva. *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: the case of the de facto ERA*. *California Law Review*, [s.l.], v. 94, p. 1323-1419, 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1097/. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 1362-1369. Um dos exemplos expostos por Reva Siegel é o da *Equal Rights Amendment* (Emenda dos Direitos Iguais), proposta nos anos 1970 para funcionar como um estatuto antidiscriminatório de gênero nos Estados Unidos. Grupos conservadores conseguiram sustentar perante a opinião pública o receio de que a aprovação da emenda acarretaria a união de pessoas de mesmo gênero e a liberação do aborto. Nessa dinâmica discursiva, os grupos favoráveis à emenda chegaram a sugerir limitações às cláusulas antidiscriminatórias, possibilitando ulterior regulação pelos estados. Ao fim, a emenda não foi aprovada, mas

Sob tal perspectiva, o sucesso judicial, portanto, não é a única e nem necessariamente a principal meta do litígio estratégico por movimentos sociais. A utilização de ações judiciais, ainda que fracassem, pode dar publicidade à sua pauta e, assim, desbloquear a via política, pois permite aos movimentos a mobilização de atores e autoridades fora do Judiciário¹⁰.

E, para isso, devem convencer uma opinião pública extremamente diversa, que conta não apenas com potenciais simpatizantes, mas com políticos, membros do governo e da administração, e juízes que analisarão litígios sobre a respectiva matéria. Diante disso, os discursos dos movimentos não são veiculados de forma particularista, e sim na forma de valores públicos abrangentes, ligados à tradição constitucional de sua sociedade¹¹.

Há, na verdade, uma contínua concorrência entre discursos total ou parcialmente dissonantes que buscam angariar capital simbólico e político para a sua prevalência. Entretanto, tais discursos não são estáticos. A sua gramática muda conforme a conjuntura política, até mesmo como meio de se tornarem mais palatáveis perante o público mais abrangente possível¹².

Dessa forma, movimentos sociais obtêm sucesso quando as suas pretensões são acolhidas, ainda que parcialmente, e integradas ao Direito Constitucional, a partir da tradução de seu caráter fragmentário em termos de valores públicos gerais, tornando-se fatores *jurisgenerativos* (catalisadores de novos sentidos constitucionais) no ciclo democrático¹³.

A fim de ilustrar o caminho de transformação do sentido de normas constitucionais a partir da mobilização social, examinar-se-á essa importante discussão, que hoje é objeto de uma campanha de litígios judiciais estratégicos deflagrados em razão das dificuldades enfrentadas pelos movimentos feministas nas vias políticas tradicionais e da remodelação dos poderes do Judiciário após a Constituição de 1988, fatores que ensejaram a oportunidade de movimentação social no âmbito do Direito.

3 As ações de controle concentrado relacionadas ao aborto e a evolução de sua semântica constitucional

A América Latina possui uma das legislações sobre o aborto mais conservadoras do mundo¹⁴, até o momento, dois países (Nicarágua e República Dominicana) estabeleceram a sua proibição total e a maioria,

a mobilização social fez com que o Judiciário estadunidense passasse a interpretar a Constituição (especialmente a 14ª Emenda) de modo a vedar certas formas de discriminação de gênero.

¹⁰ NEJAIME, Douglas. Winning through losing. *Iowa Law Review*, [s.l.], v. 96, p. 941-1012, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1592667. Acesso em: 13 jul. 2019.

¹¹ SIEGEL, Reva. *The jurisgenerative role of social movements in United States Constitutional Law*. Apresentação em Conferência SELA, Oaxaca, México, Jun. 2004. Disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_Jurisgenerative_Role_of_Social_Movements.pdf. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 11-12.

¹² Um exemplo é o debate sobre a descriminalização do aborto no Brasil. Se, por um lado, movimentos feministas vêm colocando os argumentos sob a égide dos direitos fundamentais da mulher e de modo mais moderado, por outro, movimentos conservadores vêm adotando a prática discursiva de alocar suas razões no marco dos direitos humanos (direito à vida e dignidade humana) e da biologia, ao menos superficialmente, não se limitando à fundamentação expressamente religiosa. Conferir: RUIBAL, Alba. Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 14, p. 111-138, maio/ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n14/0103-3352-rbcpol-14-00111.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 117-118.

¹³ SIEGEL, Reva. *The jurisgenerative role of social movements in United States Constitutional Law*. Apresentação em Conferência SELA, Oaxaca, México, Jun. 2004. Disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_Jurisgenerative_Role_of_Social_Movements.pdf. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 15.

¹⁴ FANTI, Fabiola. Mobilização social e luta por direitos: movimento feminista e campanha pela descriminalização e legalização do aborto no Brasil. In: 10º ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 10., 2016, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos*, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/mobilizacao-social-e-luta-por-direitos-movimento-feminista-e.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 03.

incluindo o Brasil, o criminaliza com algumas exceções (modelo das causais ou de indicações). Apenas Cuba, Guiana, Cidade do México¹⁵ e Uruguai legalizam a prática¹⁶.

No Brasil, o aborto é tratado pelo movimento feminista desde a década de 1960. Entretanto, diante do contexto da ditadura, esse movimento se aproximou de grupos de esquerda, muitos dos quais, por sua vez, tinham ligações com setores progressistas da Igreja Católica. Essas alianças fizeram com que as pautas específicas do feminismo, especialmente sobre sexualidades e aborto, cedessem lugar a objetivos de mobilização mais gerais, de cunho democrático e de justiça social. Somente no início da década de 1980, os movimentos feministas começaram a se mobilizar em torno do tema, rompendo com os antigos aliados¹⁷.

Tendo em vista o clima político pouco favorável à descriminalização, os movimentos feministas optaram por atuar juntamente ao Poder Legislativo, a fim de despenalizar o aborto ou aumentar os permissivos legais (posição gradualista). Entretanto, sofreram oposição por parte de movimentos de cunho conservador e religioso¹⁸.

Até meados da década de 1980, o direito ao aborto era veiculado como um tema de cunho individual, constituído pela autonomia da mulher em relação ao seu próprio corpo. Entretanto, após os eventos do Ciclo de Conferências Mundiais da Organização das Nações Unidas¹⁹, os movimentos feministas passaram a adotar a estratégia discursiva de relacionar o aborto voluntário ao direito à saúde (como direito social à saúde e questão de saúde pública), possibilitando uma reaproximação aos grupos de esquerda, um alinhamento aos movimentos internacionais e uma maior receptividade juntamente aos Poderes Legislativo e Judiciário, ensejando pressão para a revisão da legislação punitiva²⁰.

Todavia, no campo do Poder Legislativo, mesmo após anos de mobilização e debate político, nunca se obteve a ampliação dos permissivos legais do aborto, em razão da atuação contrária de parlamentares liga-

¹⁵ É interessante notar que a estrutura constitucional do México permite que cada estado escolha como legislar sobre o aborto. A despenalização na Cidade do México (que é o distrito federal do país) foi o resultado da ação coordenada de movimentos feministas junto a partidos políticos por anos. A reforma legislativa que redundou na promulgação, em 2007, da lei distrital que alterou o conceito de “aborto” para a interrupção da gestação após a décima segunda semana de gestação foi o ponto culminante de progressivas alterações legais desde o ano 2000, cujo primeiro marco foi a chamada *Ley Robles*. LAMAS, Marta. La despenalización del aborto en México. *Nueva Sociedad*, [s.l.], n. 220, p. 154-172, mar./abr. 2009. Disponível em: <https://nuso.org/articulo/la-despenalizacion-del-aborto-en-mexico/>. Acesso em: 15 jul. 2019. p. 167.

¹⁶ RUIBAL, Alba. Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 14, p. 111-138, maio/ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n14/0103-3352-rbcpol-14-00111.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 112, nota de rodapé 08.

¹⁷ FANTI, Fabiola. Mobilização social e luta por direitos: movimento feminista e campanha pela descriminalização e legalização do aborto no Brasil. In: 10º ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 2016, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos*, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/mobilizacao-social-e-luta-por-direitos-movimento-feminista-e.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 07-09.

¹⁸ FANTI, Fabiola. Mobilização social e luta por direitos: movimento feminista e campanha pela descriminalização e legalização do aborto no Brasil. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 10., 2016, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos*, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/mobilizacao-social-e-luta-por-direitos-movimento-feminista-e.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 09-11. Esse embate chegou a ser levado até a Assembleia Nacional Constituinte. Grupos feministas pretendiam a inclusão do direito ao aborto no texto constitucional, ao passo que setores religiosos pretendiam a fixação da proibição absoluta. Diante da polaridade e da provável derrota da pauta feminista caso a matéria fosse à votação, o Conselho Nacional de Defesa da Mulher defendeu que a matéria não tinha caráter constitucional. Dessa forma, o tema acabou não sendo constitucionalizado, voltando as energias em conflito ao nível legislativo. Conferir: FANTI, Fabiola. Mobilização social e luta por direitos: movimento feminista e campanha pela descriminalização e legalização do aborto no Brasil. In: 10º ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 2016, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos*, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/mobilizacao-social-e-luta-por-direitos-movimento-feminista-e.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 12-15.

¹⁹ Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo (1994) e IV Conferência Mundial sobre Mulher de Beijing (1995).

²⁰ FANTI, Fabiola. Mobilização social e luta por direitos: movimento feminista e campanha pela descriminalização e legalização do aborto no Brasil. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 10., 2016, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos*, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/mobilizacao-social-e-luta-por-direitos-movimento-feminista-e.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 16-19.

dos a grupos religiosos. Já no Poder Executivo, apesar de progresso dos movimentos feministas pró-aborto em parte do governo Lula, houve o ulterior bloqueio por forças religiosas²¹.

Diante de dificuldades enfrentadas no processo legislativo e no Executivo, movimentos feministas²² começaram a construir recursos e alianças para atuar no campo jurídico através do litígio estratégico²³.

No Judiciário, a primeira vez que a questão do aborto chegou ao Supremo Tribunal Federal foi em 2003, no bojo do *Habeas Corpus* 84.025/2004, impetrado por Fabiana Paranhos e pelas organizações feministas Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Themis: Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, e Agência de Direitos Humanos: Gênero, Cidadania e Desenvolvimento, com o propósito de autorizar a interrupção da gestação de feto anencefálico²⁴.

O caso teve origem em uma ação judicial para a interrupção da gestação movida por uma mulher no Rio de Janeiro, por meio da Defensoria Pública daquele estado. Após a negativa em primeira instância, o Tribunal de Justiça concedeu a medida. Em face disso, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, do Grupo Pró-Vida do estado de Goiás, impetrou um *habeas corpus* e obteve liminar no Superior Tribunal de Justiça, concedida pela Ministra Laurita Vaz (e posteriormente confirmada pela Quinta Turma da Corte), para garantir a continuidade da gravidez. Em face dessa decisão, novo *writ* foi ajuizado pelas entidades feministas perante o Supremo Tribunal Federal²⁵.

Houve, no entanto, perda do objeto da ação na Corte Suprema, por ter a criança nascido e morrido logo após o parto, antes do julgamento²⁶. Antes da notícia do falecimento, o Ministro Joaquim Barbosa já havia preparado voto favorável à possibilidade de interrupção da gestação, relacionando os direitos reprodutivos ao direito fundamental à liberdade e à autodeterminação pessoal da mulher²⁷. Essa linha de pensamento foi referenciada de modo frequente nas argumentações subsequentes sobre o tema.

É interessante notar que, mesmo sendo um litígio individual, ele ganhou contornos gerais, com participação

²¹ FANTI, Fabiola. Mobilização social e luta por direitos: movimento feminista e campanha pela descriminalização e legalização do aborto no Brasil. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 10., 2016, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos*, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/mobilizacao-social-e-luta-por-direitos-movimento-feminista-e.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 18-23, 30-31.

²² Uma das principais organizações foi a Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, fundada em 1999 pela professora de Antropologia da Universidade de Brasília Débora Diniz, e destinada a informação, educação e advocacia na área de bioética. A Anis foi a responsável pela articulação e estratégia que redundou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54 e continua no centro das articulações das ações subsequentes. FANTI, Fabiola. Mobilização social e luta por direitos: movimento feminista e campanha pela descriminalização e legalização do aborto no Brasil. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 2016, 10., Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos*, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/mobilizacao-social-e-luta-por-direitos-movimento-feminista-e.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019.

²³ Entretanto, o contexto jurídico e social até então contribuiu para a prevalência da litigância individual. Considera-se que foram a escassez de uma formação jurídica especializada em questões de gênero, a falta da alocação de questões de gênero como pautas de movimentos de direitos humanos, bastante próximos da Igreja Católica, a proeminência de instituições públicas, especialmente o Ministério Público, na condução de ações coletivas, e a judicialização por iniciativa de indivíduos e não de movimentos sociais. Conferir: RUIBAL, Alba. Social movements and constitutional politics in Latin America: reconfiguring alliances, framings and legal opportunities in the judicialization of abortion rights in Brazil. *Contemporary Social Science*, [s.l.], v. 10, n. 04, p. 375-385, out. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2857131>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 378-379.

²⁴ FANTI, Fabiola. Mobilização social e luta por direitos: movimento feminista e campanha pela descriminalização e legalização do aborto no Brasil. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 10., 2016, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos*, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/mobilizacao-social-e-luta-por-direitos-movimento-feminista-e.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 32-33.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 84.025*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>. Acesso em: 14 jul. 2019. p. 330-337.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 84.025*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>. Acesso em: 14 jul. 2019. p. 362-363.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 84.025*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>. Acesso em: 14 jul. 2019. p. 354-356.

de agentes de diferentes partes do território nacional, públicos e privados. Se, por um lado, pode-se dizer que houve a violação da intimidade da gestante, por outro, evidenciou-se a natureza de interesse coletivo da lide.

O segundo caso, com *status* de controle concentrado de constitucionalidade, foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, proposta em 2004, que objetivou a autorização válida para todo o Brasil da “antecipação terapêutica do parto” de fetos anencefálicos.

A ação foi o resultado da articulação coordenada pela Anis, diante da impossibilidade do término célere das ações individuais e do precedente desfavorável à interrupção gerado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁸. Como tal entidade não possuía legitimidade ativa para deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde e aceitou ser a proponente da demanda.

O argumento central da petição inicial²⁹ foi a tese de que obrigar a mulher a continuar a gravidez de feto sem viabilidade extrauterina seria equiparável à tortura, sustentando-se, ademais, uma clara distinção de que tal procedimento não poderia ser considerado como “aborto”³⁰.

No plano da análise do discurso, nota-se a adoção de uma linha argumentativa gradualista, na medida em que a ação não pediu a liberalização total do aborto, simplesmente, mas, antes, procurou construir, em um primeiro passo, a possibilidade de interrupção da gestação no caso específico de anencefalia. Em outras palavras, não almejou, diretamente, deslegitimar a proibição do aborto, e sim apontar que aquela interrupção de gestação não seria uma forma de aborto.

Com base na perspectiva da mobilização jurídica, realizou-se a modulação do discurso já apontada, tornando-o mais aceitável a segmentos sociais mais abrangentes, em contraste com abordagens feministas mais radicais, que não abriam mão da utilização do termo “aborto” e fundamentam suas demandas no direito da mulher ao próprio corpo, o que gerou dissonâncias entre os grupos pró-aborto³¹.

Todavia, o ingresso com a ação judicial é, apenas, uma das peças de um ciclo dinâmico mais abrangente, com mobilizações e contramobilizações. Após a propositura da ADPF 54, foi concedida medida liminar em caráter monocrático pelo Ministro Marco Aurélio em julho de outubro de 2004, mas cassada em outubro daquele ano, por influência de grupos contrários à pauta do aborto³².

Como resultado, a ação passou a esperar indefinidamente o seu julgamento de mérito. Nesse ínterim, o STF julgou a ADI 3410, ajuizada contra a Lei de Biossegurança. Apesar dessa demanda não versar sobre o direito ao aborto propriamente, ela ensejou a mobilização de grupos feministas e conservadores em razão de suas possíveis consequências jurídicas para a ADPF 54, tais como uma possível fixação jurídica do início da vida, o que levou uma atuação também nesse processo³³.

²⁸ DINIZ, Débora. A Arquitetura de uma ação em três atos: anencefalia no STF. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 01, n. 2, p. 161-183, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593>. Acesso em: 13 jan. 2020. p. 170.

²⁹ Baseado nas formulações da Anis, mais especificamente de Debora Diniz, a qual, em 2003, desenvolveu uma pesquisa etnográfica em dois hospitais públicos de Brasília, tendo contato com gestantes que, após receberem o diagnóstico de anencefalia, não usavam a palavra “aborto” para se referirem à interrupção de sua gestação. Conferir: RUIBAL, Alba. Social movements and constitutional politics in Latin America: reconfiguring alliances, framings and legal opportunities in the judicialization of abortion rights in Brazil. *Contemporary Social Science*, [s.l.], v. 10, n. 4, p. 375-385, out. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2857131>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 380.

³⁰ CONFEDERAÇÃO Nacional dos Trabalhadores na Saúde. 2004. *Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Rio de Janeiro, jun. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>. Acesso em: 13 jul. 2019.

³¹ RUIBAL, Alba. Social movements and constitutional politics in Latin America: reconfiguring alliances, framings and legal opportunities in the judicialization of abortion rights in Brazil. *Contemporary Social Science*, [s.l.], v. 10, n. 4, p. 375-385, out. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2857131>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 381.

³² DINIZ, Débora. A arquitetura de uma ação em três atos: anencefalia no STF. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 161-183, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593>. Acesso em: 13 jan. 2020. p. 173.

³³ DINIZ, Débora. A arquitetura de uma ação em três atos: anencefalia no STF. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília,

O julgamento somente foi retomado em 12 de abril de 2012. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal, com sua composição alterada, uma opinião pública favorável e um espaço para assumir um papel progressista que lhe foi deixado pelo Congresso Nacional³⁴, incorporou grande parte da linha argumentativa exposta na petição inicial, demonstrando-se o êxito dos peticionantes não apenas em ter o seu pedido acolhido, mas em ancorar o eixo da discussão jurídica também na autonomia e bem-estar da mulher.

O raciocínio da Suprema Corte não descriminalizou o aborto, mas sustentou haver situação de atipicidade, uma vez que a interrupção de gestação de fetos anencefálicos não poderia ser enquadrada no tipo penal do aborto por não haver ofensa ao bem jurídico “vida”, dada a inviabilidade extrauterina decorrente da condição. Por outro lado, como dito, a maioria dos Ministros que votaram pela procedência, com maior ou menor ênfase, abordou a questão sob o prisma dos direitos das mulheres³⁵.

Isso gerou mais um incentivo para a atuação judiciária dos movimentos pró-aborto, na medida em que a decisão da Corte abriu espaço para discussões ulteriores dentro do campo dos direitos fundamentais da mulher e não apenas a partir de concepções religiosas (ou formalmente laicas) quanto ao início da vida.

Em 2016, o controle abstrato de constitucionalidade foi novamente deflagrado por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581, proposta pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, também com apoio da Anis, que igualmente figura como *amicus curiae* no processo.

Na petição inicial, além da demanda por políticas públicas relacionadas à proteção de crianças afetadas pelo vírus zika e a declaração de nulidade parcial de dispositivos da Lei Federal nº 13.301, 27 de junho de 2016, postulou-se a autorização da interrupção da gravidez em casos de infecção por esse patógeno, com a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal brasileiro³⁶.

Todavia, havia uma diferença substancial quanto à ADPF 54. Embora o vírus zika possa levar a malformações graves do feto, diferentemente da anencefalia, há a possibilidade de sobrevivência do feto. Nada obstante, para subsidiar o pleito, foram trazidos trechos da fundamentação utilizada pelo STF na ação anterior, no sentido de que a manutenção da gestação nesses casos seria um ato de tortura pelo Estado.

Além disso, a ponderação de princípios e o resguardo da saúde da mulher foram invocados a fim de que as disposições do Código Penal dessem ensejo ao reconhecimento da excludente de ilicitude (e não atipicidade) do estado de necessidade, excluindo-se o crime de aborto nesses casos.

É interessante notar que, nessa ação, tentou-se construir a distinção semântica do aborto como sendo a interrupção *ilegal* da gravidez, intencionando-se, no campo simbólico, uma maior aceitabilidade da demanda, traduzida juridicamente na excludente de ilicitude, ou seja, na exclusão da *ilegalidade* do ato interruptivo no caso de zika e, portanto, de sua qualificação negativa como *aborto*.

Isso se amolda a outras estratégias gradualistas de legalização do aborto já utilizadas na Colômbia e no México, em que se nomeou o ato, respectivamente, como “interrupção voluntária da gravidez” e “interrupção legal da gravidez”³⁷.

v. 1, n. 2, p. 161-183, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593>. Acesso em: 13 jan. 2020. p. 174-175.

³⁴ DINIZ, Débora. A arquitetura de uma ação em três atos: anencefalia no STF. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 161-183, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593>. Acesso em: 13 jan. 2020. p. 176.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 28 jun. 2018.

³⁶ ASSOCIAÇÃO Nacional dos Defensores Públicos. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5581*. Acompanhamento processual: peças. Brasília, 24 ago. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 73-85.

³⁷ RUIBAL, Alba. Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 14, p. 111-138, maio/ago. 2014. Disponível em: <http://>

Fez-se uso da fundamentação do Acórdão da ADPF 54 para relacionar a autodeterminação sexual e a autonomia reprodutiva ao direito fundamental à liberdade do art. 5º, *caput*, da Constituição, e salientar a saúde mental da mulher como tópico relevante para a deliberação, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio Mello³⁸.

Observa-se, nas duas argumentações, a transformação do conteúdo do direito à liberdade e do direito à saúde. A tais direitos foram atrelados direitos à liberdade reprodutiva da mulher considerados *já existentes* na norma constitucional (e não *pretensões de direito* em construção). Por outro lado, o bem-estar da gestante, que não pode ser obrigada a levar a cabo uma gestação em condições críticas, transpareceu como dimensão específica do direito à saúde. Não houve, portanto, apelo a instâncias extrajurídicas, mas sim o manejo do próprio direito positivo nessa construção argumentativa.

Deve-se lembrar que a mobilização social é formada por movimentos e contramovimentos que influenciam a agenda do Judiciário. A ADI 5581 seria julgada em 23 de maio de 2019, mas o Ministro Presidente Dias Toffoli retirou o processo de pauta. A notícia do adiamento foi bem recebida por grupos contrários à demanda, sendo concomitante a uma mobilização conservadora no Legislativo³⁹.

No ponto, é importante ressaltar a alteração do posicionamento institucional de um importante ator no controle concentrado de constitucionalidade: a Procuradoria-Geral da República.

Em um primeiro momento, na APDF 54, em 2004, o então Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles proferiu parecer veementemente contrário à pretensão de interrupção da gestação, fundamentando-se, sobretudo, na visão de que haveria uma violação ao direito à vida, tutelada pelo ordenamento jurídico desde a concepção. Assim, independentemente anencefalia, o feto teria o direito ao nascimento⁴⁰.

Posteriormente, a Procuradora-Geral da República em exercício Deborah Duprat firmou posicionamento oposto, no sentido da total procedência da demanda. Um dos pontos principais de sua argumentação foi relacionar a possibilidade de interromper a gestação aos direitos à dignidade, à liberdade e à privacidade da mulher⁴¹. O parecer foi encampado pelo Procurador-Geral da República Roberto Gurgel durante a sessão de julgamento.

Já na ADI 5.581, a manifestação inicial do órgão, subscrita pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, foi favorável quanto ao mérito, no sentido de que a continuidade forçada da gestação nos casos de zika enseja violação do direito fundamental à saúde e à integridade física e psíquica da mulher, tutelado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal⁴².

A seu turno, a própria Corte albergou diversas dessas concepções. No *Habeas Corpus* 124.306, julgado em 29 de novembro de 2016, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu medida liberatória para

www.scielo.br/pdf/rbcpol/n14/0103-3352-rbcpol-14-00111.pdf. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 130.

³⁸ ASSOCIAÇÃO Nacional dos Defensores Públicos. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5581*. Acompanhamento processual: peças. Brasília, 24 ago. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 79-81.

³⁹ COM mudança de pauta no STF, parlamentares ganham tempo para combater o aborto. *Gazeta do Povo*, Brasília, 18 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/com-mudanca-de-pauta-no-stf-parlamentares-ganham-tempo-para-combater-o-aborto/>. Acesso em: 12 jul. 2019. CONGRESSO é que deve decidir sobre aborto, afirma Girão. *Agência Senado*, Brasília, 17 de maio de 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/17/congresso-e-que-deve-decidir-sobre-aborto-afirma-girao>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁴⁰ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Ação de Descumprimento Fundamental nº 54*. Brasília, 18 ago. 2004. 12 p. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339102>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁴¹ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Ação de Descumprimento Fundamental nº 54*. Brasília, 06 jul. 2009. 15 p. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/processoResultadoPesquisa>. Acesso em: 12 de jul. de 2019.

⁴² BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581*. Brasília, 06 set. 2016. 42 p. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5-581-df>. Acesso em: 12 jul. 2019.

providenciar a soltura dos pacientes, presos preventivamente sob a acusação de integrarem uma clínica clandestina de aborto. O Ministro Luís Roberto Barroso, para além da questão processual penal (ausência dos pressupostos da prisão preventiva), sustentou a inconstitucionalidade da criminalização do aborto nas primeiras semanas de gestação. Considerou, para tanto: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que impedem que o Estado a obrigue a continuar uma gestação indesejada; a sua autonomia, que lhe permite realizar as suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica das mulheres; a igualdade entre os gêneros; o impacto desproporcional da proibição sobre mulheres pobres; e a desproporcionalidade da criminalização. Nisso, foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Edson Fachin⁴³. O terceiro caso de demanda abstrata é a ADPF 442, proposta em 2017 pelo Partido Socialismo e Liberdade, na qual se postula abertamente a descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação. O fundamento invocado foi a não recepção parcial das disposições do Código Penal pela Constituição Federal. Para tanto, construiu-se uma interpretação constitucional albergadora do direito ao aborto voluntário, relacionada à dignidade da pessoa humana e à desproporcionalidade de sua criminalização⁴⁴.

Nesse arrazoado, foram retomados vários dos argumentos veiculados na ADPF 54, inclusive os apresentados em manifestações de *amici curiae* na ADI 5.581, o que denota uma continuidade e evolução da movimentação jurídica concretizada nas ações anteriores.

A sua argumentação centrou-se no seguinte eixo: a criminalização do aborto nas primeiras doze semanas de gestação viola os fundamentos constitucionais da dignidade humana e da cidadania, o objetivo constitucional da não discriminação e os direitos fundamentais (vida, segurança, liberdade, igualdade, saúde, integridade física e psicológica, proibição de submissão a tortura ou a tratamento desumano ou degradante) das mulheres.

Não se discutiu acerca do início da vida humana, e sim das formas de proteção da pessoa humana. Sustentou-se que o embrião e o feto possuem valor intrínseco, mas não se enquadram no complexo de proteção da pessoa constitucional. Esta só se constitui a partir do nascimento com possibilidade de sobrevivência. Para embasar tal argumento, invocou-se parte da fundamentação do Ministro Marco Aurélio na ADPF 54, na qual se apresenta o elemento da viabilidade como um dos fatores de outorga da proteção constitucional⁴⁵.

Inclusive, como medida retórica preventiva (em face do contra-argumento de facilitação à eugenia), fez-se questão de aduzir que a proteção constitucional não faz distinção quanto a pessoas com deficiência⁴⁶. O critério definidor da proteção constitucional, portanto, seria o nascimento com viabilidade de sobrevivência, muito embora a legislação ordinária possa outorgar outras formas de proteção, como a patrimonial.

Esse caminho argumentativo teve consequências para a coerência da fundamentação apresentada. Muito embora se tenha aludido à proporcionalidade e seus subtestes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, a petição não ingressou na ponderação de bens jurídicos⁴⁷, evitando uma duali-

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2019.

⁴⁴ PARTIDO Socialismo e Liberdade. Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442*. Acompanhamento processual: peças. Brasília, 06 de março 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 13 jul. 2019.

⁴⁵ PARTIDO Socialismo e Liberdade. Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442*. Acompanhamento processual: peças. Brasília, 06 de março 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 34-36.

⁴⁶ PARTIDO Socialismo e Liberdade. Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442*. Acompanhamento processual: peças. Brasília, 06 de março 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 34-35, nota de rodapé 89.

⁴⁷ PARTIDO Socialismo e Liberdade. Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. In: BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. *Supremo Tribunal Federal*: acompanhamento processual:

dade do tipo direitos do feto *versus* direitos das mulheres. Optou-se, em vez disso, por uma argumentação geral acerca dos malefícios da criminalização do aborto e da sua ineficiência para inibir a prática, de forma que:

[...] não há objetivo constitucional legítimo na criminalização do aborto. Sendo assim, os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto não suportam os testes da técnica da proporcionalidade, pois a imputação do conflito se origina em critérios extrajurídicos para defender objetivos constitucionais ilegítimos e violadores dos direitos das mulheres.⁴⁸

Por outro lado, note-se o percurso argumentativo relacionado ao direito à saúde e à liberdade da gestante sob a ótica dos postulantes. Na ADPF 54, seria um ato de violação à saúde mental da mulher obrigá-la a prologar uma gestação em que não há expectativa de vida do feto após o parto. Na ADI 5581, seria também uma violação obrigar uma mulher a continuar a gestação em condições críticas, como no caso do vírus zika. E, na ADPF 442, seria uma agressão à saúde e à liberdade obrigar a mulher a continuar uma gestação que não deseja, diante do sofrimento mental e da violação de sua liberdade reprodutiva. O Supremo Tribunal Federal acolheu grande parte dessa linha argumentativa, como pode ser observado do Acórdão de mérito da ADPF 54 e do *Habeas Corpus* nº 124.306.

Até o momento, não houve manifestação da Corte sobre o mérito da ADI 5581 e da ADPF 442. Considerando-se que as cortes constitucionais também sofrem pressões e incentivos para decidir temas de grande controvérsia social, deve-se perquirir quais as condições políticas para o enfrentamento do tema pela Corte Suprema.

Se, no momento da ADPF 54, existia um ambiente propício para uma decisão favorável à pauta feminista⁴⁹, é difícil sustentar que tal conjuntura se mantém. Isso porque a plataforma de campanha eleitoral do atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, teve grande suporte do setor evangélico e de outros grupos conservadores, e ele mesmo já exteriorizou entendimento pessoal contrário à legalização do aborto⁵⁰.

O Congresso Nacional, por outro lado, se encontra em uma onda de fortalecimento conservador que se traduz em propostas legislativas. Nesse sentido, a Proposta de Emenda à Constituição nº 181/2015 visa a incluir na Constituição a proteção da vida desde a concepção, subsidiando a proibição do aborto em qualquer hipótese⁵¹.

Assim, movimentos conservadores também observam a atuação do Supremo Tribunal Federal. É provável que a uma eventual decisão favorável à pauta do aborto seja oposta uma forte reação (*backlash*) de setores que preferem o *status quo*, inclusive de atores institucionais (que não são neutros), já que suas posições podem variar a depender de quem esteja ocupando as respectivas cadeiras (lembre-se das diferentes posições da Procuradoria-Geral da República durante do mandato de Cláudio Fonteles e de seu sucessor Roberto Gurgel)⁵².

peças, Brasília, 06 mar. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 49-56.

⁴⁸ PARTIDO Socialismo e Liberdade. Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442*. Acompanhamento processual: peças. Brasília, 06 de março 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 56.

⁴⁹ DINIZ, Débora. A arquitetura de uma ação em três atos: anencefalia no STF. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 01, n. 2, p. 161-183, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593>. Acesso em: 13 jan. 2020. p. 176.

⁵⁰ BALLOUSIER, Anna Virginia. Homem não deve intervir na decisão da mulher sobre aborto, diz Bolsonaro. In: *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 ago. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/homem-nao-deve-intervir-na-decisao-da-mulher-sobre-aborto-diz-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁵¹ ROCHA, Maricy Ribeiro Fideles; RABELO, Italo Menezes. Avanço do conservadorismo no Brasil: a PEC nº. 181/2015 e o regresso na legislação permissiva do aborto. *Revista de Políticas Públicas*, São Luís, v. 22, n. 02, p. 665-685. 2018. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/issue/view/484/showToc>. Acesso em: 12 jul. 2019.

⁵² Veja-se o exemplo da Colômbia, em que vigorava até 2006 uma legislação que criminalizava o aborto em todas as hipóteses. Naquele ano, por meio da Decisão C-355/2016, a Corte Constitucional estabeleceu algumas exceções ao crime: quando a vida ou a saúde da mulher estiver em risco; no caso de malformações fetais que inviabilizem a vida extrauterina; ou no caso de gestação result-

De qualquer forma, vale lembrar que a vitória na ação judicial não é o objetivo último ou necessário da mobilização social no Direito. Os movimentos trabalham tanto *contra* como *a partir* do quadro legal vigente. Por isso, independentemente da decisão da Suprema Corte, a discussão sobre o aborto continuará a ser travada em outros níveis deliberativos, em novas rodadas de mobilização, seja no Judiciário, seja perante os outros Poderes, seja no campo da sociedade civil.

Os argumentos normativos lançados na ADPF 54 decorreram da tentativa de generalizar os argumentos dos movimentos feministas que já circulavam na esfera pública mas que não logravam êxito em atingir os procedimentos político e eleitoral. Pelo litígio estratégico, novas razões normativas (lastreadas no direito constitucional positivo) foram introduzidas no sistema jurídico e ensejaram contramobilizações opostas ao aborto.

A partir do artigo 5º da Constituição, cujo texto não menciona explicitamente “saúde mental da mulher” ou “liberdade sexual e reprodutiva”, movimentos feministas buscam fundamentar um direito constitucional ao aborto. Por outro lado, a partir do mesmo artigo 5º, que não indica que a tutela da vida começa na concepção e nem veda expressamente o aborto, movimentos contrários buscam fundamentar a proibição à interrupção da gestação.

Nesse embate, independentemente da posição de mérito a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o que se pode esperar é que ele faça uso de sua última palavra provisória para incentivar uma maior racionalidade do debate⁵³, induzindo o desenvolvimento de novas rodadas deliberativas, jurídicas e políticas, no campo dos direitos fundamentais.

Esse processo de racionalização significa uma progressiva renúncia a argumentos particularistas cuja aceitação pressupõe a adoção de determinadas visões exclusivistas de mundo. Nesse contexto, as liberações da jurisdição constitucional funcionam como um mecanismo mitigador de fundamentalismos, privilegiando o pluralismo moral no seio da esfera pública⁵⁴. Inclusive, a necessidade de colocação do debate nos termos de razões públicas, em atenção à laicidade estatal, foi um dos pontos centrais da segunda manifestação da Procuradoria-Geral da República na ADPF 54⁵⁵.

4 Considerações finais

Sob o marco teórico da mobilização jurídica, percebe-se que movimentos sociais podem se apropriar dos sentidos da Constituição para veicular os seus interesses na forma de discursos universalizáveis, com a finalidade de implementar as suas pretensões perante a opinião pública (fragmentária e diversa) e atores institucionais.

ante de atos criminosos. A decisão foi alvo de forte reação conservadora, inclusive de atores institucionais, como o Procurador-Geral da *Procuraduría General de la Nación* empossado em 2009, que adotou medidas que dificultavam a implementação da determinação judicial e a pauta de descriminalização do aborto de modo geral, valendo-se inclusive da divulgação de informações incorretas sobre a segurança de contraceptivos de emergência. Ressalta-se que essa contramobilização conservadora gerou nova mobilização feminista, buscando circunscrever os seus efeitos. Conferir: RUIBAL, Alba. Movement and counter-movement: a history of abortion law reform and the backlash in Colombia 2006–2014. *Reproductive Health Matters*, [s.l.], v. 22, n. 44, p. 42-51, Dec. 2014. Disponível em: [https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/S0968-8080\(14\)44803-1](https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/S0968-8080(14)44803-1). Acesso em 15 jul. 2019.

⁵³ MENDES, Conrado Hübner. Neither Dialogue Nor Last Word: Deliberative Separation of Powers 3. *Legisprudence*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 1-40, jun. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911852. Acesso em 11 jul. 2019.

⁵⁴ PIRES, Terezinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, n. 2, p. 364-390, 2013. Doi: 10.5102/rbpp.v3i2.2648. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2648/pdf>. Acesso em 03 mar. 2020. p. 385. A autora chama atenção especialmente para os fundamentalismos religiosos que se infiltram nas instituições democráticas e geram o perigo de supressão da autonomia ética dos cidadãos.

⁵⁵ BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Ação de Descumprimento Fundamental n.º 54*. Brasília, 06 jul. 2009. 15 p. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/processoResultadoPesquisa>. Acesso em: 12 de jul. de 2019. p. 1026-1027.

Por outro lado, pelo prisma das oportunidades jurídicas, o uso do litígio estratégico e de outras formas de atuação jurídica varia conforme as diferentes condições conjunturais e estruturais, tais como as possibilidades de acesso às cortes, a receptividade dos atores judiciários às pautas dos movimentos ou o quadro legislativo vigente.

No Brasil e na América Latina de forma geral, com a expansão e busca de legitimidade do Poder Judiciário durante os processos de redemocratização, a tendência é que os movimentos sociais façam, cada vez mais, uso de estratégias jurídicas para implementar suas pautas, especialmente quando o processo político se encontra bloqueado aos seus interesses⁵⁶.

Discutiu-se o caso concreto dos embates sobre o direito ao aborto. Diante de impasses nas vias políticas, movimentos feministas passaram a atuar na via judiciária e construíram gradualmente uma linha argumentativa, da ADPF 54 (2004) até a ADPF 442 (2017), em que o direito ao aborto é discutido no âmbito dos direitos fundamentais das mulheres, especialmente à liberdade e à saúde. Entretanto, nessa dinâmica de mobilizações e contramobilizações, movimentos conservadores também passaram a veicular seus discursos sob a forma jurídica, enquadrando-os na tutela constitucional ao direito à vida.

A partir desses embates, novas compreensões da Constituição emergem. Liberdade sexual e direitos reprodutivos são defendidos com base na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais à liberdade e à saúde. Já a proteção jurídico-constitucional do embrião e do feto é invocada com base também na dignidade e no direito à vida.

Ainda não há decisão de mérito no bojo da ADI 5581 e da ADPF 442. As opções decisórias do Supremo Tribunal Federal, em meio a essa tensão de discursos e interesses, demarcarão a direção dos novos ciclos de embates e seus respectivos parâmetros argumentativos, inclusive se as deliberações subsequentes se vincularão ao direito constitucional positivo ou, contrariamente, se basearão em compreensões éticas ou religiosas particularistas de mundo.

O embate de pretensões sociais, parciais e incompatíveis entre si reflete a pluralidade de visões de mundo em uma sociedade complexa, na qual a discussão racional é necessária para a convivência democrática, independentemente de consensos definitivos. Necessita-se, assim, de um ambiente de honestidade e razoabilidade discursiva, sem fundamentalismos impeditivos do dissenso em meio a uma imensa diversidade de crenças e valores.

Referências

ASSOCIAÇÃO Nacional dos Defensores Públicos. Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.581. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5581*. Acompanhamento processual: peças. Brasília, 24 ago. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5037704>. Acesso em: 13 jul. 2019.

BALLOUSIER, Anna Virginia. Homem não deve intervir na decisão da mulher sobre aborto, diz Bolsonaro. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 ago. 2018. Disponível: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/08/homem-nao-deve-intervir-na-decisao-da-mulher-sobre-aborto-diz-bolsonaro.shtml>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Ação Direta de*

⁵⁶ RUIBAL, Alba. Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina. *Política y gobierno*, Mexico (D.F.), v. 12, n. 01, p. 175-198, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/117>. Acesso em: 13 jul. 2019. p. 190.

Inconstitucionalidade nº 5581. Brasília, 06 de setembro de 2016. 42 p. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/adi-5-581-df>. Acesso em: 12 jul. 2019

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Ação de Descumprimento Fundamental nº 54*. Brasília, 06 de julho de 2009. 15 p. Disponível em: <https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/processoResultadoPesquisa>. Acesso em: 12 de jul. de 2019.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Ação de Descumprimento Fundamental nº 54*. Brasília, 18 de agosto de 2004. 12 p. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339102>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 124.306*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84.025*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 04 de março de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874>. Acesso em: 14 jul. 2019.

COM mudança de pauta no STF, parlamentares ganham tempo para combater o aborto. *Gazeta do Povo*, Brasília, 18 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/com-mudanca-de-pauta-no-stf-parlamentares-ganham-tempo-para-combater-o-aborto/>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE. 2004. *Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Rio de Janeiro, jun. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>. Acesso em: 13 jul. 2019.

CONGRESSO é que deve decidir sobre aborto, afirma Girão. *Agência Senado*, Brasília, 17 maio 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/17/congresso-e-que-deve-decidir-sobre-aborto-afirma-girao>. Acesso em: 12 jul. 2019.

DINIZ, Débora. A arquitetura de uma ação em três atos: anencefalia no STF. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, Brasília, v. 01, n. 2, p. 161-183, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593>. Acesso em: 13 jan. 2020.

FANTI, Fabiola. Movimentos sociais, direito e Poder Judiciário: um encontro teórico. In: ENGELMANN, Fabiano (Org.). *Sociologia Política das Instituições Judiciais*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2017. v. 1, p. 241-274.

FANTI, Fabiola. Mobilização social e luta por direitos: movimento feminista e campanha pela descriminalização e legalização do aborto no Brasil. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 10., 2016, Belo Horizonte. *Anais Eletrônicos*, 2016. Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/04/mobilizacao-social-e-luta-por-direitos-movimento-feminista-e.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. Salvador: Juspodivm, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

LAMAS, Marta. La despenalización del aborto en México. *Nueva Sociedad*, [s.l.], n. 220, p. 154-172, mar./abr. 2009. Disponível em: <https://nuso.org/articulo/la-despenalizacion-del-aborto-en-mexico/>. Acesso em: 15

jul. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. Neither Dialogue Nor Last Word: Deliberative Separation of Powers 3. *Legisprudence*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 1-40, jun. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911852. Acesso em 11 jul. 2019.

NEJAIME, Douglas. Winning through losing. *Iowa Law Review*, [s.l.], v. 96, p. 941-1012, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1592667. Acesso em: 13 jul. 2019.

PARTIDO Socialismo e Liberdade. Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442*. Acompanhamento processual: peças. Brasília, 06 de março 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 13 jul. 2019.

PIRES, Terezinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, 2013, p. 364-390. Doi: 10.5102/rbpp.v3i2.2648. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2648/pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020

ROCHA, Maricy Ribeiro Fideles; RABELO, Italo Menezes. Avanço do conservadorismo no Brasil: a PEC nº. 181/2015 e o regresso na legislação permissiva do aborto. *Revista de Políticas Públicas*, São Luís, v. 22, n. 02, p. 665-685. 2018. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/issue/view/484/showToc>. Acesso em: 12 jul. 2019.

RUIBAL, Alba. Social movements and constitutional politics in Latin America: reconfiguring alliances, framings and legal opportunities in the judicialization of abortion rights in Brazil. *Contemporary Social Science*, [s.l.], v. 10, n. 04, p. 375-385, out. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2857131>. Acesso em: 13 jul. 2019.

RUIBAL, Alba. Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina. *Política y gobierno*, Mexico (D.F.), v. 12, n. 1, p. 175-198, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/117>. Acesso em: 13 jul. 2019.

RUIBAL, Alba. Feminismo frente a fundamentalismos religiosos: mobilização e contramobilização em torno dos direitos reprodutivos na América Latina. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 14, p. 111-138, maio/ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n14/0103-3352-rbcpol-14-00111.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2019.

RUIBAL, Alba. Movement and counter-movement: a history of abortion law reform and the backlash in Colombia 2006–2014. *Reproductive Health Matters*, [s.l.], v. 22, n. 44, p. 42-51, dec. 2014. Disponível em: [https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/S0968-8080\(14\)44803-1](https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/S0968-8080(14)44803-1). Acesso em: 15 jul. 2019.

SIEGEL, Reva. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: the case of the de facto ERA. *California Law Review*, [s.l.], v. 94, p. 1323-1419, 2006. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1097/. Acesso em: 13 jul. 2019.

SIEGEL, Reva. *The jurisgenerative role of social movements in United States Constitutional Law*. Apresentação em Conferência SELA, Oaxaca, México, Jun. 2004. Disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_Jurisgenerative_Role_of_Social_Movements.pdf. Acesso em: 13 jul. 2019.

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 *ad hoc*.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

O uso de bots sociais como ameaça à democracia

Mateus de Oliveira Fornasier

In Memoriam: The Republican Form and the Separation-of-Powers Among the Four Branches of Government

Farris Lee Francis

Todos e cada um de nós: o interesse público como critério de desenvolvimento humano

Mártin Haerberlin e Flávio Comim

Factores derivados de la pobreza multidimensional que afectan la usabilidad del e-gobierno en México

Oscar Yahev Carrera Mora, Luis Fernando Villafuerte e Saulo Sinforoso Martínez

¿Qué ha pasado con los principios de Universalidad, Solidaridad y Eficiencia del Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia?

David Mendieta e Carmen Elena

Changing the bench for a handshake: litigation, administrative resolution and mediation in freedom of information complaints in Chile

Pablo Contreras

A evolução identitária da Controladoria-Geral da União: polifonia e decisões em políticas de transparência e acesso à informação

Érica Bezerra Queiroz Ribeiro e Bruno Amaral Machado

As raízes cristãs do princípio jurídico da fraternidade e as crises migratórias do terceiro milênio

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Marilene Araujo

Judicialização descentralizada e individualizada da política: mudanças nas regras de tramitação de Medidas Provisórias a partir da Emenda Constitucional 32

Leandro Molhano Ribeiro e Mariana Novotny Muniz

O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico

Ana Paula Kosak e Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Efeitos do Programa Mais Médicos (PMM) nos resultados da Atenção Básica à saúde

Alex dos Santos Macedo e Marco Aurélio Marques Ferreira

Orçamento para os direitos das crianças e adolescentes em Curitiba: plano e execução

Karoline Strapasson Jambersi e Antonio Gonçalves de Oliveira

A Capacidade do Estado frente a gestão de riscos e desastres após a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei 12.608/2012)

Larissa Maria da Silva Ferentz e Carlos Mello Garcias

Refuncionalização da pena de prisão: abordagem acerca da alienação do trabalho desde uma economia política da pena

Jackson da Silva Leal

La constitucionalización del derecho a defensa jurídica de las victimas en Chile

Marcela Peredo Rojas

Colaboração premiada e seletividade do sistema penal: problematizações acerca da utilização de acordos na Operação Lava Jato

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Maurício Habckost Dalla Zen

Poder, masculinidade e participação em facções criminosas a partir de relatos adolescentes privados de liberdade pela prática de atos infracionais

Jailson Alves Nogueira, Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira, Lauro Gurgel de Brito e Veruska Sayonara de Góis

Mobilização jurídica e o direito ao aborto no Brasil: a evolução argumentativa nas respectivas ações de controle concentrado de constitucionalidade

Fabiano Hartmann Peixoto e Thales Alessandro Dias Pereira